

Mario Saul Schujman

DERECHO ECONOMICO Y
SOCIAL

Globalización, Constitucionalismo Substancial y
Derechos Humanos

o Lex mercatoria y Analisis Económico del
Derecho

UNR EDITORA
COLECCIÓN ACADÉMICA

PROLOGO

La lectura del libro de Mario Schujman, me recordó una obra fundamental de Carlos Cossio: "*Ideología y Derecho*" (1962). En ella, el ilustre tucumano, planteó claramente, a partir de la fenomenología de la sentencia, del proceso de interpretación del juez y de la comprensión del derecho, la relación entre los aspectos ideológicos y el trasfondo de clase del derecho liberal capitalista.

La larga y rica aventura intelectual de Carlos Cossio, estuvo signada por la búsqueda de una teoría y un método para desmitificar el mundo jurídico y despertarnos del "sueño de los juristas".

Han pasado muchos años desde la publicación de "*Ideología y Derecho*" pero los interrogantes planteados por Cossio continúan en pie. Se trataba de una concepción que hacía arrancar la normatividad y los valores de un análisis dialéctico de la conducta humana. Esa conducta es, para ese pensamiento, la totalidad del movimiento que hace de los hombres seres humanos vivos.

Las posibilidades teóricas de esa línea de pensamiento superan las del jusnaturalismo (jn) por cuanto no incurren en contradicción con la Historia, suponiendo en el interior del hombre, de cualquier tiempo y lugar, la inmanencia previa de unas normas justas.

También supera las posibilidades del juspositivismo (jp), porque va más allá de constatar en el Derecho un sistema formal de obediencia al legislador y una hipótesis reguladora cuyo contenido solo pueden explicarlo las ciencias causal-explicativas.

Esas corrientes filosóficas jusnaturalistas y juspositivistas cierran el paso a todo estudio dialéctico de la conducta humana, con sus respectivas tesis sobre la libertad. Dicen, respectivamente, que la conducta humana es libre (libre albedrío) (jn); o que ha de tenerse por libre en virtud de la hipótesis de trabajo de la ciencia normativa (jp); y éstas postulaciones de la libertad son un término del cuál no podemos pasar.

En éste libro "*Derecho Económico y Social*" (*Globalización, Constitucionalismo y Derechos Humanos*), Mario Schujman aplica la Teoría Trialista del Mundo Jurídico al análisis del Estado y el Derecho en un mundo globalizado. Lo hace comenzando por lo "fenoménico" la globalización en la sociedad, la economía y las finanzas (las conductas); para pasar luego a la Cultura como producto social (los valores); arribando en el Capítulo 3 al Estado y el Derecho, donde la (normatividad), representada por el principio de legalidad y la seguridad jurídica, describe e integra la realidad económico y social; siendo ambas: conductas y normas, juzgadas por los valores.

No me cabe duda que Mario Schujman ha bebido en la caudalosa fuente intelectual del Profesor Werner Goldschmidt, que tantos buenos discípulos sembró con su Teoría Tridimensional del Mundo Jurídico. Reconozco su enorme esfuerzo sistemático para fundamentar la estructura de las tres dimensiones del mundo jurídico y establecer la independencia de cada una de ellas. Pero tengo algún reparo a la teoría de Goldschmidt que lo hago explícito, a fin de destacar el esfuerzo de Schujman para liberarse de esa limitación y dar un salto cualitativo hacia delante.

Mi objeción a Goldschmidt es que al abordar el problema de la integración de las tres dimensiones y al escoger la fórmula que él llama "realismo genético religioso monoteísta", queda atrapado dentro del pensamiento jusnaturalista tradicional. En efecto, comienza diciendo que tenemos en primer lugar la sociedad formada por los hombres, que tienen una relativa independencia respecto al Creador. Eso es así, ya que existe el libre albedrío gracias al cuál el hombre tiene autarquía pero no autonomía moral. O sea: que el hombre puede o no realizar los valores morales, pero no está autorizado a crearlos. Con ello, está admitiendo que la realidad social se subordina a un orden moral preexistente, que no es otra cosa que el Derecho Natural.

Por otra parte, al afirmar que la independencia de la dimensión normativa se basa en la función integradora de la norma, demuestra la autonomía de las normas respecto de las conductas, pero deduce esa función integradora de lo que llama "el cielo de los conceptos" y no de la realidad, con lo que regresa al juspositivismo.

Por lo tanto ambas dimensiones, dikelógica y normológica, no son creadas por el hombre, pero sí son construidas por él con material preexistente producto de la Divinidad. Vemos así, que más allá de la independencia formal que asigna a cada una de las tres dimensiones, subyace la concepción dominante en toda su teoría de que los valores morales trascendentes -anteriores y superiores al hombre- determinan la convivencia social y las normas que la estructuran. Con lo cuál hemos venido a dar, de regreso, al unidimensionalismo jusnaturalista.

Dejemos en paz a Goldschmidt y ocupémonos de su discípulo Schujman. Creo que lo bueno de "*Derecho Económico y Social*" reside en su aporte a la superación del "tridimensionalismo clásico". Desconozco si fue ésta la intención del autor, pero queda claro que al comenzar su análisis caracterizando la globalización como una fase superior de expansión del capital financiero que llama "hipercapitalista", arranca desde una dimensión sociológica donde no solo se describen y explican las conductas de los individuos, sino de las corporaciones transnacionales y del nuevo "sujeto histórico": los capitales móviles. Es a partir de las especificidades del modelo que se explica la tendencia a la concentración y acumulación de la riqueza.

Al partir de lo fenoménico: las relaciones económicas internacionales y la globalización financiera, Schujman arranca desde las conductas de los actores

internacionales, para pasar luego a la relación entre cultura y sociedad, declarando a la cultura como un producto social. Esto tiene poco que ver con "el cielo de los conceptos". Por eso digo que Schujman sin abjurar del tridimensionalismo lo invierte para buscar en la dialéctica de la conducta humana y social, la fuente integradora de los valores y las normas.

Al abordar el Capítulo 3: Estado y Derecho en una sociedad globalizada, ratificamos que la superestructura jurídica no discurre en un halo metafísico sino que se apoya en la correlación Estado y poder. A estas alturas Schujman ha invertido el paradigma de Goldschmidt y delinea un mapa del territorio jurídico que responde a su propia cartografía del mundo contemporáneo. Así lo demuestra al tratar las contradicciones del Derecho Globalizado con la sobrevivencia del Estado-Nación, el imperio de la "Lex- Mercatoria" y la correspondencia entre mercado mundializado, derecho global y justicia internacional. Especialmente interesante es su abordaje del derecho de la integración regional y el derecho nacional.

A partir del Capítulo 5, Schujman aborda el análisis comparativo entre Análisis Económico del Derecho y Derecho Económico y Social. Particularmente sugerente resulta su análisis del papel de la Ideología en el Derecho Económico.

Los restantes Capítulos del Libro tratan del Orden Público Económico y Social; de los Derechos Humanos; de los Derechos Económicos y Sociales; y, finalmente, de los Derechos Individuales y la Autonomía de la Voluntad.

Estimado lector creo que estamos ante un libro valioso por su metodología, contenidos y proyecciones. Me queda la impresión de que Mario Schujman nos advierte sobre la emergencia de una "institucionalidad supranacional" que busca dismantelar todos los controles estatales reduciendo al Estado a un vigilante nocturno, encargado de la seguridad interior.

Esa institucionalidad supranacional que busca deslegitimar al Estado, que promueve los flujos y los networks, por donde el capital desmaterializado discurra sin obstáculos, nos obliga a meditar sobre el Derecho Económico y Social, sentando sus fundamentos en los derechos humanos esenciales del hombre. Esa es la misión de este libro y creo que la cumple cabalmente.

Nos queda la sensación de que la "institucionalidad transnacional" promovida por lo organismos de Bretton Woods, difícilmente pueda dar cauce jurídico a una globalización que se ha vuelto ingobernable.

Si el capitalismo industrial se alimentaba de la velocidad, la globalización se nos representa como un vehículo monstruoso que se autopropulsa a velocidad supersónica, ignorando las fronteras y arrasando lo que encuentra a su paso. Lo más atemorizante es comprobar que esa máquina no tiene nadie al volante. De hecho, no tiene volante. Tampoco un conductor que pueda controlar su

dirección y velocidad. Se propulsa por la necesidad de maximizar sus ganancias y se guía por sus propios apetitos. Y lo que es peor...sigue acelerando.

La OMC, el FMI y el Banco Mundial, que intentan conducir este locomovil infernal, sin éxito, pretenden angloamericanizar nuestros sistemas jurídicos, privilegiando la velocidad a expensas de la seguridad jurídica. No advierten su impotencia para controlar y conducir el monstruo autopropulsado, una suerte de Frankenstein que terminará devorando a sus inventores.

Como no pueden guiarlo tratan de allanarle el camino desmantelando los sistemas jurídicos que puedan encauzarlo legalmente, que le impidan avanzar de contramano, que prevengan los trágicos accidentes que el bólido, sin dirección y control, puede ocasionar a la humanidad. Así corren jadeantes e impotentes detrás de los acontecimientos, mientras el monstruo se les escapa. ¿Qué hacer?

Propongo al autor y los editores de este libro, enviar un ejemplar sin cargo a las bibliotecas de los nombrados organismos financieros y comerciales. Se trata de buena lectura, rigor metodológico y audacia intelectual. No creo que les venga mal a los burócratas internacionales.

José Miguel Amiune
Buenos Aires, Agosto de 2006

INDICE

DERECHO ECONOMICO Y SOCIAL

Prólogo

Capítulo 1. Globalización

La globalización en la sociedad de la economía, de las Finanzas y los servicios oligopolizados.

La desaparición del bipolarismo y el multipolarismo permitió desterrar la concepción del "estado de bienestar".

Los perdedores en la sociedad hiperacapitalista globalizada.

El individualismo egoísta es una nueva cosmovisión del mundo.

La ideológica "ciencia económica" neoliberal es un producto cultural de exportación.

La globalización es inevitable, la desocupación, la miseria y la marginación, no

El agotamiento de los recursos naturales, su apropiación irracional y la destrucción del "habitat" humano no son inevitables.

Algunas especificidades del modelo que multiplican el proceso concentrador y acumulador de la riqueza.

Se "desmaterializa" la producción de bienes y se consolida la división internacional del trabajo profundizando el deterioro de los términos de intercambio.

Se "financiarizaron" todos los mercados y el valor de referencia de la actividad económica pasó a estar determinado por el rendimiento financiero y cambiario en los mercados globales.

El endeudamiento financiarizado de la economía virtualizada es simultáneamente un mecanismo de dependencia y de dominación

Se "virtualizaron" valores y bienes.

La actividad económica global hiper capitalista prescinde de cualesquier pauta ética o moral y utiliza a la corrupción como mecanismo útil a la eficiencia económica.

Capítulo 2. Cultura y Sociedad.

La Cultura es un producto social.

La cultura en la sociedad "hiper capitalista": El "pensamiento único" egoísta e individualista.

Los caminos que conducen al pensamiento único.

La concentración y mundialización de los multimedios ha modificado substancialmente el concepto de comunicación.

La sustitución del concepto por la imagen.

Algunas técnicas para la recreación ideológica de la realidad.

Las contradicciones en la cibernética.
La exclusión del pensamiento crítico. Los lugares comunes.
Exclusión, inseguridad y miedo.
La mercantilización de los productos culturales. El consumismo

Capítulo 3. Estado y Derecho en la sociedad globalizada.

Estado y poder.
La afirmación y la degradación del estado en la sociedad globalizada.
Funciones diversas que la globalización le impone al Estado en el Norte y en el Sur.
Estado y Derecho.
Las transformaciones en el derecho.
La base normativa. Legalidad y Seguridad Jurídica.
La Realidad Económico social.
Los valores del derecho. Lo Justo.

Capítulo 4. Las Contradicciones en el Derecho Globalizado: La "Lex Mercatoria" y Los Derechos Humanos y Económico Sociales.

Las Contradicciones en el Derecho Globalizado: La "Lex Mercatoria" y Los Derechos Humanos y Económico Sociales.
El derecho global, el derecho de la integración regional y el derecho nacional.

Capítulo 5. Análisis Económico del Derecho.

Análisis Económico del Derecho.
Conceptos genéricos del Análisis Económico del Derecho.
Sustitución de los valores jurídicos por los valores microeconómicos.
Axiología jurídica y Axiología microeconómica.
Función del derecho en el Análisis Económico del Derecho.
La abstracción "científica" divorciada de la realidad.
Los mercados.
La realidad.

Capítulo 6. Derecho Económico - Análisis Económico del Derecho y Derecho Económico y Social.

Análisis Económico del Derecho y Derecho Económico.
Derecho Económico.
Ideología y Derecho Económico.
Derecho Económico y Social.
Principios Esenciales de Derecho Económico y Social. Sistema normativo.

Derechos Humanos, Derechos Sociales, Derechos Económico Sociales y Derechos Individuales. El ámbito normativo.

Capítulo 7. Orden Público Económico y Social.

El derecho nacional. Orden público y Social.

Orden Público.

Orden Público Económico Social.

Constitución Nacional y Orden Público Social y Económico Social.

Normas y Jurisprudencia en la década del 90.

Axiología de la Jurisprudencia de la Suprema Corte en la década del 90.

El retorno de la doctrina judicial del Superior Tribunal a la axiología de

Los derechos humanos y sociales de la Constitución Nacional.

Supremacía Constitucional.

Los Conflictos emergentes del tratamiento de la deuda externa del

Estado nacional y del sometimiento de las "inversiones" extranjeras al CIADI.

Los derechos fundamentales.

Jerarquía Normativa.

Jerarquía Axiológica.

Normas de jerarquía Supraconstitucional.

Orden Jurídico Formal y Orden Socio Económico Real.

Legislación, jurisprudencia, derecho consuetudinario y comportamientos "contra legem".

Acciones judiciales para asegurar la vigencia de los derechos humanos, económicos y sociales.

Capítulo 8. Derechos Humanos.

Derechos Humanos

Derecho a la Vida. Derecho A la Salud.

Derecho a la Educación.

El derecho a la preservación del medio ambiente físico y cultural.

Capítulo 9. Derechos Económicos y Sociales

Derechos Económicos y Sociales

El bienestar general y el bien común.

Derecho a la intervención del estado.

El tercer sector. El sector de la economía social

Derecho al desarrollo humano. El desarrollo económico, social y cultural.

Protección de los débiles sociales y de los excluidos.

El principio de discriminación inversa en la legislación nacional.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Derecho de la parte débil en la relación contractual. Derecho de

Defensa de la Competencia. Derecho de los consumidores.

Capítulo 10. Derechos Individuales. Derecho de Propiedad y Autonomía de la Voluntad.

Los Derechos Individuales en los tiempos de la globalización.
El derecho de propiedad.
La libertad contractual.

Capítulo 1

GLOBALIZACION

1. UN MUNDO GLOBALIZADO

"La voracidad ha envenenado el alma de los hombres, ha rodeado al mundo con un círculo de odio, y nos ha hecho entrar a paso de ganso, en la miseria y en la sangre. Hemos aumentado nuestra velocidad, pero somos sus esclavos. La mecanización que proporciona la abundancia nos ha dejado el deseo. Nuestra ciencia nos ha vuelto cínicos.

No os entreguéis a esos hombres contra natura, a esos hombres máquinas de corazón de máquinas. Porque no sois máquinas. No sois ganado. Sois hombres! Lleváis en vuestros corazones el amor a la humanidad.

Combatamos por un mundo nuevo, por un mundo limpio que dé, a cada hombre la posibilidad de trabajar, que prepare un porvenir a la juventud y que cobije la necesidad de los viejos. Combatamos por un mundo equilibrado...por un mundo de ciencia, en el que el progreso conduzca a la felicidad de todos".

Discurso del "Gran Dictador" de **Charles Chaplin**, a propósito del tema de la libertad y la cultura, cita de Ana María Bestard en Cultura y Constitución. Suplemento de Derecho Constitucional .La Ley 28.11.05. pag. 20.

La globalización es una suma de revoluciones¹ engendradas en el seno de la evolución de la formación económico social capitalista, para multiplicar su aptitud para la acumulación ampliada, que ha producido, produce, ordena. trastoca y deconstruye a la economía, a la sociedad, a la cultura y también al derecho en escala planetaria.

Los fenómenos que la caracterizan son únicos y simultáneamente reproducen en escala y en tiempos diversos situaciones que ya vivió la humanidad. Ni el imperio, ni la cosmovisión hegemónica con pretensión de pensamiento único, ni la revolución científico - tecnológica, ni el salto cualitativo en la aptitud productiva, ni el sometimiento de muchos hombres por unos pocos, son fenómenos nuevos en la historia de la humanidad, pero en cada uno de esos momentos la historia dió una vuelta de tuerca que alumbró una nueva instancia para la vida en sociedad. Asistimos al drama de uno de esos segundos cósmicos.

Es de tal magnitud la vitalidad, potencia y agresividad del desarrollo del convencionalmente denominado fenómeno globalizador, que pone

¹ **Francesco Galgano**. "La globalización en el espejo del Derecho. Ed. Rubinzal Culzóni. 2005. Pag. 19 y sgts.

en tela de juicio a la propia condición humana y en riesgo, no sólo la vida de parte de la humanidad, que ha sido excluida de sus beneficios, - alterando equilibrios básicos que ya había establecido la evolución social-, sino que además afecta en el largo plazo el futuro de la biosfera y con ello la supervivencia de la especie.

Ha incidido y modificado las condiciones y el pensamiento de buena parte de la humanidad, pero sin embargo es sólo una parte de la realidad. Ha engendrado un caos creativo que construye y destruye en conflicto con los estados nacionales, con las aspiraciones y la utopía de la historia cultural y social de la humanidad, con necesidades y pulsiones individuales y sociales.

La descripción del fenómeno globalizador es la expresión de un extremo de la contradicción, de suma importancia e incidencia en el futuro de la humanidad, pero en última instancia de trascendencia diversa, una vez ubicado en espacio y tiempo y apreciado en toda la riqueza, que no se traduce sólo en una incompleta y estática visión fotográfica.

El vértigo y la importancia del ordenado caos globalizador oculta la diversa resistencia, sometimiento o aprovechamiento que suscita en las distintas naciones y culturas, y los cambios que esas mismas contradicciones van operando en el proceso mismo y en el relacionamiento de las partes con el todo.

La diversidad cultural no obstante la globalización del pensamiento único subsiste. La situación socio - económica de los distintos estados y pueblos es absolutamente diversa.

La vigencia de los sistemas jurídicos nacionales, que rige la vida cotidiana de las distintas sociedades civiles sigue siendo afirmada por la herencia genética jurídica que es diversa en cada nación.

La aptitud o la impotencia que para someter a las personas y a los pueblos tiene el fenómeno globalizador es distinta en los tiempos de cada pueblo y de sus propias historias, colmadas también de caos y de las contradicciones inherentes a su individualidad.

La visión excluyentemente globalizadora, o cerradamente nacionalista impide acercarse a la comprensión de la complejidad y el dinamismo de todo este proceso.

Los distintos planos socio - económicos en permanente contradicción, y la diversa historia de cada nación, colisionan y armonizan en un equilibrio permanentemente inestable con el proceso globalizador, y en este caos creador y no en la uniforme visión fotográfica está el impredecible futuro, moldeado por la practica social en todo el planeta.

La globalización² en la sociedad de la economía, de las finanzas y los servicios oligopolizados

Atendiendo a la definición que proporciona la CEPAL entendemos por " globalización, a la creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los procesos de carácter regional, nacional y local".

² CEPAL. Secretaría Ejecutiva. Globalización y Desarrollo. Abril 2002. Pag. 17..

Las sociedades humanas han intentado extender su influencia, apropiarse de la riqueza generada por otros hombres, e imponerles su dominación, desde sus orígenes.

Vivimos en una nueva y tormentosa etapa del desarrollo de la humanidad, en el que la ciencia y la técnica, la informática, la digitalización y la telemática parecen haber permitido realizar el sueño globalizador, suprimiendo virtualmente la distancia que genera el espacio, y las dilaciones que impone el tiempo.

Se trata de una transformación que afecta a casi todas las manifestaciones de la vida humana en el planeta.

Para la complejidad de este fenómeno concurren causas que simultáneamente son consecuencias, lo inevitable y lo modificable, lo perdurable y lo coyuntural.

Es por ello que la elección de algunos rasgos de la época que vivimos, y la determinación de categorías epistemológicas es arbitraria para explicarla, pero imprescindible para adentrarnos en su realidad.

La globalización es un cambio cualitativo que se opera en escala planetaria, en el proceso capitalista de acumulación de la riqueza.

Es consecuencia y causa en compleja, dialéctica y caótica relación, de un impensable desarrollo de la ciencia y la tecnología aplicadas, con aptitud para generar bienes y servicios en medida suficiente para alimentar las necesidades económicas y espirituales de toda la humanidad, demostrando la inconsistencia de las más negras predicciones "maltusianas".

Pero, simultáneamente multiplicado las brutales condiciones en las que se produce este renovado proceso de acumulación primitiva, para engendrar con velocidad y voracidad cinética, exclusión, miseria, hambre y espanto en el planeta. Son las dos caras de Jano en una misma divinidad.

Un formidable avance en la productividad³ pero fundamentalmente una multiplicación inaudita de la riqueza mas allá del crecimiento de la producción.

Un complejo proceso que conforma una estructura global cuyo rasgo dominante es un renovado "modo de apropiación de la riqueza", caracteriza a este período, en el que los "Jinetes de la Apocalipsis" son mostrados como inevitables portadores del avance productivo de la humanidad.

La revolución científico tecnológico en el marco de la globalización, permitió suprimir las restricciones que para la cotidianeidad y para las transacciones económicas implicaba el tiempo y el espacio, y posibilitó que se operara la "financiarización", la "desmaterialización" y la "virtualización" de la economía.

La implantación en escala planetaria del hipercapitalismo globalizado y de la economía financiarizada, desmaterializada y virtualizada que lo nutre, fue alentada y acelerada por la desaparición del bipolarismo y el multipolarismo, sustituidos por un nuevo equilibrio.

³ "Los 90 marcaron el surgimiento de la que dio en llamarse Nueva Economía, caracterizada por unos incrementos en la productividad que duplicaban o triplicaban lo conocido durante las dos décadas precedentes"

Joseph. E Stiglitz "Los felices 90, la semilla de la destrucción". Ed. Taurus.2003. Pag. 12.

La desaparición del bipolarismo y el multipolarismo permitió desterrar la concepción del "estado de bienestar".

El denominado "estado de bienestar" que sucedió a la crisis del año 30, fue consecuencia de acciones públicas tendientes a garantizar a todo ciudadano de una nación, el acceso a un mínimo de servicios que mejore sus condiciones de vida.

Este enfoque "keynesiano" predominó en la política económica hasta mediados de los años setenta; casi todos los gobiernos aplicaron como fundamento de la política económica el manejo de la demanda agregada y una política de gastos que tenía múltiples funciones, entre otras garantizar el pleno empleo (con sus lógicas conexiones con el bienestar social), estimular el proceso de crecimiento en las economías de mercado, permitir el acceso a la educación, la sanidad, la vivienda, las pensiones y el seguro de desempleo, entre otros, a la población de bajos ingresos.

"Este segmento de la historia se basó en una relación de fuerzas, y un cierto contenido en las relaciones entre las clases, que se formalizaron en instituciones (seguridad social, de desempleo, sistemas de salud, etc.) y en leyes democráticas generales (sufragio universal efectivo, derechos de las minorías, ascenso social y político de las mujeres, etc.)"⁴

El imperio unipolar, apoyado por la tríada del capitalismo desarrollado (los oligopolios internacionales, los estados centrales y los organismos financieros y comerciales por ellos creados), ha encontrado los mecanismos para multiplicar la acumulación primitiva, desentendiéndose de muchos costos sociales.

El derrumbe del sistema del "socialismo real" y el abandono en occidente de los conceptos del "estado del bienestar" han dejado a la sociedad, en las postrimerías del Siglo XX y en los inicios del siglo XXI en una crisis de transición de incalculables e imprevisibles consecuencias.

En esta etapa el sistema capitalista postergó las crisis cíclicas transformándolas en crisis cambiarias y financieras regionales o locales de gran magnitud, utilizándolas como acelerante coadyuvante del proceso de acumulación y generando efectos devastadores en Europa Oriental, Asia, África y América Latina.

En el último cuarto de siglo y agotado el mundo bipolar y la competencia de sistemas socio - económicos, con la afirmación de la economía capitalista e "hiper capitalista" y el derrumbe de las economías planificadas imperativamente con control del estado sobre los medios de producción, se ha consolidado en casi todo el planeta un mecanismo de "salvaje acumulación". Que se asienta en el desarrollo desigual "tecnológico - informático - comunicacional", que multiplicó la tendencia ideológica a la globalización en las ideas del

⁴ Víctor Barone. Globalización y Neoliberalismo. Elementos de una crítica. Biblioteca Virtual. Sala de Lectura. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Clacso.

"La naturaleza del Estado de bienestar consiste en ofrecer algún tipo de protección a las personas que sin la ayuda del Estado puede que no sean capaces de tener una vida mínimamente aceptable según los criterios de la sociedad moderna".

Amartya Sen. El futuro de Estado del bienestar..

"neoliberalismo" y a la aplicación excluyente de los modelos emergentes de los estudios "econométricos y monetarios".

"El afianzamiento del capitalismo (o el post capitalismo según otros autores, "hiper capitalismo" a nuestro entender) de fines del milenio resulta de "las ventajas que brindó el deshilachamiento del socialismo y el surgimiento de las redes informáticas para que naveguen por el mundo las inversiones financieras en busca de nuevos negocios que permitan una renta más segura y apetecible".⁵

En una nueva divisoria conviven, sin guerra fría, el norte desarrollado en el que un puñado de países "vicarios" y "sicarios" de los grupos económicos transnacionales, imponen al resto de la humanidad (y a sus propias poblaciones, integradas por personas y países pobres o empobrecidos⁶ y atrasados), una visión "darwiniana" de la sociedad al servicio de una falsa economía de mercado.

Los perdedores en la sociedad hipercapitalista globalizada.

El abismo entre los inmensamente ricos y los desoladoramente pobres, excluye del saber, del consumo y de los beneficios de la vida social a la mayoría de los hombres y depreda el planeta comprometiendo la subsistencia del género humano, en interés de un proceso de acumulación y concentración de la riqueza que no tiene parámetros éticos ni morales.

"El hecho de que la brecha de ingresos entre los países de altos ingresos y los de bajos ingresos se haya ampliado es motivo de inquietud.

Y el número de personas que, en el mundo entero, viven en la miseria extrema es profundamente preocupante"⁷.

Los contradictorios y complicados efectos que genera este voraz mecanismo de apropiación se producen en todo el mundo, pero las contradicciones y consecuencias son mucho más dramáticas en el sur económico y social.

En el corazón del imperio en el 2001, "la tasa de paro brincó del 3,8 al 6 %, mientras que 1,3 millones de estadounidenses pasaron a engrosar las cifras de quienes viven por debajo del nivel de pobreza; y alrededor de 1,4 millones quedaron sin seguro médico. 1/3 de los planes privados de pensiones se volatilizaron como si nada. Estados Unidos se vio sacudida por los peores escándalos empresariales en mas de 70 años."⁸

⁵Ferronato, Aproximaciones a la globalización, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 81

⁶ Los países Latinoamericanos, Asiáticos y Africanos tienen más del 40% de su población viviendo con menos de 2 dólares diarios.

Europa tiene 52 millones de personas viviendo por debajo del umbral de la pobreza. En los EEUU los "underclass" (caracterizados sociológicamente como residentes en espacios socialmente aislados, que carecen por largos períodos de puestos de trabajo durables, familias monoparentales encabezadas por mujeres, escasa calificación y formación profesional, prolongados períodos de pobreza y de dependencia de la asistencia social y con tendencia a involucrarse en actividades delictivas del tipo "street crime" ya en 1987 representaba un 20% de la población.

Boaventura de Souza Santos. "Reinventar la Democracia". Ed. Clacso. 1ª. Ed. 2005. pags. 28-9.

⁷ La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? Preparado por el personal del FMI. Abril de 2000. **Publicación electrónica del FMI.** Edición en Inglés "Monthly Review".

⁸ **Joseph. E. Stiglitz.** Ob. Cit. Pag. 40/1.

Amartya Sen⁹ en un estudio publicado en "Scientific American" reflexiona en que "en el contexto de los Estados Unidos se alaba tanto la responsabilidad individual que lleva a una situación donde hay treinta millones de personas, o incluso más, sin seguro médico. Una realidad escandalosa.

En Harlem, que forma parte de una de las ciudades más ricas del mundo como es New York, la capital de negocios del mundo, el residente varón tiene menos posibilidad de vivir mas allá de 38 años que uno de Bangla Desh".

Las extraordinarias explosiones sociales que se registran a fines del 2005 en Francia y Bélgica, ponen en evidencia la magnitud de la exclusión dentro de sus propias fronteras y las tremendas contradicciones del modelo.

En la periferia, el drama había comenzado mucho antes, y la exclusión, el hambre, la enfermedad y todas las formas y manifestaciones de la miseria se multiplicaron, pero además fueron puestas en entredicho por el pensamiento único todas las formas de utopías sociales y de concepciones solidarias que daban sentido a la sociedad humana mas allá de su materialidad.

"Hay una especie de bulto enorme de jóvenes en todo el mundo, sobre todo en áreas como Oriente Próximo, Africa o el Sureste asiático. Todos estos jóvenes se encuentran con grandes necesidades en la educación y con pocas perspectivas de empleo, con una falta de satisfacciones que da lugar a desestabilización en muchos países del mundo".

Al menos 60 millones de personas en todo el mundo con edades comprendidas entre 15 y 24 años carecen de empleo, y más del doble se encuentran entre los 550 millones de trabajadores pobres incapaces de sacar a sus familias de la miseria, indica el informe de la FAO.

Han resurgido o se han propagado enfermedades infecciosas ya conocidas y se han identificados muchas otras nuevas. En los últimos 30 años han reaparecido o se han propagado hasta 20 enfermedades, y se han identificado otras 30 enfermedades infecciosas desconocidas hasta ahora. En 2002, las enfermedades infecciosas causaron 14,9 millones de muertos en todo el planeta..

Nueve países del Africa subsahariana están perdiendo cada cinco años más del 10 por ciento de su población adulta en edad activa a causa del Sida. Entre 2001 y 2003, la cifra mundial de huérfanos provocados por la enfermedad ha pasado de 11,5 millones a 15 millones de niños, la mayoría de ellos en Africa. El Producto Interior Bruto de los 33 países africanos donde los estragos del Sida se pueden medir en términos económicos, ha bajado una media del 1,1 anual desde 1992 a 2002.

"El hambre y la malnutrición matan a seis millones de niños al año, alertó la FAO en la presentación de su último informe anual sobre " El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo", (SOFI-2005, por sus siglas en inglés).

Según las últimas estimaciones de la FAO (2004) en el mundo existían 852 millones de personas subnutridas en el período 2000-2002.

⁹ Premio Nobel de Economía 1998. Catedrático de Economía y Ética de la Universidad de Harvard. Conferencia pronunciada en el "Círculo de Economía" de Barcelona. Publicada en versión web.

Cerca del 75 por ciento de las personas en el mundo víctimas del hambre y la pobreza viven en las zonas rurales con menos recursos. En estas regiones residen la gran mayoría de los casi 11 millones de niños que mueren antes de cumplir los cinco años, de los 121 millones que no frecuentan la escuela, y se producen los 300 millones de casos de paludismo agudo y del millón largo de muertes por esta enfermedad cada año.¹⁰

Según "Worldwatch Institute", la suma necesaria para suministrar agua limpia y sistemas de saneamientos, para frenar la erosión, para proporcionar servicios de salud reproductiva a todas las mujeres, para erradicar el analfabetismo, para vacunar a todos los niños de los países en vías de desarrollo, para luchar contra el Sida y para controlar la malaria asciende a poco más de la mitad de los 211.000 millones de dólares absorbidos por la guerra de Irak a finales de 2004".¹¹

El individualismo egoísta es una nueva cosmovisión del mundo.

Sobre la base de los mecanismos que proporciona la revolución tecnológica en los medios de comunicación y el poder económico, financiero y militar acumulado, sus beneficiarios han obtenido grandes éxitos en la conformación del denominado "pensamiento único".

La globalización hipercapitalista y su mirada asocial y amoral proponen un ser humano individualista, que actuando en función de su interés excluyente, rompe con la genética de la condición humana.

La ideología de dominación de la globalización del hiper-capitalismo, sustituye los valores sociales por el cálculo del costo - beneficio individual, como excluyente referencia de razonamiento racional.

El mundo ha cambiado en muy pocos años como nunca antes. Todo tipo de valores individuales y sociales se han trastocado muy rápidamente.

John Kenneth Galbraith nos habla de la "cultura de la satisfacción inmediata" que hipoteca el futuro y compromete el hábitat del ser humano. Peter Drucker de un nuevo mundo del "saber" que proporciona inmunidad ética y moral para procurar eficiencia. Francis Fukuyama anuncia el "fin de la historia y de la ideología", o la imagen de la "aldea global", soslayando el hecho de que sólo procura cobijo a unos pocos.

Todas estas brillantes y acertadas descripciones de la sociedad global, omiten el que a nuestro juicio es el rasgo esencial de la época: Un mecanismo de acumulación y reproducción ampliada del capital que constituye el meollo y el motor de este aparente "caos creativo y destructivo".

"La darwiniana aldea global tiene su calle principal conformada por los ghettos elegantes de todas las ciudades del mundo. Detrás de esta calle proliferan barriadas, "favelas", pueblos jóvenes, (villas miserias) que conforman las áreas más pobladas y extensas de la nueva urbanización global,

¹⁰ <http://www.fao.org/newsroom/es/news/2005/1000151/index.html>. "El hambre frena el progreso hacia los Objetivos del Milenio, Nuevo informe sobre la situación alimentaria urge a los gobiernos a tomar medidas. 22 de noviembre de 2005, Roma -

¹¹ Informe de la World Watch Institute. La situación global del mundo 2005. "La pobreza, la enfermedad y la degradación ambiental son el verdadero "eje del mal" .Europa Press.

donde el agua, la energía y los alimentos son escasos, donde surgen fábricas clandestinas, contaminación ambiental, trabajo informal, niños explotados, desempleados, prostitución y delincuencia".¹².

"El consenso económico neoliberal también conocido como "Consenso de Washington" se refiere a la organización de la economía global y promueve la liberalización de los mercados, la desregulación, la privatización, el minimalismo estatal, el control de la inflación, la primacía de las exportaciones, el recorte del gasto social, la reducción del déficit público, y la concentración del poder mercantil en las grandes empresas multinacionales y del poder financiero en los grandes bancos transnacionales.

El marco político de la contractualización social debe ceder su sitio al marco jurídico y judicial de la contratación individual. Y por ello incide decisivamente en la desocialización de la economía y su reducción a la instrumentalidad del mercado y de sus transacciones"¹³.

En la "economía de mercado" globalizada, la responsabilidad individual sustituye a la responsabilidad social inherente al vilipendiado "estado de bienestar".

La ideológica "ciencia económica" neoliberal es un producto cultural de exportación.

La teoría económica se hizo cargo de los cambios que se produjeron en la sociedad humana, y los formidables avances que ésta desarrolló, en la comprensión del valor de la moneda y demás agregados monetarios, del cambio, de las finanzas y de los futuros en relación al mercado, hizo posible que la planificación imperativa del estado que había caracterizado a las políticas económicas del socialismo real hayan sido sustituidas en todo el planeta, por la planificación imperativa y totalitaria que los grandes conglomerados económicos concentrados, los estados centrales y los organismos internacionales creados a partir de "Bretton Woods"¹⁴ y con posterioridad (G7, OMC, GAFI, APDIC, etc) para "acordar" la apertura de los mercados globales para los capitales especulativos, la industria, la energía, la tecnología y la política marcaría.

Hoy es factible reparar en que la falsa antinomia mercado / estado, que el neoliberalismo y las políticas económicas globales hiper capitalistas exacerbaron, es un sofisma utilitario.

Por ello y teniendo a la vista las consecuencias evidentes que han producido la aplicación de estas políticas, principia un debate en el que está en juego el futuro de la especie, que obviamente no podrá prescindir de la realidad del mercado como ámbito de encuentro de oferta y demanda económica, pero tampoco de los valores éticos y morales, de la preservación de

¹² Rivero Oswaldo. "El mito del desarrollo. Los países inviabiles en el siglo XXI". Edit Fondo de Cultura Económica. Pag. 113.

¹³ Boaventura de Souza Santos. "Reinventar la democracia" Ob. Cit. Pags. 24.-5.

¹⁴ Los organismos internacionales fueron creados en "Bretton Woods" (FMI y BM) para apoyar el desarrollo del estado de bienestar y sus fines y funciones se fueron trastocando para transformarse y asumir el rol del "mercader de venecia" en las últimas décadas.

los derechos humanos y económicos y sociales y de la intervención del estado en la sociedad, en defensa de los valores sociales y de los postergados y excluidos.

Este dramático, dinámico, sistémico y complejo proceso, no es el final inmutable de nada. Es el punto de partida de una sociedad que está en el futuro que va a ser su consecuencia pero también su negación, construida a partir de las contradicciones de la realidad material en la que también se insertan, interactuando el pensamiento y la actividad social.

Paul Krugman señala que en los países centrales y sobre todo en EEUU, el neoliberalismo (resumido en mercados libres y moneda sólida) ya hace tiempo que fue substituido como "saber convencional"¹⁵ por la teoría compartida por economistas, científicos y políticos de la "competitividad en el comercio internacional".

En realidad ambas concepciones siempre estuvieron presentes, la primera para aconsejar al Sur y la segunda para aplicar en el norte económico.

"Se trata de una "competencia cerrada cabeza con cabeza, en la que cada país, al igual que los individuos y las empresas debe ganar o perder", y ello determina las reglas de juego en el comercio internacional.

No se trata de liberar los mercados, sino de armarse para competir en ellos.

La cooperación internacional es sustituida por la competencia para la maximización de la riqueza planteada en un terreno donde las ovejas tienen que enfrentar a las hienas despojándose de toda protección.

De hecho estas concepciones, sólo blanquean las pragmáticas políticas proteccionistas que los países centrales aplicaron en desmedro de los países periféricos, mientras estos abrían visceralmente sus economías.

"Los países industrializados se negaron a abrir sus mercados a los bienes de los países en desarrollo - por ej. mantuvieron sus cuotas frente a una multitud de bienes, desde los textiles hasta el azúcar - aunque insistieron en que éstos abrieran los suyos a los bienes de las naciones opulentas.

"Continuaron subsidiando a la agricultura dificultando la competencia de los países pobres, aunque insistieron en que éstos suprimieran los subsidios a sus bienes industriales"¹⁶.

La política de falsa liberación de los mercados estuvo justamente enderezada a asegurar la libre circulación de los flujos financieros multinacionales, y de los productos y servicios con alto componente tecnológico, y una política monetaria internacional también "desmaterializada", mientras erigía barreras para preservar y sostener la actividad agrícola en los países industrializados e impedía la libre circulación de personas convalidando durísimas leyes de inmigración que ataban a los trabajadores no calificados a las naciones postergadas.

¹⁵ "Diganle en forma enfática a un grupo de hombres de negocios que un país es como una empresa y les proporcionará la sensación confortable de que entienden lo básico".

Paul Krugman. "El Internacionalismo Moderno. La Economía internacional las mentiras de la competitividad. Ed. Crítica. Barcelona. Pag. 24..

¹⁶ Joseph E. Stiglitz. Ob. Cit. "El malestar en la globalización". Pag. 34

La apertura de los mercados no ha incluido ni a los productos agrícolas, ni a la libre circulación de las personas, ámbitos donde no ha sido posible obtener consenso porque a ello se niegan los países tecnologizados que subsidian sus mercados y su producción primaria interna. "Las mercancías y los capitales pueden circular y competir libremente por todo el globo, pero no las personas en busca de trabajo. Para ellas no hay neoliberalismo, y está permitido protegerse contra su globalización con severas leyes de inmigración".¹⁷

"El Gatt aunque pensado claramente para imponer el transnacionalismo en una zona esencial de la soberanía, el comercio exterior, raramente ha prevalecido en contra de los intereses nacionales"¹⁸ de los EEUU o de la Comunidad Económica Europea.

La globalización es inevitable, la desocupación, la miseria y la marginación, no.

Esta etapa del desarrollo social de la humanidad es designada en este debate como "globalización", "mundialización", "post capitalismo" o "post modernismo" por los distintos autores.

En la utilización de cada uno de estos conceptos hay imbricada una mirada de concepciones y un ángulo o una disciplina diversa para observar el fenómeno, que forma parte de las contradicciones en las que se desenvuelve el rico pensamiento social de economistas, antropólogos, sociólogos, juristas, psicólogos o filósofos de la época.

Contra lo que opinan algunos autores que ven a este proceso como una manifestación más de la sociedad capitalista o en su caso la expresión de su decadencia, creemos que se han verificado cambios cualitativos de tal trascendencia en la base económica (en los mecanismos de producción, asignación y consumo) y en los valores inherentes a la condición humana y a sus manifestaciones sociales (El estado, el derecho, la cultura, la ideología, etc) que podemos afirmar siguiendo en este concepto a Miguel Angel Ciuro Caldani en que "Los días de fin de milenio están signados por un cambio de edad o quizás mejor, también de una era en la historia".¹⁹

"Cada pocos siglos se produce una súbita transformación. Se cruza una divisoria. En el espacio de una cuantas décadas, la sociedad se reestructura a sí misma, cambia su visión del mundo, sus valores básicos, su estructura política y social, sus artes y sus instituciones clave. En estos momentos estamos viviendo una transformación así"²⁰

Este proceso produjo profundos cambios que actúan conjuntamente operando sobre los ámbitos económicos, sociales, éticos,

¹⁷ **Oswaldo Rivero.** "El mito del desarrollo. Los países inviábiles en el Siglo XX. Edit. Fondo de Cultura Ecoómica. Pag. 103.

¹⁸ **Peter Drucker.** Ob. Cit. Pag. 121.

¹⁹ **Ciuro Caldani. Miguel Angel.** "Problemática iusfilosófica de la empresa en el fin del milenio". Revista Derecho Privado y Comunitario. Derecho y Economía. Ed. Rubinzal Culzoni. Sept. 99

²⁰ **Peter F. Drucker.** "La Sociedad Postcapitalista". Edit. Sudamericana. 1992. Pag. 9

culturales y también jurídicos y alteraron "sustancialmente" los mecanismos de creación, transmisión y apropiación de la riqueza.

"La globalización ha agravado en los últimos años la crisis ambiental y social con el predominio en todo el planeta, de un modelo de desarrollo basado en la explotación irracional de los recursos naturales y de los recursos humanos y en la generalización de un consumismo desbordado para muchos países y capas de su población, y contradictoriamente, de pobreza y marginalidad para otros"²¹.

Este proceso es una siniestra paradoja: Beneficia a muy pocos, a la vez que excluye y margina a dos tercios de la población mundial.

En opinión de Zygmunt Bauman²² "Lo que para algunos aparece como globalización es localización para otros. Ser local en un mundo globalizado es una señal de penuria y degradación social. Lejos de homogeneizar la condición humana la anulación tecnológica de las distancias de tiempo - espacio tienden a polarizar.

Emancipa a ciertos humanos de las restricciones territoriales a la vez que despoja al territorio donde otros permanecen confinados. Augura la libertad de crear significados para algunos, mientras que para otros presagia la condena a la insignificancia.

Si la nueva extraterritorialidad de la elite huele a libertad embriagadora, la territorialidad del resto huele cada vez menos a hogar y más a prisión".

La libertad de unos pocos para actuar en el mercado, es el confinamiento, la exclusión y la miseria para los demás.

Este salvaje proceso genera contradicciones que conducen a su superación. Y tanto en el mundo central desarrollado, como en la periferia global no desarrollada se producen explosiones sociales, económicas y jurídicas, reacomodamientos y cambios de rumbo, que se enderezan, no sin retrocesos a afirmar la condición humana en el planeta.

El agotamiento de los recursos naturales, su apropiación irracional y la destrucción del "habitat" humano no son inevitables.

La explotación descontrolada y salvaje de los recursos naturales en la sociedad hipercapitalista globalizada esta modificando profundamente el planeta.

La deforestación, la escasez de recursos naturales y los cambios climáticos ponen hoy de relieve las consecuencias que para el género humano tiene el parámetro unificador del costo beneficio y la imposición de reglas de juego imperiales como excluyentes criterios para determinar las normas de convivencia social.

La península antártica perdió el 3% del casquete glaciar desde 1974. La corriente del Golfo se redujo en un 20% entre 1950 y el 2000. El

²¹ Francisco Iturraspe "Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización". Versión Web. Pag. 4.

²² Bauman Zygmunt. "La globalización. Consecuencias humanas". Edit. Fondo de Cultura Económica. Edic en español 1999. Pags. 28, 89 y 35

planeta se está recalentando ostensiblemente Cada año se destruye entre el 1% y el 2% del espacio forestal mundial, y desaparecen entre 25.000 y 50.000 especies. Se han exacerbado los fenómenos climáticos generando sequías e inundaciones. Se están destruyendo las barreras de coral en los océanos²³. La escasez de agua dulce es ya un drama actual en el norte de Africa, en la península arábiga y en el sur de Asia, no obstante lo cual la potencia imperial se ha negado sistemáticamente a suscribir el protocolo de Kioto de 1997, y los acuerdos que le sucedieron enderezados por la comunidad mundial a la protección del medio ambiente.

Las catástrofes ecológicas engendradas por inadecuados e inseguros procesos industriales y agrícola han constituido plagas que asolaron a buena parte de la humanidad.

La contaminación industrial derivada del reciente desarrollo de la economía asiática es responsable de una gran nube marrón que cubre el sur de Asia. Aerosoles, azufre, óxido de carbono, ozono, óxido de nitrógeno hollín y polvo de todo tipo afectan la radiación solar y las lluvias disminuyeron entre un 20 y un 40%.

Europa Central y Occidental padecen los efectos de las lluvias ácidas. El mundo produce cada año 500 millones de toneladas de residuos tóxicos²⁴.

Las recientes catástrofes naturales de inaudita magnitud tienen también un origen reconocible.

Es inconcebible que este drama tangible de la humanidad siga sometido a las leyes del mercado. Se trata de una consecuencia de la globalización que es posible regular y modificar con políticas nacionales y e internacionales que condicionen la actividad económica a la preservación del medio ambiente.

El petróleo y el agua son paradójicamente recursos no renovables de trascendente importancia geopolítica y de importancia esencial para el futuro del género humano.

Si la apropiación y el derecho de explotación de las reservas petroleras ha sido la evidente causa reciente de buena parte de las guerras y conflictos de nuestra época, es previsible si no se modifican los paradigmas globales que la lucha por el agua dulce signe los años venideros.

El agua dulce se constituye en importante instrumento geopolítico económico y existen peligrosos intentos de transformarla en un bien privado sometido a las leyes del mercado.

Ello además de distorsionar la irracionalidad de su consumo, acentuaría aún mas las carencias en los países y en los pueblos excluidos de los beneficios de la globalización.

Como contrapartida los acuerdos para la protección del medio ambiente son suscriptos por mayor número de países en el mundo, las organizaciones no gubernamentales encuentran creciente apoyo e incluso

²³ **Frédéric Durand**. Universidad Toulouse. En "El atlas de Le Monde Diplomatique" Ed.2003. pag. 60

²⁴ **Francoise Ploye**. En "El atlas de Le Monde Diplomatique" Ed.2003. pag. 66.

comienza a instalarse la idea de empresas socialmente responsables como consecuencia de la presión universal.

Algunas especificidades del modelo que multiplican el proceso concentrador y acumulador de la riqueza.

Es imprescindible la acumulación de capitales para desarrollar la producción, el intercambio, la ciencia y la tecnología es imprescindible. Pero es igualmente imperiosa la preservación de la condición humana y de su "habitat".

El caos que genera esta contradicción, producirá en los inevitables tiempos históricos el inestable equilibrio que permita al hombre vivir un mundo mejor.

La lucha entre el presente que ya es pasado y el futuro, se libra en todos los planos y en todos los sitios. La sociedad que en términos históricos muere, engendra a otra que empieza a morir y en cada etapa del desarrollo social el hombre individual y social se enlaza a la genética individual y social de quienes le precedieron.

El pensamiento único descarta los cambios y piensa en cada uno de los rasgos, explicaciones y especificidades del modelo como eternos productos del pensamiento racional, aunque en realidad se trata de un caótico complejo de avances y retrocesos que servirán o serán desechados para construir una sociedad mejor.

Se "desmaterializa" la producción de bienes y se consolida la división internacional del trabajo profundizando el deterioro de los términos de intercambio.

La pauperización de los países periféricos donde vive la mayor parte de la población mundial, se produce por una pléyade de hechos concurrentes y complejos. El extraordinario y acelerado deterioro de los términos de intercambio es actualmente producto de la sumatoria de diversos fenómenos económicos, sociales y tecnológicos.

"La ley del desarrollo desigual es un fenómeno de importancia crucial, en este período histórico. Sin comprenderlo y valorarlo en su debida magnitud no se puede entender lo que está ocurriendo hoy día en el mundo"²⁵.

La productividad agropecuaria en los países centrales y en algunos países que aspiran a desarrollarse se multiplicó mucho mas allá de lo imaginable, ensanchando la brecha con aquellos territorios que trabajan en todo el planeta la tierra, con recursos casi primitivos.

"La tasa de productividad del segmento capitalista más avanzado en la agricultura mundial de los más pobres, que era de 10 a 1 antes de 1949, se va aproximando ahora a una razón de 2000 a 1".

²⁵ Riesco, Manuel, "Carta a Miguel", octubre de 1998. Citado por Martha Hannecker. Publicación electrónica. Referenciada..

Esto significa que la productividad ha progresado más desigualmente en el área de la agricultura y de la producción de alimentos que en ninguna otra área.

Simultáneamente esta evolución ha llevado a la reducción de los precios relativos de los productos alimenticios (en comparación con otros productos industriales o de servicios), a una quinta parte de lo que era hace cincuenta años”.

Este es un dato extraordinario para el hombre, pero no puede transformarse en el motor de la deshumanización de la mayoría de los hombres.

La pregunta que se formula Samir Amin es precisamente si esta tendencia continuará operando con respecto a los tres mil millones de seres humanos que todavía producen y viven en sociedades campesinas en Asia, África y América Latina”²⁶.

Este es un problema muy grave para los países sumergidos, pero el desarrollo frenético de la productividad localizada genera simultáneamente efectos ecológicos que ponen en riesgo a la especie también en los países desarrollados.

Esta realidad requiere de políticas económicas planetarias, de un nuevo orden económico mundial que ponga a los requerimientos indispensables de la condición humana por encima de la maximización del beneficio de los capitales transnacionales.

Las políticas implementadas por los países centrales han recorrido el camino inverso, suponiendo irracionalmente que pueden sostener indefinidamente condiciones de vida razonables en sus territorios aunque el resto del planeta quede sumergido en la exclusión, la miseria y la destrucción del “habitat”.

La globalización amplió el mercado a todo el planeta, pero simultáneamente redujo el ámbito de ese mercado.

La mayoría de la población mundial fue excluida del consumo.

Los grupos económicos transnacionales y los países productores o usufructuarios de productos con altos componentes “virtuales”, “desmaterializados” y tecnológicos no requieren de toda la población mundial como mercado consumidor de sus productos.

Pueden sin afectar sus intereses inmediatos (en una sociedad que imagina al futuro como una reproducción “sine die” del presente), expulsar de los mercados de trabajo y por ende de los mercados de consumo, a los individuos y a las familias no capacitados o que enfrentan el modelo, y decidir la inviabilidad de los estados nacionales de los países condenados a la exportación de materia prima, que gradualmente va siendo substituida por productos tecnológicamente desmaterializados y por la propia producción subsidiada.

El mercado globalizado sólo incluye como sujetos de consumo (como demandantes de bienes y servicios) en términos generales, a los estados nacionales que son saqueados para intermediar en la transferencia de riqueza, al sector de la población incorporado al mercado en los países desarrollados, y a un

²⁶ Samir Amin. “Pobreza mundial, pauperización y acumulación de capital”. Publicación Web. Pag. 1

sector reducido de la población en los países dependientes e insuficientemente tecnologizados.

"Dentro de la jungla darwiniana global no sólo son especies no aptas los países subdesarrollados que no se modernizan tecnológicamente, sino también las personas y grupos sociales menos capacitados en comprender y utilizar las nuevas tecnologías.

Esto hace que el 30% de la población activa mundial esté desempleado o subempleada y que la pobreza y la desigualdad social haya aumentado en el mundo.

Los consumidores que realmente pueden comprar productos y servicios globales no llegan a los 1800 millones en una población mundial que se acerca a los 6.000 millones. Según cálculos de algunos banqueros transnacionales sólo unos 900 millones tienen ingresos suficientes para ser bancables"²⁷.

Los mercados oligopolizados en la oferta de bienes y servicios obtuvieron en el intercambio facilidades adicionales que hubieran envidiado en el siglo XIX los países coloniales.

Continentes postergados por la división internacional del trabajo y el deterioro en los términos de intercambio, que se despojaron voluntariamente de todo mecanismo de protección, obligados a utilizar como valor de cambio monedas no convertibles, (cuyo valor es establecido con mecanismos de mercados manipulados)²⁸ y que deben adquirir bienes y productos con precios fijados oligopólicamente.

Países que en esta realidad económica sólo pueden vender factores de producción (trabajo y recursos naturales) con valor envilecido por el desembozado proteccionismo que hacen los compradores del sector primario, y de sus propios recursos humanos.

El dato tecnológico que acumula destrucción de los tejidos sociales y deterioro productivo en la periferia es la simultánea tendencia creciente a la desmaterialización de los insumos que opera en los mercados, recortando la demanda y los precios de los productos primarios.

Las nuevas tecnologías utilizan cada vez menos materia prima y combustible por unidad.

La riqueza de las naciones es la información, el software y el saber que permite multiplicar, crear e innovar productos y servicios, y ahorrar recursos naturales.

Los minerales y metales están siendo reemplazados por nuevos materiales artificiales. (Plásticos revestidos con poco metal, plásticos termo - elásticos, vidrio laminado, cerámicos, polímeros, grafitos, etc). Los textiles se están convirtiendo

²⁷ **Oswaldo de Rivero.** Ob. Cit. Pags. 105 y 106 con citas de Richard J Barnet and John Cavanagh. "Sueños Globales" en Touchstone book. Pag. 382 y Peter Passel "The poorer in the US. International Herald Tribune, 31 marzo 1996. Ethan B Kapstein "Trabajadores y el mundo económico". PNUD Informes Desarrollo Humano 1993-1997..

²⁸ En 1971 Estados Unidos puso fin definitivo a la convertibilidad - oro del dólar acordada en "Bretton Woods" que transformó al "dólar" en la moneda patrón de cambio internacional. La subsistencia del dólar como moneda de cambio aceptada por los países asiáticos, latinoamericanos y africanos los somete a subsidiar cambiariamente la irresponsabilidad en la emisión y el déficits en ese país.

en una creación de las tecnologías químicas (las fibras sintéticas reemplazan el algodón y la lana), que también conjuntamente con la biotecnología están sustituyendo productos agrícolas y alimentos. (Edulcorantes, grasas artificiales, biocafé, vainilla artificial, etc).²⁹

La tecnología ha "desmaterializado" los insumos y simultáneamente ha venido sustituyendo el trabajo manual por maquinaria, computadoras y sistemas.

La combinación de ambos factores conlleva necesariamente un muy fuerte deterioro en los términos de intercambio en el que los países que contaban con recursos naturales para exportar materia prima, ven sustancialmente reducidos sus ingresos³⁰, mientras que aquellos que contaban con una creciente fuerza de trabajo no calificada incrementada por el crecimiento demográfico están sometidos a imponer en sus fronteras marginación y desocupación.

Las consecuencias del formidable avance tecnológico que hubieran debido servir para superar las predicciones "maltusianas" y erradicar el hambre y la miseria en el mundo, fueron por el contrario distribuidas con políticas activas disfrazadas de ciencia económica y puestas al servicio de la acumulación de riqueza en interés de los grupos económico - financieros transnacionales que multiplicaron la pobreza y la marginación de países y personas en el planeta.

Los países productores de nuevas tecnologías presionan sobre el mercado y sobre el derecho de los países periféricos instando modificaciones que faciliten la multiplicación en el deterioro de los términos de intercambio.

Se globalizan y se privatiza la cultura y la ciencia y para ello es necesario modificar los sistemas jurídicos de los países dependientes.

"El derecho que no es simple reproducción de las relaciones sociales, las legitima o condena.

Ni mera abstracción, ni inmutable, el derecho sufre el impacto de las nuevas tecnologías de la Tercera Revolución Industrial y Científica, y de las luchas y conflictos por su control y aprovechamiento.

Notable ejemplo de ello son las presiones de que son objeto los países latinoamericanos en la diplomacia bilateral, en los foros multilaterales, en las reuniones del GATT, para que modifiquen sus regímenes positivos que reglamentan las patentes de invención, las licencias, las marcas de fábrica, las patentes medicinales, los modelos y diseños industriales, las variedades vegetales, el *software*.

Los centros públicos / privados de poder internacional pretenden la reforma de leyes protectoras. Se demanda que el *software* sea amparado como derecho de autor. Se demanda la universalización de la protección de

²⁹ **Oswaldo de Rivero**. Ob. Cit. Pags. 129/30/31/2. Con citas de Global Outlook 2000. United Nations Publications 1990 y "Low commodity prices". Financial Times. 3.2.99.

³⁰ **Oswaldo de Rivero**. Ob. Cit. "Los precios reales de los productos básicos se han desplomado inclusive por debajo de los precios de la gran depresión mundial de 1932". Pag. 132.

marcas, con la reforma de las leyes locales, para evitar la piratería de marcas (*counterfeiting*)³¹.

Incluso los procedimientos para producir transformaciones biológicas pretenden ser privatizadas.

La teoría económica en boga evita tratar los problemas reales porque sustituye el análisis de la sociedad realmente existente y elabora teorías de una sociedad imaginaria, concebida como una simple y continua extensión de las relaciones de intercambio (el mercado).

Se "financiarizaron" todos los mercados y el valor de referencia de la actividad económica pasó a estar determinado por el rendimiento financiero y cambiario en los mercados globales.

La globalización hipercapitalista ha modificado substancialmente las relaciones entre los factores de la producción transformando las relaciones sociales, porque incrementó considerablemente la renta del capital.

Utilizando simultáneamente las nuevas aptitudes para engendrar disponibilidades financieras y de servicios virtuales, disminuyendo simultáneamente los costos laborales e incrementando la tasa de explotación de mano de obra. Ha transformado la propia naturaleza de la producción: "El productor es al mismo tiempo sujeto y objeto de la economía. Él mismo es mercadería de intercambio".³²

A su vez los activos financieros parecen estar dotados de una enorme capacidad de multiplicación, incomparablemente mayor que la que ostentan las inversiones industriales y la comercialización de mercancías³³.

La virtualización que transformó a la actividad financiera ha multiplicado sus riesgos y ha hecho de la materialización de esos riesgos un factor de acumulación y concentración adicional.

La praxis de la "economía de mercado" en los tiempos de la globalización, no tiene ningún contacto con la teoría de la mano invisible de la oferta y la demanda que asigna los recursos y determina los precios. En este mercado absolutamente regulado y manipulado, los ganadores y los perdedores están determinados "a priori".

La economía de mercado en el mundo del "globalismo", es incompatible con la naturaleza de la actividad financiera: Se trata de un servicio público propio o impropio de interés general, expansivo y volátil que implica especulación y riesgo.

Siempre y en todos los estados fue y es objeto de regulación, de lo que se trata es de determinar la axiología y los fines que tiene la intervención coactiva.

³¹ Laquis, Manuel A., "El derecho frente a las nuevas tecnologías", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre de 1989..

³² Francesco Galgano. "La globalización en el espejo del derecho". Ed. Rubinzal Culzoni. 2005. pag. 23.

³³ Claude Serfati. Universidad de Saint Quentin en Yvelines. En *El Atlas de Le Monde Diplomatique*. Ed. 2003. Pag. 32.

La actividad financiera es altamente expansiva y volátil, porque se introduce en todos los espacios e intersticios de la actividad económica, y en el mundo globalizado produce y genera procesos expansivos y recesivos letales para los países periféricos que adhieren sin reservas a la "economía de mercado".

"La fragilidad es intrínseca a la materia financiera.. Los distintos objetos que se han expandido en el mercado financiero en la actual globalización tienen dos peculiaridades: A diferencia de aquellos donde se transan bienes y servicios no financieros, en los cuales la previsibilidad es relativamente probable, en estos reina la incertidumbre germen de inestabilidades. La segunda es la interrelación de los mercados financieros, bonos soberanos y privados, de garantías puras y cruzadas, fideicomisos, seguros, que pueden provocar distintas contingencias".³⁴

Los flujos financieros entran y salen de los mercados desguarnecidos, buscando la maximización de sus beneficios y generando alternativamente las "burbujas" y las profundas "crisis" que caracterizan a la actividad económica en esta última década.

"Los bancos occidentales se beneficiaron por la flexibilización de los controles sobre los mercados de capitales en América Latina y Asia, pero esas regiones sufrieron cuando los flujos de dinero caliente especulativo (dinero que entra y sale de un país a menudo de la noche a la mañana y que no suele ser mas que una apuesta sobre si la moneda va a apreciarse o depreciarse) que se habían derramado sobre los países súbitamente, tomaron la dirección opuesta.

El flujo de dinero caliente entrando y saliendo del país que tantas veces sigue a la liberalización de los mercados de capitales provoca estragos en los países subdesarrollados que son como minúsculos botes".³⁵

La industria financiera, despliega una actividad intrínsecamente riesgosa y especulativa, imprescindible para la acumulación de capital que impulsa el crecimiento económico.

Este carácter y naturaleza, determinó que desde los albores del mercantilismo, predecesor del capitalismo, las políticas y las regulaciones financieras se asentaron en el concepto del servicio público y del interés general.

Soslayar las especificidades (servicio público riesgoso, especulativo, expansivo y volátil) de esta actividad permitió la financiarización y una expansión económica enderezada a una acumulación de riqueza sin precedentes en la historia de la humanidad en interés de los oligopolios financieros del norte, y simultáneamente transferir los riesgos y los quebrantos inherentes a la naturaleza de esta actividad a los países periféricos que altamente endeudados sufren tras expansiones económicas volátiles, las crisis y depresiones que profundizan sus calamidades sociales y económicas.

A un corto período de vacas engordadas anabólicamente le sucede un organismo desnutrido, abúlico e impotente para desarrollarse y alimentar de imprescindibles proteínas a las células que lo integran.

³⁴ Carella Alfredo. Ob. Cit., Pag. 100.

³⁵ Joseph E. Stiglitz. "El malestar en la globalización". Ed. Taurus. 2002. Pag. 34/5. Pag. 46

En el centro de las modificaciones que transformaron los modos de acumular y asignar la riqueza y la pobreza, impuesta con diferentes matices e intensidades en casi todo el planeta está la globalización financiera³⁶.

La economía transnacional es conformada y dirigida por flujos financieros, que tienen su propia dinámica y que no responden necesariamente a la racionalidad económica tradicional.

El 90% o más de las transacciones financieras de la economía transnacional no sirve a lo que los economistas considerarían una función económica. La suma de las transacciones financieras internacionales es 50 veces más importante que la suma del comercio internacional de bienes y mercaderías³⁷.

La multiplicación de las denominadas "burbujas" económicas en quienes algunos economistas descargan responsabilidad por las crisis cíclicas monetarias y financieras que sacudieron al mundo en los últimos 20 años, son producto de esta financiarización de la economía en escala global, que posibilita la búsqueda del mayor beneficio en tiempo real en cualesquier mercado del planeta.

Ello produce el flujo contable de monstruosos capitales, que con su estampida destruyen los mercados abandonados, e inflan a los mercados huéspedes, para reiniciar el ciclo absorbiendo ganancias en el alza y también en el quebranto.

Los "holdings financieros" a diferencia de los "holdings industriales" "no ponen atención en el sector productivo o de distribución en el cual operan sus controladas, sino que las concibe a estas como simple mercancía de recambio y por ende las adquiere sólo con miras a una reventa provechosa.

En algunos países centrales ello ha dado lugar a un diverso tratamiento jurídico a las "participaciones de control inmovilizadas y a las participaciones de control destinadas a la actividad circulante (Arts. 1424 y 1424 bis del Cod. Civ. Italiano). El primero apunta a expandir la producción, el segundo a incrementar la concentración"³⁸

"La economía financiera prevalece ampliamente sobre la economía real. El movimiento perpetuo de las monedas y de las tasas de interés aparece como un gran factor de inestabilidad, tanto más peligroso cuanto que es autónomo y se halla cada vez más desconectado del poder político"³⁹

Los mercados financieros cuando no son objeto de control son consecuentes en sus reacciones al comportamiento "en manada" que guía la

³⁶ Es la progresiva integración mundial de los mercados financieros, y la implantación de un espacio único para la producción y el comercio.

Peter Drucker. "Las Nuevas Realidades". (Ed. Edhasa 1989 - fs 188)..

³⁷ **Ulises Montoya Alberti.** La globalización jurídica. Rev. Der. Comercial. 2004. Pag. 282.

³⁸ **Galgano Francesco.** "La globalización en el espejo del derecho". Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2005. Pag.27.

³⁹ **Ramonet, Ignacio,** en la transcripción del seminario "Comunicación, nuevas tecnologías y sociedad", en el XX Festival del Nuevo Cine Latinoamericano. La Habana, 6 de diciembre de 1998, y en *Un mundo sin rumbo (crisis de fin de siglo)*. Madrid, Debate, 1997. Citado por **Marta Harnecker** en su trabajo: "Globalización: Contra la globalización neoliberal por una globalización humanista y solidaria" Publicación Web.

maximización de la riqueza en los oligopolios reales, con capacidad para determinar al mercado.

Los inversores al igual que los directores, funcionarios y accionistas en las empresas que actúan en los mercados transnacionales persiguen beneficios inmediatos, y entran y salen de las empresas, de los países y de los mercados urgidos por las alternativas de beneficios mayores, o impedir quebrantos, urgidos muchas veces por una primitiva lógica de contiguidad y semejanza en la que repiten irracionalmente el comportamiento de otros agentes económicos y sus deducciones igualmente irreflexivas.

La imitación y la reiteración de códigos y patrones de conducta es un comportamiento altamente estimado en el ámbito de las finanzas, y ello determina la suerte de empresas y países

"Frente a lo que sostiene la teoría ortodoxa del equilibrio general de precios, en la historia reciente se han sucedido con bastante frecuencia una clase de depresiones macroeconómicas, esto es, de caídas simultáneas, profundas y prolongadas de la producción, el consumo y el empleo de una nación o una región geográfica, que no son provocadas por el conocimiento público de una noticia o cifra oficial (o ampliamente contrastada) que muestre un deterioro estructural de las capacidades económicas reales de crecimiento a largo plazo (por ejemplo una elevación súbita y desmesurado del déficit público que pondría en peligro la solvencia crediticia a largo plazo de la hacienda pública).

La causa de este tipo de crisis económicas a gran escala suele ser en cambio, la aparición de rumores difusos, noticias sorprendentes pero sin contrastar que circulan de boca en boca y de *e-mail* en *e-mail* entre los operadores de los principales mercados financieros internacionales⁴⁰.

A ello se suma la acción de las consultoras internacionales que rápidamente descartan las calificaciones, las opiniones y consejos que semanas antes habían proporcionado a los mercados, y de los organismos financieros internacionales que sobre la base de esos rumores o de modelos econométricas abstractos formulan sugerencias imperativas como condición para prolongar o cesar la asistencia financiera.

"La típica sobre-reacción inicial de los mercados a la circulación de rumores de este tipo y al clima que le sucede (se disparan las ventas de la divisa, la deuda pública y los títulos empresariales del país en cuestión), se ve amplificada posteriormente por una dinámica de retroalimentación positiva o "contagio imitativo" de expectativas a la baja que hace caer la estimación futura de los tipos de interés y los precios de los activos.

Al deteriorar el valor de las garantías reales en poder de los prestatarios (depósitos, acciones, propiedad inmobiliarios), el comportamiento pánico, objetivamente inmotivado y colectivamente suicida pero individualmente racional de los inversores internacionales (nadie quiere ser el último en abandonar un barco que todo el mundo cree que se está hundiendo), acaba confirmando las sospechas de insolvencia iniciales."⁴¹

⁴⁰ Oswaldo de Rivero. Ob. Cit. Pag. 163.

⁴¹ Javier Izquierdo. "De la globalización económica como forma de Violencia Simbólica. Contribución a una sociología reflexiva de la vida económica contemporánea". (Dept. Sociología I, UNED) versión web.pag.9

Los grupos económicos transnacionales financiarizados inciden de tal manera en los mercados, que el pánico se trastoca inmediatamente en "profecía autocumplida".

Pero esos grupos cuando sobreviene la crisis ya retiraron sus inversiones y la riqueza acumulada y reproducida, dejando a su paso miseria y atraso, para repetir el comportamiento en otros mercados, y eventualmente reiterar el procedimiento retornando a los países ya saqueados.

Las sucesivas crisis que regularmente se vienen produciendo en los mercados financieros a partir de la crisis mejicana del 95 responden a un regular comportamiento de los mercados oligopólicos: Se explica por la tendencia de los capitales a fluir hacia los mercados financieros que sean mas rentables cada vez que se produce una fase recesiva, donde la rentabilidad en la esfera productiva es notoriamente más baja que en los mercados de capitales y divisas, y así la especulación se convierte en uno de los mejores negocios y separa cada vez mas a las finanzas de la economía real.

"La sucesión de crisis financieras de los años noventa -México, Tailandia, Indonesia, Corea, Rusia, Brasil y Argentina - llevan a pensar que algunas de ellas son el resultado directo e inevitable de la globalización.

Las crisis desencadenadas en los mercados emergentes en los años noventa han mostrado a las claras que las oportunidades que ofrece la globalización tienen como contrapartida el riesgo de la volatilidad de los flujos de capital y el riesgo de deterioro de la situación social, económica y ambiental como consecuencia de la pobreza".⁴²

Este fenómeno adquiere dimensiones desconocidas en el pasado dada la libertad casi absoluta para el movimiento de los capitales y a las facilidades de las comunicaciones y transacciones electrónicas que permiten especular las 24 hs. del día (overnight) ; en la mañana en la bolsa de Nueva York, en la tarde en Hong Kong y Japón, y en la noche en las bolsas europeas. En las finanzas la globalización es realmente total.

El volumen del flujo de fondos que genera el mercado financiero internacional sumerge en la crisis a cualesquier país en el término de horas, y constituye una "espada de Damocles" que pende sobre la economía globalizada porque escapa a cualquier control estatal o paraestatal.

Considerando sólo los mercados cambiarios el volumen de negociación es de 1.3 billones de U\$S al día, lo que excede al 80% de las reservas de todos los bancos centrales del Mundo, y la especulación se produce simultáneamente y en todo el planeta en todos los mercados factibles de sostenerla: Bolsa, divisas, inmobiliario, productos a futuro, etc., en esta situación cualquier perturbación en uno de los componentes se transmite a todos los componentes de la pirámide especulativa.

Esta desembozada manipulación de los mercados cuenta con el apoyo de algunos países centrales que llegaron incluso a la guerra para impulsar o deprimir el precio de insumos esenciales, y de aquellos organismos financieros

⁴² "La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?" Preparado por el personal del FMI. Abril de 2000. Edición en Inglés Monthly Review. Reproducción web.

internacionales que conocedores de la situación de impotencia económica y financiera de países tomadores de crédito, los colocaron artificialmente en condiciones de aparente solvencia, para desarrollar esos "pseudo mercados", y el fabuloso lucro que siguió a las sucesivas crisis nacidas entre otras cosas de sus "recetas" recesivas.

El endeudamiento financiarizado de la economía virtualizada es simultáneamente un mecanismo de dependencia y de dominación.

El sometimiento de los países dependientes, y la aplicación de la globalizadora política de apertura de los mercados, reposa en la financiarización de la economía y en el flujo de capitales generador de endeudamiento.

Entre 1970 y 2001 la deuda externa de los denominados países en vía de desarrollo se multiplicó por 35. La deuda externa de estos países asciende a U\$S 2.5 billones. En todas partes los gobiernos fueron inducidos y obligados a reducir los gastos sociales y a privatizar numerosas empresas públicas para satisfacer las exigencias de los acreedores. Los estados destinan al pago de la deuda una porción creciente de sus recursos fiscales.

Como consecuencia de ello en los últimos años los países en vías de desarrollo (o con mayor precisión de inmersión gradual en la miseria) han transferido en pago de sus deudas externas montos crecientes que alimentaron la economía del mundo desarrollado.

Según datos del Banco Mundial, estos países entre 1980 y el 2001 pagaron U\$S 4,5 billones pero su deuda externa total se multiplicaba por cuatro en el mismo período. Entre 1995 y 2001 estos países giraron 368.000 millones mas que el monto obtenido en créditos.

El PNUD afirma que alcanzaría con 80.000 millones anuales durante 10 años para garantizar las necesidades fundamentales de la humanidad (alimentación, agua, salud y educación).⁴³

Pero este endeudamiento y transferencia creciente de recursos tiene su contrapartida en la economía norteamericana.

Su deuda externa que asciende a U\$S 3,4 billones supera ampliamente a la que acumularon en su endeudamiento multiplicado por la aplicación de intereses usurarios, pago de comisiones y mecanismos virtuales los países sumergidos.

La deuda pública total de los EEUU es a fines del 2002 de 7,3 billones, las familias estadounidenses están endeudadas en 7,7 billones y las empresas privadas en 14 billones, pero este déficit es diariamente transferido al resto del mundo que lo absorbe en el tipo de interés y de cambio que fija la reserva federal.

El flujo de fondos va de los países subdesarrollados y de algunos países desarrollados para sostener el déficit de la potencia hegemónica.

Se "virtualizaron" valores y bienes.

⁴³ Eric Toussaint. En El Atlas de Le Monde Diplomatique. Ed. 2003. Pag. 28 y sgts.

Otro ámbito esencial para producir este mecanismo de acumulación primitiva es la desembozada utilización del instrumento monetario transformándolo en mercadería especulativa y reguladora de la economía.

La moneda no convertible se transformó en un muy importante instrumento de apropiación y concentración.

Lo explica Alan Greenspan: "Nuestra economía actual, con su extensa red de seguridad pública, su dinero fiduciario y sus instituciones financieras altamente apalancadas, ha sido el resultado de una elección consciente por parte del pueblo americano. No tenemos la opción de aceptar los beneficios del sistema actual sin sus costes. La eliminación de los riesgos significaría la reducción de nuestros niveles de vida"⁴⁴.

En la economía globalizada la moneda no es sólo medida del valor de cambio, medio de circulación de la riqueza, medio de pago o instrumento de atesoramiento. Ha pasado a ser instrumento esencial de especulación financiera, y de manipulación de los términos de intercambio.

"A partir del acuerdo de Bretton Woods modificado unilateralmente por EEUU el dólar se transformó en la moneda internacional, obligando a los países a acumular reservas en dólares para hacer frente a las fluctuaciones de sus respectivas monedas, resultante del estado de su balance de pagos.

Es así como el país más rico se alimenta del ahorro de los otros, incluido el de los países en vías de desarrollo, cuando estos llegan a reembolsar una parte de su deuda.

Se abandonó un principio ordenador del sistema monetario (el sistema de cambios fijos) pero se mantuvo en los hechos al dólar como moneda internacional, de manera que todo el resto del mundo continuó subvencionando la economía de los Estados Unidos, pues los Bancos centrales de los otros países siguen interviniendo para evitar la baja del dólar.

El capital financiero transnacional está funcionando como una bomba aspirante del valor y las riquezas producidas por el trabajo en todo el mundo, riqueza que de esta manera se concentra en pocas manos y en ciertas regiones del planeta, particularmente en los Estados Unidos.

Desde hace más de veinte años, los Estados Unidos recurren ampliamente a las reservas limitadas del ahorro mundial para sostener su alto nivel de consumo - la de la administración federal en los años 1980 y la de las familias en los años 1990-.

Las entradas netas de capitales son actualmente más importantes que en el conjunto de los países en desarrollo.

Es así como Estados Unidos, que era acreedor del resto del mundo a comienzos de 1980, se ha convertido en el más grande deudor mundial: unos 2 billones 300 mil millones de dólares en el año 2000. Los balances de las familias y de las empresas en Estados Unidos muestran el efecto acumulado de los préstamos privados obtenidos en el exterior desde hace diez años. La

⁴⁴ Alan Greenspan, Presidente del Banco de la Reserva Federal de EE.UU., testimonio ante el Comité de Banca y Servicios Financieros del Congreso de EE.UU., 1 de octubre de 1998).

deuda de las familias alcanza ahora un record de 1,1 veces los ingresos disponibles y la deuda de las empresas es también muy elevado con relación a su flujo de fondos (cash-flow)..⁴⁵

La determinación de su valor por razones geopolíticas, el desborde en la economía financiarizada de la emisión de dinero bancario contra contabilidades virtuales, la multiplicación de otros medios de pago, las operaciones "over night", los "futuros" de todo tipo, etc, han determinado un cambio de calidad del instrumento monetario. El abandono del patrón oro y la sujeción a la moneda estadounidense es un rasgo esencial de la época.

El valor del dólar que oscila atendiendo a la tasa de interés que fija el tesoro de los EEUU, no guarda ninguna relación ni equivalencia con la existencia o la producción de bienes o servicios, se desentiende del monstruoso déficit del país emisor.

Es consecuencia de un acto de imperio geopolítico aceptado por los mercados.

"La única explicación para el comportamiento del dólar es que la economía real de bienes y servicios no domina por mas tiempo la economía transnacional. Sí lo hace la economía simbólica del dinero y del crédito".⁴⁶

Simultáneamente se desarrolló un mercado de servicios (financieros, patentes, marcas, licencias, etc.) que posibilitó mecanismos de apropiación de "plus valor virtual", y permitió un inimaginable saqueo financiero en los países dependientes.

"Las patentes medicinales y la privatización de la salud siguen siendo un obstáculo para la fabricación masiva de medicamentos genéricos a bajo precio. Los 10 laboratorios transnacionales se enriquecen mas rápidamente que otros sectores industriales.

La privatización de esta actividad, del seguro de salud y del sistema público de atención médica contribuyen a conformar este apartheid que conlleva para millones de personas, la amenaza de un acortamiento de la vida y peores condiciones sanitarias que en la época colonial".

Los extraordinarios avances en el desarrollo de las ciencias vinculadas con la salud a determinado que la expectativa de vida promedio que en 1950 era de 46 años, llegó en el año 2000 a 76 años,⁴⁷ pero simultáneamente se ha profundizado la brecha entre quienes tienen acceso a los avances médicos y quienes carecen de este servicio.

El "saber" (que en la teoría económica es un bien público ajeno a los avatares del mercado) se privatizó y se transformó en factor fundamental de la producción trastocándose en "saber aplicado" generando masas importantes de "plus valor", porque mutiplicó la "productividad" y generó "innovaciones" que redujeron sustancialmente la importancia económica de la materia prima y del trabajo asalariado apalancando de esta manera el desarrollo desigual.

Bordieu puntualiza que la dominación social no sólo se apoya en la posesión del capital económico, financiero o tecnológico, sino también en un

⁴⁵ Alejandro Teitelbaum. "El papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo". Version Web.

⁴⁶ Ulises Montoya Alberti. La globalización jurídica. Rev. Der. Comercial. 2004. Pag. 282..

⁴⁷ Philippe Riviere. En "El Atlas de le Monde Diplomatique". Pag. 62.

capital cultural de índole social y simbólica. La posesión de la cultura en sus diferentes modalidades, constituye un capital tan importante como la tenencia de bienes materiales.

Esta ventaja se complementa con el capital simbólico: El dominio de recursos fundados en el conocimiento y el reconocimiento.⁴⁸

El "saber aplicado" dio lugar a una guerra comercial enderezada a la globalización de marcas y patentes que aseguraran la apropiación concentrada de la riqueza social generada⁴⁹.

La propia actividad productiva en los sectores mas rentables de la economía global contienen cada vez en mayor proporción un componente de servicios enderezados a multiplicar su valor.

La actividad económica global hiper capitalista prescinde de cualesquier pauta ética o moral y utiliza a la corrupción como mecanismo útil a la eficiencia económica.

Nos explica Peter Drucker elogiosamente esta idea de la economía natural que persigue la eficacia sin ataduras sociales, y dice explícitamente que la "sociedad, la comunidad o la familia tienen que resolver cualquier problema que surja. Mientras que la "organización" por el contrario debe tener un solo propósito, son eficaces porque se concentran en un cometido, porque todas las organizaciones existen para producir resultados y por ello admite que las "organizaciones" de la sociedad postcapitalista trastocan, desorganizan, desestabilizan a la comunidad constantemente".

"Las empresas cierran fábricas de las que dependen comunidades comarcales o sustituyen a canosos creadores de modelos por jóvenes prodigio que conocen la simulación por ordenador".

Y sostiene que "tenemos que ser capaces de cerrar todo un hospital cuando sea antieconómico.

Cada uno de estos cambios trastorna a la comunidad, la perturba, la priva de continuidad, cada uno de ellos es injusto, cada uno desestabiliza, pero la naturaleza de su cometido determina la cultura de una organización mas que la comunidad en la que ese cometido se realiza.

El sistema de valores de cada "organización" está determinado por su cometido".⁵⁰

Con estos paradigmas es fácil entender que la miseria moral, ética y legal son sólo consecuencias necesarias de la persecución de eficiencia en el mercado sin trabas sociales.

El individuo y las organizaciones son libres con estos parámetros amorales de perjudicar a la sociedad o a sus semejantes, en la ficticia y falsa seguridad afirmada por una ciencia económica que se ha revelado esencialmente ideológica, de que ello beneficiará en definitiva a todos si en

⁴⁸ Bordieu (1994) Cita de **Mauricio García Villegas**. "No sólo de mercado vive la democracia". Revista de Economía Institucional. Colombia. Vol 6 Nro 10. Primer Semestre 2004. Pag. 102.

⁴⁹ Conf. **Peter F. Drucker**. Ob. Cit.

⁵⁰ **Peter Drucker**. La Sociedad Postcapitalista. Edit. Sudamericana, Pags. 46 a 56.

definitiva deviene en una reducción de costos y maximiza eficientemente ganancias.

Mediante el despojo ético y el sometimiento de la vida social a supuestas leyes económicas, las actividades del mercado son equivalentes a las leyes naturales.

En el mercado global los agentes económicos se comportan de manera semejante a la que describe el proceso de selección natural, permitiendo sobrevivir a las personas, empresas y economías nacionales más competitivas, marginando a las demás especies económicas no aptas.

Es evidente que con las reglas de juego de esa sociedad globalizada son naturalmente no aptas las personas que sólo cuentan con su fuerza física de trabajo y los países que en la división internacional del trabajo son proveedores de materia prima y productos manufacturados de bajo contenido tecnológico.

Con esta cosmovisión producto del neoliberalismo, el incremento exponencial de la corrupción y la delincuencia no son una consecuencia indeseada de la economía hiper capitalista globalizada, sino el resultado natural de afirmar con criterios económicos que aquello que contribuye al eficaz funcionamiento de los mercados debe ser fomentado y apoyado, prescindiendo de cualesquier valoración histórica, social, ética, moral e incluso legal que pueda impedir la satisfacción inmediata de la maximización de la ganancia.

En el análisis económico del derecho afirmado en las "leyes" de la economía neoliberal conviven dos concepciones: "La apreciación que indica que la corrupción, como el aceite lubricante, favorece la asignación optima permitiendo sortear restricciones absurdas"⁵¹.

En la praxis social ambos fenómenos vienen entrelazados, existían mucho antes de la globalización hipercapitalista, pero esta época le ha dado un relieve y una importancia antes inimaginables.

Por una parte los procesos de flexibilización, privatizaciones y endeudamiento de los países periféricos han dado lugar a generalizada corrupción en muchos de los gobiernos de estos países que aceptaron esos procesos percibiendo millonarias comisiones.

Y en el otro extremo con una expresión de corrupción no menor, tanto los conglomerados comerciales o financieros Europeos como Americanos han participado activamente de estos procesos pero también lo han hecho con no menos inmoralidad sus gobiernos que han favorecido y subsidiado las prácticas corruptas.

"Para compensar la ausencia de competitividad de sus empresas en los mercados extranjeros, el gobierno francés, imitado por todos sus homólogos europeos, autorizaba en 1977 los sobornos -oficialmente llamados comisiones- cuando eran abonados a un funcionario extranjero.

Una jurisprudencia del Consejo de Estado de 1983 confirmó que esas sumas eran deducibles, cuando se pagaban en favor de la empresa.

⁵¹ **Alfredo Juan Canavese.** Universidad Torcuato Di Tella. "Instituciones. Corrupción y Análisis Económico del Derecho". Publicación Web.

El gobierno estadounidense que alienta fervientemente la aplicación de las normas soft aprobadas por el GAFI, ayuda a las exportaciones que favorecen la instalación de empresas en paraísos fiscales con hasta 2.500 millones de dólares en subvenciones anuales.

Esas filiales subvencionadas, bautizadas Foreign Sales Corporation (FSC), son la base del sistema oculto del pago de las comisiones en el extranjero⁵², pero además cumplen con objetivos de elusión impositiva y permiten el incumplimiento de normas que prohíben a la sociedad comportamientos ilegítimos en la normativa aplicable a la cabeza del holding en su país de origen.

En los mercados se desarrollaron lo que Galbraith denomina con generosidad la "economía de los fraudes inocentes" es decir, sin culpables ni responsables ante la ley y ejemplifica con quienes recomendaban acciones o títulos, que inducían a los compradores afirmando que esas empresas valían lo que por ellas pagaban los inversores conforme tasaciones que incluían proyecciones de futuro sin sustento.

Son también fraudes los que se cometen en los mercados especulativos que exigen aptitudes especiales.

Las formas habituales de fraude presuponen transacciones ventajosas para la parte que conoce ciertos mecanismos y perjudicial para la que los ignora. Etc.

Ese comportamiento utilizaron los grandes bancos y grupos financieros internacionales inducidos por el plan "Brady"⁵³ cuando se desprendieron de los títulos de deuda externa de una Argentina que estaba en un "default" postergado artificialmente, estafando a ahorristas individuales en todo el mundo y en nuestro propio país, que carecían de esa información.

Los escándalos de corrupción legal o ilegal en el sofisticado mundo de las finanzas se ha constituido en un mecanismo que sostiene y retroalimenta al sistema global:

La normativa financiera enderezada a fortalecer a determinadas entidades a cualquier costo, las conduce inexorablemente a una virtualidad contable.

Es habitual que gastos o quebrantos puedan ser contabilizados como activos, que los títulos y otros activos, tengan una valuación contable y otra de mercado, que la operatoria "of shore" esconda zonas blancas, grises o negras, que la legislación impositiva se adecue para legitimar fraudes fiscales.

⁵² Pierre Abramovici. Estados y empresas, écnicos o impotentes?. Los mecanismos ilegales del comercio internacional. Le Monde Diplomatique. Edición Cono Sur Número 17 - Noviembre 2000.

⁵³ El Plan Brady alentado por el G7 y el FMI, creaba una "Ingeniería Financiera para transformar los préstamos sindicados soberanos en empréstitos atomizados donde las entidades financieras comenzaron a actuar como intermediarios de la ubicación de deuda en bonos que son adquiridos por fondos de pensión, mutuos e innumerables ahorristas y cumple con el principal propósito de liberar a los bancos del principal riesgo de la bancarrota".

Carella Alfredo J. Ob. Cit. Pag. 147

"Según el último estudio llevado a cabo hasta la fecha la cuantía total de los activos acumulados en los paraísos fiscales asciende ya a la del PBI de Estados Unidos." ⁵⁴.

La virtualidad de los mercados que es otro aspecto que conspira contra su transparencia, se sostuvo además en el denominado "efecto palanca" (operaciones en las que se compran activos por valores muy superiores a los recursos propios), que condujo necesariamente a quiebras fraudulentas y escandalosas, con formidables efectos redistributivos porque afectaron a la gente común en los estados centrales e incluso en los mercados periféricos.

Así cayeron, cerrando el mecanismo de acumulación, porque los activos ya habían sido transferidos, o nunca existieron: "Enron" (el 7º grupo estadounidense por su importancia económica), "World Com", y en el desmembramiento de "Vivendi-Universal" etc.

Es igualmente escandalosa la desafortunada distribución de los dineros públicos para sostener a empresas y a entidades financieras privadas.

En todo el planeta para evitar las crisis que provocan la caída de los sistemas financieros se han privatizado los lucros que genera esta actividad y se socializaron sus quebrantos.

Esta naturaleza tuvieron las intervenciones de los organismos internacionales para asegurar el repago de las deudas contraídas con los especuladores globales, por los países arrastrados al "default" en virtud de las crisis financieras y cambiantes, en Méjico, el Sudeste Asiático, Rusia, Brasil, y la Argentina. (en este último país con las denominaciones de Blindaje, Megacanje, Plan Brady, etc.).

A su vez los Bancos Centrales Nacionales aplicaron idéntico criterio para salvaguardar los ahorros de los inversores especuladores locales a expensas del erario público. La urgencia que suponen estos salvatajes arrastran regularmente arbitrariedad, desprolijidad, excepcionalidad reiterada, y en muchos casos una fraudulenta asignación.

"El apoyo a las instituciones financieras en quiebra es una función pública que se defiende plenamente, por muy notorios que sean el despilfarro financiero y el latrocinio patente que la hacen necesaria.

Si las asignaciones para estas operaciones de rescate se hubiesen aplicado a gastos públicos en servicios sociales o a la investigación o producción, se habrían considerado (por la conciencia neoliberal) abrumadoras y absolutamente intolerables. La intervención del estado con su mano que controla o sostiene no es precisa, salvo cuando un banco o una gran empresa necesita que la salven."⁵⁵.

"En el campo financiero y monetario de los países occidentales se han desarrollado con carácter coactivo una serie de instituciones, básicamente en torno al banco central, la legislación bancaria, el monopolio de emisión de moneda y las leyes de curso forzoso, que hacen que el corazón del sector financiero de cada país se encuentre plenamente regulado y por esta razón,

⁵⁴, **Carlos Jiménez Villarejo**. "La delincuencia financiera, los paraísos fiscales". Conferencia del ex Fiscal Anticorrupción de España, **Carlos Jiménez Villarejo**. Edición Electrónica Aboga 2 . 29.07.04..Cita precedente..

⁵⁵ **John Kenneth Galbraith**. "La Cultura de la Satisfacción". (Ed. Emecé 1992). (fs. 58).

mucho más próximo del sistema "socialista" de planificación central que el que sería propio de una verdadera economía de mercado.

El actual sistema financiero se basa en el monopolio de un organismo gubernamental de las principales decisiones en cuanto al tipo y cantidad de dinero y de crédito que se va a crear e inyectar en el sistema económico.

Se trata por tanto de un sistema de planificación central del mercado financiero y por tanto altamente intervenido⁵⁶ que a su vez está sometido a los mandatos de los organismos financieros internacionales.

El sistema financiero internacional desarrolla además de la actividad reglada en cada país un mundo de operaciones especulativas "of shore" y en el ámbito interno, fundamentalmente con el sector público que altera esencialmente las reglas del mercado y genera simultáneamente lucros desmesurados. (fraudes no tan inocentes parafraseando a Galbraith).

"Parece que hubiera dos sistemas financieros: uno formal de depósitos y préstamos y otro configurado como una gigantesca "mesa de dinero" cuyas operaciones se registran dentro de las megacuentas "otros", que como las alfombras sirven para esconder mucha suciedad.

Estas operaciones financieras mayoristas comprenden las operaciones de financiamiento al sector público, operaciones de pases de títulos, de compra y venta de divisas a término, de operaciones interbancarias, etc."⁵⁷

Con esta operatoria "legítima" conviven y se asocian aquellas que el sistema afirma que son ilegítimas: El "lavado de dinero" que en el sistema financiero regularmente hacen los oligopolios que manejan los mercados de la droga, de las armas, del terrorismo y de la corrupción.

Las medidas adoptadas por la OCDE para combatir este mercado negro son relativamente aptas en los países que se someten a ellas, pero por el contrario son irrelevantes en los mercados creados en otros países a ese solo efecto y que por tal motivo no necesitan ser incluidos como elegibles, porque ya fueron y serán escogidos por las grandes potencias financieras para canalizar sus operaciones ocultas.

"Hoy en día es dable casi certificar los ceñidos emparentamientos del crimen global, detección esta que permite evidenciar que la delincuencia organizada y la corrupción, junto con el blanqueo de dinero y la criminalidad financiera, erígense en aspectos manifiestos de un similar fenómeno que reconoce raíces comunes.

La delincuencia ya no se identifica -solamente- con la criminalidad tradicional asociada a la marginalidad, sino que aparece caracterizada por las ideas de organización, transnacionalidad y poder económico

El dinero proveniente de estos ilícitos se desplaza de un sector financiero a otro con una velocidad abismal, utilizando metodologías

⁵⁶ **Jesus Huerta de Soto.** "Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos .Pag. 2. Formentor 12.8.97.

⁵⁷ "Informe acerca del vaciamiento del sistema financiero argentino en el 2001" Por **Javier Llorens y Mario Cafiero.** Anexo II..

informáticas, sociedades ficticias y fiduciarias y cuentas al abrigo de las investigaciones convencionales".⁵⁸

Para asegurar la continuidad de este mecanismo de acumulación global concurren además el poder militar y nuclear que manipula y conduce geopolíticamente países y mercados.

Como consecuencia normal de este proceso se han desarrollado en todos los países en mayor o en menor medida la "corrupción" de los que mucho tienen, y la multiplicación de la criminalidad en los sectores excluidos de la sociedad. Conviven los "males públicos globales" que implican "corrupción y criminalidad globalizada".

Los oligopolios generaron necesidades, y transformaron a quienes controlan esos mercados en sus beneficiarios.

Ríos contables de dinero se devengaron en, "la expansión de la delincuencia internacional. La producción el comercio y consumo de estupefacientes, el financiamiento del terrorismo, el tráfico de armas, y la circulación internacional de capitales ilícitos derivada de las diferentes formas de corrupción que trascienden las fronteras nacionales"⁵⁹. Se constituyeron oligopolios "cleptocráticos" de los que participan las "elites" cooptadas en los países dependientes⁶⁰.

Esto contribuyó para acelerar una renovada acumulación primitiva del capital concentrado en los países centrales, a expensas de la pauperización periférica⁶¹.

Las paradojas de esta sociedad en gestación y extinción son paradigmáticas: Una inconmensurable concentración de la riqueza producto de esa salvaje acumulación ha generado y está potenciada como contrapartida por la pobreza, miseria, corrupción y quebrantamiento del bienestar social de una parte muy importante de la humanidad

"La esperanza de vida puede haber aumentado, pero para muchos la calidad de vida no mejoró, y muchos aún se encuentran sumidos en la indigencia".⁶²

Este es quizás el esencial, y desgraciado rasgo dominante en esta nueva etapa de la humanidad: "Padecemos las consecuencias en los tuétanos: marginalidad, pobreza, exclusión, desesperanza"⁶³

"Es demasiado pronto para prever la forma final de la cohabitación humana planetaria.

⁵⁸ **Kent Jorge**. "Terrorismo, corrupción y delincuencia organizada transnacional". La Ley 16.11.05 pags. 1 y 2.

⁵⁹ **Ulises Montoya Alberti**. La globalización jurídica. Rev. Der. Comercial. 2004. Pag. 287..

⁶⁰ Ver. **Basualdo Eduardo**. Sistema Político y Modelo de Acumulación. Ed Universidad de Quilmes . 3ª. Edición. 2002.

⁶¹ Las tesis de la "dependencia estructural" elaboradas por la CEPAL durante la dirección de Raúl Prebisch se enriquecieron con la crudeza de la realidad sumó nuevas referencias para el desarrollo teórico. Aldo Ferrer, Julio Olivera, Enrique Iglesias, discursos pronunciados en el homenaje a Raúl Prebisch con motivo de conmemorarse el centenario de su nacimiento. Buenos Aires. Abril 2001. **Revista de la CEPAL** no. 75. Diciembre 2001

⁶² La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? Preparado por el personal del **FMI**. Abril de 2000. Edición en Inglés Monthly Review.

⁶³ **Atilio Alterini**. Discurso de asunción del cargo de Decano de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

Hay una cosa que sí puede postularse: la perspectiva de una comunidad global es un horizonte último en el que debemos medir la pertinencia de cada paso que demos hacia su consecución.

Una comunidad, para merecer tal nombre, debe apoyarse en la idea de que sus miembros asumen una responsabilidad compartida por cada cual.

No puede haber una comunidad sin un sentido y una práctica de la responsabilidad. Y si la capacidad de carga de los puentes se mide por la fuerza de sus pilares más débiles, la solidaridad de una comunidad se mide por el bienestar y la dignidad de sus miembros más débiles"⁶⁴.

⁶⁴ Zygmunt Bauman ."Cada vez vemos más maldad y podemos hacer menos para detenerla".
<http://www.lavaca.org/notas/nota259.shtml>

Capitulo 2

CULTURA Y SOCIEDAD

La Cultura es un producto social.

La cultura y la condición humana son productos construídos por la especie en su práctica histórica y social, a partir de la significación de sus relaciones materiales, en las que construyó significantes que le permitieron aprehender y transformar la realidad.

La condición humana, sólo puede ser entendida como fenómeno social. Sólo en sociedad el hombre tiene necesidad de comunicarse con otros hombres. Y la cultura es en su esencia inherente a la social condición humana.

Si el "homo" no hubiera actuado socialmente no hubiera podido sobrevivir a especies mucho más fuertes, ni hubiera podido transformarse a sí mismo. Para cumplir con su destino cósmico en su historia existencial ha conformado una "genética social" distinta a la de cualesquier otra especie: Su cultura.

El "homo sapiens" que es un "homo" social, ha desarrollado la compleja aptitud de construir y relacionar significantes a partir de su necesidad de percibir y transformar a la realidad sensible. La cultura es también como producción humana por definición "el mundo de la significación y las prácticas simbólicas cotidianas"⁶⁵.

La transformación de los "significantes" exteriores en significados compartidos y transmisibles constituye un importante hito en la construcción del pensamiento y de la humanización del primate⁶⁶.

La conciencia de la especie es producto de las creaciones y de la objetivación de los imaginarios sociales que se conforman con realidades tangibles y con conceptos abstractos construídos en la genética conceptual.

La "cultura" como expresión de los "significados", conductas y comportamientos del hombre, de su ética y de su estética, de sus producciones y de sus contradicciones, se engendra en la práctica de su devenir histórico y en la evolución de su aptitud racional y emocional y requiere para su desarrollo de la realidad sensible (de los significados) y del concepto abstracto, engendrado históricamente por la relación con esa realidad y con otros significantes.

Los significantes o conceptos son el producto de la simbolización de la percepción de la realidad y de la interacción con otros significantes para el desarrollo del pensamiento abstracto.

Para dominar a la naturaleza o para dominar a otros hombres, el "homo sapiens" establece relaciones de cooperación, solidaridad, conmiseración, dominación o sumisión, y denominamos "ideología" a esa porción del pensamiento social enderezado a establecer relaciones de poder.

El Estado y el Derecho son manifestaciones culturales y esencialmente ideológicas que resultan de la actividad social del hombre, necesaria para dominar y transformar a la naturaleza y a otros hombres, con

⁶⁵ Víctor Manuel Andrade Guevara "Globalización, cultura y complejidad miradas desde un Nodo Periférico". Publicación Web.

⁶⁶ **Giovani Sartori** . Homo Videns. La sociedad teledigirida. Ed. Taurus. Pag. 23 sgts

el objeto de procurar la satisfacción de sus crecientes necesidades y de desarrollar los instrumentos necesarios para ello.

La "ideología" que en mayor o en menor medida, participa del derecho, de la política, de la economía y de todas las ciencias sociales, e incluso de las ciencias naturales, de la técnica y de la tecnología y de su aplicación, de la ética y de la estética, de la axiología y de la ontología de una sociedad es también un puente de interacción con la realidad material y social sensible.

El propio conocimiento tiene un importante componente ideológico, y lo pone de relieve Foucault que en este punto sigue a Nietzsche, cuando afirma que "el conocimiento no está en absoluto ínsito en la naturaleza humana. Es el resultado del juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y el compromiso.

Es como una centella que brota del choque entre dos espadas, pero que no es del mismo hierro del que están hechas las espadas.

Y nos explica que "Nietzsche coloca en el núcleo, en la raíz del conocimiento, la lucha, la relación de poder".

Por ello afirma con la historia de la humanidad como verificación empírica de su aserto que "aún en las ciencias encontramos modelos de verdad cuya formación es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento, sino que son ellas mismas, constitutivas de éste"⁶⁷.

En la sociedad globalizada la "cultura" asume un rol económico y un rol político esencial, porque los sistemas simbólicos no son sólo instrumentos de conocimiento, sino también y ante todo instrumentos de dominación.

Lo ideológico adjetivo en estos tiempos se trastoca en esencial, porque la cultura en todas sus manifestaciones (en las ciencias, en el arte, la arquitectura, las prácticas sociales cotidianas, en el estado y en el derecho, etc.) se transforma y es manipulada como instrumento homogeneizado para acelerar el procesos de acumulación económica.

Simultáneamente la cultura se trastoca en mercancía, en valor económico esencial para el mercadeo y la generación y asignación de riqueza.

El capital social - en esta etapa de esta formación económica y social - opera en forma similar al capital económico.⁶⁸

La cultura en la sociedad "hiper capitalista": El pensamiento único egoísta e individualista.

El concepto de globalización no se circunscribe a los cambios que se operaron en la economía, o a los portentosos avances en las ciencias tecnológicas aplicadas, que permitieron mundializar en tiempo real y simultáneamente, comunicaciones e imágenes.

Aunque su raíz y razón de ser esté en los cambios tecnológicos científicos que permiten la multiplicación de la reproducción ampliada transformando a toda la sociedad humana en un solo mercado que utiliza

⁶⁷ Michel Foucault "La Verdad y las Formas Jurídicas. Ed. Gedisa. España. Pags. 20/1/33/

⁶⁸ Mauricio García Villegas. Ob. Cit. Pag. 127 quien cita a Bordieau.

instrumentalmente a la cultura como factor de poder, las manifestaciones, las especificidades y las relaciones dialécticas que engendran estos cambios son multifacéticas.

"La palabra globalización fue utilizada inicialmente en el área económica, pero pronto se hicieron notar sus connotaciones sociales, culturales, científicas, tecnológicas e ideológicas y es indudable que sus efectos se ciernen como una amenaza sobre los países y las personas más débiles".⁶⁹

Abarca una multitud de fenómenos críticos y contradictorios, relacionados y sistémicos que en relaciones complejas inciden decisivamente en la condición humana y la vida social en casi todo el planeta.

En esta etapa de su desarrollo, el modelo de "formación económico social"⁷⁰ enderezado a la globalizada acumulación, concentración y reproducción del capital y la riqueza, ha instalado además de las relaciones económicas que le son propias, en la conciencia social de globalizados y localizados, ganadores y perdedores, incluidos y excluidos, valores culturales y pautas ideológicas enderezadas a viabilizar, sostener y perpetuar las actuales relaciones de producción, distribución y consumo.

La globalización de la cultura es uno de los aspectos centrales de este momento de la historia de la humanidad y ofrece un cúmulo de rasgos que le son propios.

La diversidad ha sido en la historia de la especie un motor para el desarrollo de la cultura.

El Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, establece que "La cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias".

"Las fuerzas que motorizan la globalización, tratan de imponer una suerte de pseudo cultura universal estandarizada que se traduce en la realidad en una desculturización de las naciones, tras lesionarse los lazos que cada pueblo mantiene con su historia, su territorio y sus valores"⁷¹.

La ideología del mercado mundial o del liberalismo, procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión: La económica.

Se trata de un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas para sus objetivos"⁷², pero sus

⁶⁹ **Claudia R. Brizzio.** Globalización y Debilidad Jurídica. Publicación Digital. Pag. 1

⁷⁰ **Carlos Marx.** Crítica de la Economía Política. La estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta una superestructura jurídica y política . Prólogo pag. 10. Editorial Futuro Bs.As.

⁷¹ **Mizrahi Mauricio Luis.** Globalización. Familia y Derechos Humanos. La Ley Actualidad. 2.12.04. pag. 1 sgts.

⁷² **Beck, Ulrich:** "¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización" - Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás - Ed. Paidós Ibérica - Barcelona - 1998 - pág. 42

consecuencias en la conciencia social, en lo cultural y en lo político jurídico son polifacéticas.

El globalismo hiper capitalista "disuelve las naciones y las culturas con su subcultura globalizada, capaz de imponer lo mediocre como universal:

Desde la "pizza hut" hasta el humanismo del ratón "Mickey".

Esta subcultura anestesiante hace estragos ya en el primer mundo. Produce en esas naciones un cuarto mundo de marginados, jubilados, desocupados, drogadictos, infecundos, que empieza a tener dimensiones asombrosas".⁷³

"La tecnificación coadyuva a la homogeneización de toda la sociedad y propende a diluir las identidades (regionales o personales) diferenciadas, a hacer superflua la noción de responsabilidad y culpa, la concepción de creatividad original, la idea de la singularidad del ser humano.

En este marco no pueden florecer ni la espontaneidad ni la amistad desinteresada, ni la vida interior ni el ocio productivo; la expansión del trabajo estrictamente normado y la pérdida de un sentido trascendente son indemnizadas ahora, por medio de compensaciones monetarias y por la fabricación de necesidades artificiales y espurias".

"La pérdida de solidaridad, calor y sentido trascendente constituiría (en una visión excluentemente socio - antropológica) el precio inevitable que hay que pagar por el individualismo anónimo y por los éxitos técnico económicos de nuestra era."⁷⁴

El individualismo que excluye y enfrenta a nuestros vecinos, la repetición de conceptos no razonados originados en imágenes y sentimientos, el consumismo desbordado que no puede ser satisfecho, el miedo al otro, la búsqueda de la seguridad física y material, son los valores corrientes que informan muchas reacciones de la conciencia social.

El eje unificador del pensamiento globalizador reposa en la reducción de todos los valores sociales a una axiología individualista que jerarquiza la libertad individual y el derecho de propiedad sin compromisos sociales y la eficiencia para la maximización de la riqueza.

Este dislate que supone además, mercantilizar y utilizar ideológicamente a la cultura como producto, soslaya la convicción que siempre ha tenido la humanidad de que la cultura es un legado sin dueños al que se debe acceder libremente.

La sociedad transnacional hipercapitalista se endereza a la privatización y mercantilización en las condiciones de un mercado oligopólico en escala universal de todos los productos que engendrados a partir de la genética cultural de la humanidad se han transformado en avances culturales o tecnológicos.

"Los propietarios de los derechos de "copyright" tienen hoy un control total sobre la cultura. Es un poder absoluto sin precedentes". Los

⁷³ Abel Posse. "La crisis mundial del economicismo" Diario La Nación. Argentina. 27.3.95. Citado por Bidart Campos G. Ob. Cit. Pag. 180.

⁷⁴ H. C. F. Mansilla. Ob. Cit. Pag. 260.

conocimientos que transforman "organismos vivos" en el área de los "transgénicos" son patentados.

"Gracias a las nuevas tecnologías hemos experimentado un cambio extraordinario que reduce los costes de distribución del conocimiento.

Sin embargo, los que controlan el negocio de la cultura se oponen a estos avances. Temen perder el poder que ostentan"⁷⁵

La empresa que proporciona los valores dominantes en esta sociedad es la que sostiene su propia economía en la especulación cambiaria y financiera, en la apropiación excluyente del saber y el conocimiento, que suministra los márgenes más eficientes de relación costo - beneficio, la que individualmente considerada mejor maximiza la riqueza.

La macro empresa flexible que cierra o abre establecimientos, monta o desmonta procesos productivos, toma o despide a miles de empleados, entra o sale de un país, opera "in bonus" o en quiebra, legal o ilegalmente, coloca su capital en actividades productivas o financieras, todo con mucha velocidad para adaptarse al "mercado" y que reconoce como única norma la que ordena maximizar y acumular riqueza.

Este es el agente económico dominante en la impropriadamente denominada economía de mercado.

Por ello *Ciuro Caldani*⁷⁶ nos indica que es la empresa (el holding) el eje de esta sociedad y que "la búsqueda del lucro que identifica a la empresa ha conquistado un estado de consagración, podría decirse de santidad".

"La planificación empresarial tiende a reemplazar a la planificación gubernamental, por la ordenación de la realidad social por ejemplaridad que se hace crecientemente desde la perspectiva empresarial.

Las costumbres suelen ser sustituidas por los usos de los comerciantes.

En lo profundo se desarrollo un predominio abrumador del estilo capitalista y del valor utilidad."⁷⁷

"En el plano cultural e ideológico la diversidad y el pluralismo fueron sustituidos por el "fundamentalismo de mercado".

"Estamos ante un darwinismo de sofisticados almaceneros en guerra que desconocen la complejidad de lo humano y prácticamente lo mejor de la cultura occidental.

Pretenden un universo bidimensional de productores - consumidores sin molestia alguna de proyección religiosa, metafísica o poética.

El dinero se reproduce a sí mismo como el fin de sí mismo. Crea su propio espacio global sin patria: Un campo unificado para "el juego electro financiero".⁷⁸

⁷⁵ "Un encuentro aboga por restringir el derecho de propiedad intelectual". El País. Madrid. España. 17.7.05 http://www.elpais.es/articulo.html?xref=20050717elpepicul_6&type=Text&anchor=elpporcul

⁷⁶ *Ciuro Caldani*. Miguel Angel. Ob. Cit..

⁷⁷ *Ciuro Caldani Miguel Angel* Ob. Cit. (Pag. 99/100).

⁷⁸ *Abel Posse*. "El Angel Exterminador". Diario La Nación. Argentina. 9.VII.97, pag. 17.

La cultura de la solidaridad acunada por el género humano en la medida en que civilizó sus comportamientos, ha sido abruptamente estigmatizada por la ideología de la supervivencia del más fuerte.

La darwiniana tesis de la selección natural desarrollada para explicar la evolución animal se ha transformado en un paradigma de comportamiento social.

"Herbert Spencer proclamó en su momento la doctrina social y económica de la supervivencia de los más aptos.

El acólito más distinguido de Spencer: Summer dijo, con una elocuencia propia de la soberbia de esta mirada, que: Los millonarios son un producto de la selección natural. Puede considerárseles con toda justicia como los agentes de la sociedad, seleccionados por la naturaleza para una misión determinada.

Reciben elevados salarios y viven lujosamente pero el acuerdo (en opinión de Summer) es bueno para la sociedad.⁷⁹

En su expresión más extrema esta idea se traduce en la concepción de Foucault conforme la cuál el "racismo" representa una separación entre lo que debe vivir y lo que debe morir.

Lo que debe ser incluido y lo que puede ser excluido.

Ello permite que la opinión pública occidental tolere o ignore las decenas de millones de muertos cada año por hambre y falta de curas, o la tragedia de miles de inmigrantes rechazados en las fronteras, o los miles de víctimas inocentes de las actuales guerras globales, en cuanto esta tolerancia y este rechazo sean sostenidos por el racismo.

"El final de la fe en la salvación por la sociedad, sin duda señala un giro hacia lo íntimo".

Conviven en una única cosmovisión rentista, la "irracionalidad" más cruda con el "racionalismo sofista".

Los "fundamentalismos" sustituyen a la realidad por abstracciones apriorísticas que excluyen el pensamiento diverso.

La vida social, inmersa en perennes procesos de alienación, no ofrece una base sólida para la conformación de identidades colectivas duraderas y creíbles.⁸⁰

El "fin de las ideologías y de la historia"⁸¹, es en esta realidad la aceptación generalizada del "credo y la ideología neoliberal.

La utilización de abstractos paradigmas para fundar supuestas conclusiones científicas, (construidas con retazos ideológicamente escogidos del acervo cultural científico de la humanidad), que no pueden ser confrontados con el mundo real, son culturalmente impuestos al conjunto de la sociedad como artículos de fé ampliamente difundidos.

Nos explica Albert Einstein⁸² muy gráficamente como nace un paradigma incitándonos a cuestionar a aquellos que aún siendo erróneos han

⁷⁹ John Kenneth Galbraith. Ob. Cit. Pag. 91.

⁸⁰ Norbert Lechner. Los patios interiores de la democracia. FCE Santiago de Chile. pag. 157.

⁸¹ "The end of history". Francis Fukuyama. The National Interest. 1989.

sido profundamente arraigados en esta sociedad del pensamiento único, que asume "a priori" paradigmas supuestamente científicos, que carecen en absoluto de rigor si son ideológicamente descontextualizados en su aplicación.

La digitalización y la imagineria universal homogénea que trastoca las bases culturales de la humanidad, los "a priori" paradigmáticos, tienen un profundo contenido ideológico y concurren para sostener el mecanismo de acumulación instalado por el hipercapitalismo oligopólico.

"Se necesita meter los dedos en el alma del individuo, penetrar a saco en el mundo de sus representaciones, operar sobre el campo de su irracionalidad, para anular a la razón, a fin de impedir que la decisión política sea ejercida por los millones de seres en cuyas manos actualmente se encuentra.

El manipuleo de la mente, el hurgamiento en profundidad de la conciencia para anular toda potencia crítica, no es otra cosa que una empresa de depredación humana al servicio de la desigualdad social y económica..."⁸²

Las "cosmovisiones" ideológicas y sus cultores fundamentalistas (las grandes religiones, la cosmovisión marxista dogmática, el liberalismo, incluso el neoliberalismo y todas las manifestaciones de la cultura global del individualismo egoísta fundado en bases supuestamente científicas), han aportado o se han constituido en trabas para construir el acervo científico y cultural de la humanidad, pero a su tiempo cada uno de ellas ha fracasado en su intento de explicar autosuficiente y excluyentemente las vicisitudes de la condición humana.

Las críticas que Michel Foucault hace al "marxismo stalinista", parecen haber sido escritas pensando en el capitalismo neoliberal, porque en definitiva se trata de una crítica al fundamentalismo racional:

"El primer reproche que planteo -nos explica-, es la desconfianza que tienen respecto al material histórico, a la realidad histórica con la que se enfrentan, y su respeto infinito por los textos, algo que los encadena necesariamente a la tradición académica del comentario de textos.

⁸² "Un grupo de científicos colocó cinco monos en una jaula, en cuyo centro colocaron una escalera y sobre ella, un montón de bananas. Cuando un mono subía la escalera para agarrar las bananas, los científicos lanzaban un chorro de agua fría sobre los que quedaban en el suelo.

Después de algún tiempo, cuando un mono iba a subir la escalera, los otros lo agarraban a palos. Pasado algún tiempo más, ningún mono subía la escalera, a pesar de la tentación de las bananas.

Entonces, los científicos sustituyeron uno de los monos. La primera cosa que hizo fue subir la escalera, siendo rápidamente bajado por los otros, quienes le pegaron. Y después de algunas palizas, el nuevo integrante del grupo ya no subió más la escalera. Un segundo mono fue sustituido, y ocurrió lo mismo. El primer sustituto participó con entusiasmo de la paliza al novato.

Un tercero fue cambiado, y se repitió el hecho. El cuarto y, finalmente, el quinto y último de los veteranos fueron sustituidos, con los mismos resultados.

Los científicos quedaron, entonces, con un grupo de cinco monos que, aún cuando nunca recibieron un baño de agua fría, continuaban golpeando a aquel que intentase llegar a las bananas.

Si fuese posible preguntar a algunos de ellos por qué le pegaban a quien intentase subir la escalera, con certeza la respuesta sería:

"Mmmmm, no sé; las cosas siempre aquí, se han hecho así".

Y por ello concluye el genial científico y brillante humanista que "es más fácil desintegrar un átomo que un preconcepto".

⁸³ Richard Efrain Hugo. "Realidad, economía y derecho" XV Reunion conjunta de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba. 23 y 24 de octubre del 2003. <http://www.acader.unc.edu.ar/artrealidadeconomiayderecho.pdf>

Toda ciencia tiene un fundador, pero el desarrollo histórico de esta ciencia no es nunca, ni puede ser, el puro y simple comentario de texto de ese autor. Si bien es cierto que la física fue fundada por Galileo, precisamente en nombre de la cientificidad de la física podemos saber hasta dónde llegó Galileo, hasta dónde por tanto no llegó y en qué se equivocó⁸⁴

Las consecuencias que conlleva la homogeneización del denominado pensamiento único global, cargado de un individualismo egoísta exacerbado llevan a muchos observadores sociales a la visión de un futuro en el que la especie inicia un proceso de deshumanización.

Algunos científicos sociales afrontan con preocupación y en muchos casos con alarma o desesperanza los cambios que en la cultura, en la relación del hombre con la sociedad, y en definitiva en la condición humana está operando la ideología del "hiper capitalismo globalizado".

Francis Fukuyama que tanto influyó en las ideas del pensamiento único neoliberal, hoy con motivo de las transformaciones que está provocando la ingeniería genética y los nuevos productos farmacológicos capaces de eliminar la depresión y el sufrimiento, nos habla de la llegada de una era "posthumana".

La deshumanización implicada en la "cultura global" es producto al decir de Paul Virilio de la sustitución del "aquí" por el "ahora", de la instantaneidad y urgencia que provee la tecnología cibernética y telemática, que elimina el razonamiento y la crítica, y se contenta con la asimilación y la repetición acrítica.

Pensar que esta es la única globalización posible, que los comportamientos egoístas animales son los únicos que explican y van a explicar la conducta humana, es absolutamente irracional, y sin embargo esta idea fue instalada ideológicamente como cosmovisión en todo el planeta para reemplazar al rico y vivo caos de la historia genética cultural de la humanidad, con todas sus contradicciones e incertidumbres creativas.

La amplitud del fenómeno y sus repercusiones ponen de relieve que múltiples enfoques y conceptualizaciones que corresponden a aspectos de esa realidad la expresan con certeza, pero su apreciación es mucho más rica en tanto advirtamos su relación y sus contradicciones dialécticas con el todo.

Si tenemos en cuenta que los cambios que se producen como consecuencia de su devenir no son excluyentes y explican también diversas manifestaciones de un mismo conjunto de hechos.

El anunciado "fin de la historia y de las ideologías" es tan sólo una creencia sin fundamento. La pretensión de congelar la realidad en una instantánea, pretende ocultar la dialéctica y sistemática modificación permanente que exhibe en su complejidad, todo fenómeno social y sus interrelaciones con la creación cultural e ideológica.

Las ideas dominantes instaladas en la sociedad cuentan con recursos formidables para conformar el pensamiento único, pero conllevan en sí

⁸⁴ Entrevista a Michel Foucault - Publicada en Aboga 2 Edición Electrónica 14.7.04. Extracto del texto publicado por El Viejo Topo en su edición de abril de 1999.

mismas las rusticidades y contradicciones que generarán necesariamente su sustitución.

Una dramática transformación ha tomado lugar durante los años noventa: Aseveraciones sociales y económicas que fueron anteriormente reconocidas como ideológicas han adquirido un "status" de verdad científica.

Un nuevo determinismo social ha surgido, más profundo y alarmante que el anterior.⁸⁵

Nunca tan palmaria como ahora la contradicción que genera el caos que destruye y reconstruye: La economía del saber, la mundialización, los avances científicos tecnológicos y la multiplicación de la capacidad del hombre para transformar a la naturaleza y para asegurar recursos para su subsistencia pertenecen al futuro, pero la economía crecientemente virtual, las relaciones imperiales y la profundización del abismo entre países y hombres ricos y pobres son el presente y no constituyen irremisiblemente el futuro.

El futuro lo construyen las propias condiciones materiales de la sociedad y el pensamiento caótico y no homogéneo que enfrenta a la ideología de la globalización. Que todavía no conforma una ideología social para el cambio social.

"La humanidad jamás se plantea enigmas que no puede resolver. El enigma no es propuesto mas que cuando las condiciones materiales de su solución existen ya, o al menos se encuentran en curso de formación"⁸⁶

La visión de la sociedad como una fotografía, como modelo de descripción "científico" descarta la realidad que es cambiante, dinámica y compleja, y entonces describe con mayor aproximación a algunas regiones que a otras, porque la historia genética de cada una de ellas y su presente económico, cultural, científico y jurídico son distintos en cada lugar y en cada momento.

La realidad no es idéntica en todos los países y ámbitos, y su análisis es una generalización que indica tendencias idénticas y distintas en tiempo y espacio.

Para el Norte hay una "globalización" y otra para el Sur, pero las contradicciones envuelven a todo el planeta.

Así como entendemos que la pretensión de abstraer la visión de las ciencias sociales de la realidad sólo puede ser culturalmente aceptada por su imposición ideológica, es igualmente incompleto el punto de vista mecánico y determinista que extrae leyes de la realidad omitiendo la complejidad dialéctica de los distintos planos que exhibe la existencia social humana.

"En la situación presente parece indispensable (imaginar como hipótesis) un enfoque intelectual que nos haga digerible la idea de que los procesos históricos se caracterizan por sus discontinuidades y no por sus claras líneas ascendentes, por la superposición de diversos y contradictorios estadios económicos, políticos y culturales y no por etapas delimitadas y concatenadas entre sí de modo evidente.

⁸⁵ Calixto Salomão Filho. Teoría Legal del Conocimiento Económico. Pag. 1. Publ. Web. PDF.

⁸⁶ Carlos Marx. Ob. Cit. Pag. 11

Toda evolución lleva probablemente una alta dosis de mixturas insólitas, compromisos confusos y salidas inesperadas, aparte de influencias e imposiciones provenientes de otras culturas.

La mundialización de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y fundamentalmente de las finanzas son parte de este fenómeno complejo y cambiante y en cada uno de esos aspectos la globalización, avanza con velocidades diferentes⁸⁷

Lo más interesante y original de las producciones intelectuales reside probablemente en sus inconsecuencias y fracturas, en sus dilemas y preguntas⁸⁸.

Los estados, las organizaciones económicas productivas, las regiones, las personas y su producción cultural, se relacionan contradictoriamente y este motor genera la energía que asegura la transformación del hombre y de la sociedad.

Es la continuidad en la ruptura lo que asegura el inicio cotidiano de la historia, que se construye todos los días y en todos los ámbitos del planeta.

Las constantes en la evolución de la especie han sido los cambios y las transformaciones: La diversidad, la evolución, las contradicciones y los cambios cuantitativos y cualitativos de las pautas culturales e ideológicas, de las ciencias, de la técnica y la tecnología, y en esa permanente interacción, se conforma la "condición humana".

Las ideas de una nueva sociedad más humana pueden ser desarrolladas y aceptadas no sin contradicciones y riesgos por la sociedad.

"Es cierto escribió Bobbio evocando a Kant que el progreso no es necesario, sólo posible. Pero ello depende también de nuestro rechazo a dar por descontadas la inmovilidad y la monótona reiteración de la historia.

La historia como siempre mantiene su ambigüedad procediendo en dos direcciones opuestas: En dirección a la paz o en dirección a la guerra, a la libertad o a la opresión. La vía de la paz y de la libertad pasa a través del reconocimiento y la protección de los derechos del hombre".⁸⁹

Los caminos que conducen al pensamiento único.

La concentración y mundialización de los multimedios ha modificado substancialmente el concepto de comunicación.

El proceso simultáneo de oligopolización de los medios de comunicación, de extensión horizontal por su transformación en multimedios, y de su universalización ha generado una fuerza capaz de incidir fuertemente en el pensamiento de buena parte de la humanidad.

⁸⁷ Grun Ernesto: "Una Visión sistémica y Cibernética del Derecho". Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1995.

⁸⁸ "El estado en América Latina. CIEDLA" Buenos Aires 1995. HCF Mansilla "Los enfoques postmodernistas frente a las ambigüedades de la democracia el desarrollo". Pag. 254/5. Con cita de José Joaquín Brunner. Tradicionalismo y modernidad. Santiago de Chile. FLACSO 1990 pag. 28.

⁸⁹ Noberto Bobbio, citado por Lucas Ferrajoli, "Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la Globalización". La Ley 6.12.05. pag. 3.

El proceso de concentración ha conformado gigantescos grupos generadores de fabulosas ganancias, (News Corps, Viacom, AOL Time Warner, General Electric, Microsoft, Bertelsmann, United Global Com, Disney, Telefónica, RTL Group, France Telecom, etc) entrelazados por relaciones de todo tipo y unidos por comunes intereses, con las transnacionales comerciales, industriales y financieras y con los estados centrales, con aptitud para manipular el pensamiento y el sentimiento de la gente en todos los rincones del globo.

En todo el mundo, conglomerados gigantescos se apoderan de los medios.

En Estados Unidos, donde en febrero de 2002 fueron abolidas las reglas contra la concentración en el campo audiovisual, America-On-Line compró Netscape, el semanario Time, la empresa Warner Bross y la cadena informativa ininterrumpida CNN; General Electric, primera empresa mundial por su capitalización bursátil, se apoderó de la cadena de televisión NBC; la firma Microsoft de Bill Gates, reina en el mercado de los software, quiere conquistar el de los videojuegos con su consola X-Box, y a través de su agencia Corbis domina el mercado de la fotografía periodística; la News Corporation de Rupert Murdoch asumió el control de algunos de los diarios británicos y estadounidenses de mayor difusión (The Times, The Sun, New York Post), es dueño de una red de televisión satelital BskyB, de una de las cadenas de televisión de Estados Unidos (Fox), así como de una de las principales firmas de producción de filmes (20^o Century Fox)

En Europa, Bertelsmann, primera editorial mundial, compró RTL Group, y ya controla en Francia la radio RTL y la cadena M6; Silvio Berlusconi es dueño de las tres principales cadenas privadas de Italia y, como presidente del Consejo, controla el conjunto de las cadenas públicas; en España la firma Prisa controla el diario *El País*, la red de radios SER, el canal codificado Canal Plus España y el principal polo de editoriales⁹⁰.

La lucha por el control de la comunicación celular y de sus avances tecnológicos y la apropiación del espacio en el que circulan las ondas, parece constituir el eje en el futuro próximo que permitirá concentrar, si no encuentra límites legales, aún mas los medios, y el control en muy pocas manos cada vez mas poderosas.

Los "medios masivos de comunicación tienden cada vez más a agruparse en el seno de inmensas estructuras para conformar grupos mediáticos con vocación mundial., pero tienen ahora además de una dimensión fabulosa, nuevas posibilidades de expansión debido a los cambios tecnológicos.

"Los grupos mediáticos poseen ahora dos nuevas características : Primeramente, se ocupan de todo lo concerniente a la escritura, de todo lo concerniente a la imagen, de todo lo concerniente al sonido, y difunden esto mediante los canales más diversos (prensa escrita, radio, televisión de aire, por cable o satelital, vía internet y a través de todo tipo de redes digitales).

Segunda característica: estos grupos son mundiales, planetarios, globales, y no solamente nacionales o locales.

⁹⁰ Ignacio Ramonet Medios concentrados. Le Monde Diplomatique. Cono Sur Número 42 - Diciembre 2002.

En tercer lugar la "revolución digital" ha derribado las fronteras que antes separaban las tres formas tradicionales de la comunicación: Sonido, Escritura, Imagen.

El surgimiento y el auge de "internet", representa una cuarta manera de comunicar, una nueva forma de expresarse, de informarse, de distraerse⁹¹.

Conforme lo señala Ramonet, "La sociedad moderna discriminaba tres esferas que antes eran autónomas: por un lado, la cultura de masas con su lógica comercial, sus creaciones populares, sus objetivos esencialmente mercantiles; por el otro, la comunicación, en el sentido publicitario, el marketing, la propaganda, la retórica de la persuasión; y finalmente, la información con sus agencias de noticias, los boletines de radio o televisión, la prensa, los canales de información continua, en suma, el universo de todos los periodismos.

Estas tres esferas, antes tan diferentes, se imbricaron poco a poco para constituir una sola y única esfera ciclópea en cuyo seno resulta cada vez más difícil distinguir las actividades concernientes a la cultura de masas, la comunicación o la información"⁹².

La cultura, las noticias y la publicidad se han asimilado en sus técnicas y en sus objetivos y responden excluyentemente a la maximización del beneficio empresario.

Como en un cambalache, el marketing orienta y decide la comunicación política, las noticias son jerarquizadas y consecuentemente resaltadas o ignoradas por su "punch" en el mercado, la cultura e incluso la ciencia se han transformado en mera mercancía, y todas alimentan a un fenómeno publicitario que ha absorbido a la política, a la comunicación y a la cultura, pero además le proporciona buena parte de la técnica que ya hace varias décadas fuera transparentada por Vance Packard en su pionera visión de las "formas ocultas de la propaganda".

De esta manera "los medios de comunicación cumplen un papel fundamental, porque ayudan a definir lo que la mayoría de la población mundial va a sentir, pensar, comprar, votar, etc y la posibilidad de moldear la conciencia pública desde el exterior ha aumentado ilimitadamente".

Podemos estar asistiendo entonces a lo que Michael Hardt y Antonio Negri definen como el desplazamiento de una "sociedad disciplinaria" a una "sociedad de control", surgiendo "el imperio que no sólo gobierna un territorio y a una población, también crea el mundo mismo que habita.

No sólo regula las interacciones humanas, además procura gobernar directamente toda la naturaleza humana"⁹³

Como afirma Erich Fromm, "se ha olvidado por completo que el hombre puede ser esclavo sin estar encadenado... no se ha hecho más que trasladar las cadenas del exterior al interior del hombre.

⁹¹ **Ignacio Ramonet** . Observatorio Internacional de Medios de Comunicación. Editorial (Francia).El quinto poder. Le Monde Diplomatique. Edición Cono Sur .Número 52 - Octubre 2003

⁹² **Ignacio Ramonet**. Ob. Ci.

⁹³ **Roberto Sancho Larrañaga** ".MiDios de Comunicación". Le Monde Diplomatique .Artículos locales de la edición Colombia Octubre 2003

El aparato sugestionador de la sociedad lo atiborra de ideas y necesidades. Y estas cadenas son mucho más fuertes que las exteriores: porque, al menos, éstas el hombre las ve, pero no se da cuenta de las cadenas interiores que arrastra creyendo ser libre.

Puede tratar de romper las cadenas exteriores, pero ¿cómo se librerá de unas cadenas cuya existencia desconoce?⁹⁴

"Creo que no nos quedamos ciegos, creo que estamos ciegos, ciegos que ven, ciegos que, viendo, no ven"⁹⁵

La sustitución del concepto por la imagen.

En la televisión mundialmente oligopolizada no existe intercomunicación, el sentido es unidireccional, y las imágenes cuidadosamente escogidas que proporcionan tortuosos senderos al pensamiento absolutamente disociado de la realidad, de quienes son sus destinatarios pasivos, o mostrando distorsionadamente aspectos parciales de esa realidad.

La revolución tecnológica facilitó las comunicaciones y la uniformidad cultural, pero además modificó el sentido de la comunicación.

La deshumanizó porque sustituyó la palabra y el concepto inherentes a la condición humana, por la sensación y la imagen.

"La capacidad simbólica distancia al "homo sapiens" del animal. El telespectador es más un animal vidente que un animal simbólico"⁹⁶.

Esas imágenes y los significados que implican, abordan los sentimientos del televidente soslayando el concepto y el razonamiento.

La aterradoradora imagen que en "1984", nos proporcionara Orwell, nos muestra una sociedad donde cada uno tiene su propio televisor, pero nadie puede desconectarlo ni sabe cuando la pantalla se convierte en una cámara.

Como recuerda Pierre Bourdieu, "Hay un sector muy importante de la población que no lee ningún periódico, que está atado de pies y manos a la televisión como fuente única de informaciones.

La televisión posee una especie de monopolio de hecho sobre la formación de las mentes de esa parte nada desdeñable de la población"

"La televisión, que pretende ser un instrumento que refleja la realidad, acaba convirtiéndose en instrumento que crea la realidad"; por eso, su poder "consiste en la capacidad de imponer unos principios de visión del mundo, de hacer llevar unos lentes que hagan que la gente vea el mundo según unas divisiones determinadas"

Estas lentes se convierten en la cosmovisión hegemónica del mundo⁹⁷

⁹⁴ Roberto Sancho Larrañaga. Ob. Cit.

⁹⁵ José Saramago, Ensayo sobre la ceguera, Alfaguara, Madrid, 1996, p. 373., Cita de Roberto Sancho Larrañaga. Ob. Cit.

⁹⁶ Giovanni Sartori. Ob. Cit. Pag. 26/7.

⁹⁷ Pierre Bourdieu, Sobre la televisión, Anagrama, Barcelona, 1997, pp. 22-23. Cita de Roberto Sancho Larrañaga. Ob. Cit.

El ser humano pasa frente al televisor parte importante de su vida. La imagen programada sustituye en medida creciente a la vida real:

"Las comunicaciones baratas inundan, ahogan la memoria en lugar de alimentarla estabilizarla.

Los fallos del bien y del mal, belleza o fealdad, decencia e indecencia, utilidad o inutilidad sólo descienden de lo alto, los fallos son inapelables, ya que es imposible dirigir preguntas significativas.

Segregados y separados sobre la tierra los locales conocen a los globales a través de las transmisiones televisadas desde el cielo"⁹⁸

El carácter predominante de la cultura de la imagen por encima de la palabra escrita, que marca una revolución en sí misma, controlada por un sector monopolístico muy concentrado en el mundo (CNN, CBS, HBO, AOL Time Warner, Disney, Viacom CBS - Paramount, Nexs Corp - Fox, Sony - Columbia, Time, Nees Corp) televisión satelital⁹⁹ o por cable, agencias de noticias internacionales, cine, etc), es impulsado a su vez, por el carácter inmaterial que va adquiriendo la producción de mercancías, donde los costos de investigación de mercados, diseño, desarrollo de producto y marketing son una parte cada vez más dominante de los costos de las mercancías.

La telemática globalizada virtualiza y mediatiza los significados.

Sustituye a los significantes conceptuales por imágenes urgentes, ideologizadas y desprendidas de su contexto, y de su historia abusando de su naturaleza unidireccional.

La televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible lo convierte en el "ictu oculi", en un regreso al puro y simple acto de ver.

La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender.¹⁰⁰

"Los medios de información liberaron a los significantes de la garra de los significados. El movimiento de la información sufrió una aceleración mucho mayor que la de los cuerpos o los cambios de las situaciones sobre las cuales se informa"¹⁰¹.

El propietario oligopólico de los multimedios, o el anunciante oligopólico determinan los contenidos ideológicos inmediatos de la comunicación, y en la medida en que estos medios tienen control del mercado planetario instalan el pensamiento único que opera como "un proceso no sólo de interdependencia global sino de penetración de estos procesos en los aspectos más íntimos de la individualidad; es decir, la transformación de la intimidad, que forma parte de la construcción permanente y reflexiva del yo".

⁹⁸ Zygmunt Bauman. Ob. Cit. pag. 25.

⁹⁹ "En el espacio los satélites de observación militar se codean con los sistemas civiles de localización geográfica como el GPS, con los satélites de televisión y dentro de poco con los distribuidores de cine digital.

Pilippe Riviere. En "El Anuario de Le Monde Diplomatique" Ed. 2003 . pag. 10.

¹⁰⁰ Giovanni Sartori. Ob. Cit. Pag. 47.

¹⁰¹ Zygmunt Bauman. Ob. Cit. Pags. 23 y 24.

Los medios se han transformado en actores de peso completo en la producción y reproducción del acontecer, de la realidad y en nuevos espacios de gestión de la creencia.

Nos indica Hidalgo, con cita de Stoppino¹⁰² que los medios manipulan la información, (que opera sobre el conocimiento de los hechos no solo mediante la información distorsionando u ocultándola sino también en la estructura de conocimiento y en la creencia de valores): En definitiva "el universo de valoraciones dentro del cual el sujeto decide su conducta"¹⁰³.

Algunas técnicas para la recreación ideológica de la realidad:

Las guerras son luces que se encienden o se apagan, la censura es un mecanismo públicamente admitido, quienes se apartan del libreto son excluidos de los ámbitos de la comunicación social.

Bauman explica el procedimiento por el cual los medios producen lo que denomina "el encubrimiento eficaz" y apunta a la comunicación de realidades que por su reiteración o descontextualización inducen direcciones para la preocupación y la conciencia social, que encubre y simplifica con imágenes a la dinámica y compleja realidad:

El tratamiento de la pobreza que afecta a casi 2/3 de la humanidad es exhibida como una hambruna en tierras remotas donde millares mueren de hambre y de enfermedades infecciosas pero nunca es asociado a la destrucción de puestos y lugares de trabajo, ni a las políticas que producen la miseria.

El costado periférico es siempre exhibido con imágenes de guerras, saqueos, asesinatos, enfermedades contagiosas, etc., situación que en la visión del pensamiento único es resultado de la providencia, o de la incompetencia o pereza, de esa parte de la humanidad.

Pensemos por ejemplo en la técnica llamada "racial profiling" (en buen castellano, "delito de portación de cara") que acompaña la estrategia contra la delincuencia.

Los medios de comunicación construyen y ayudan a edificar cotidianamente el relato de la otredad monstruosa, a través de diferentes géneros y estrategias narrativas: "Colombianización" significa adentrarse en las aguas turbulentas de la delincuencia, sinónimo de ilegalidad; "Argentinización" es precipitarse en el vacío de una corrupción endémica y del colapso económico; Afganistán no es un país bombardeado y en extrema pobreza, es un criadero de terroristas y asesinos; los favelados o los villeros (habitantes de los cinturones de miseria de Brasil y Buenos Aires)¹⁰⁴ son delincuentes "a priori", amenaza constante para la gobernabilidad.

¹⁰² Stoppino, Mario, *Potere e teoria politica*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 133-137.

¹⁰³ Hidalgo Enrique. División de Poderes y Medios de Comunicación Social. Ob aún inédita. Pag. 100.

¹⁰⁴ Carmen María Ramos describe a estos asentamientos donde vive buena parte de la población en los países postergados de la siguiente manera: "Casillas de chapa y cartón, techos de zinc y bolsas de plástico, pisos de tierra, mugre, napas contaminadas, hacinamiento .

Gente que vive sin agua corriente, sin cloacas, sin recolección de basura, sin los servicios mínimos.

Carmen María Ramos en "Vidas Miserias", La Nación 15.8.04 Sección Enfoques

Y así en "el paisaje mediático" el otro queda interceptado por la fuerza de un imaginario global que reedita la producción de la diferencia".¹⁰⁵

Este proceso desvincula al símbolo comunicacional de la realidad sensible.

"En la sociedad moderna se tiende a constituir una separación entre cultura y sociedad. La cultura es vista aquí desde una perspectiva representacional donde el sistema de signos y símbolos "representan" a las realidades materiales.

Los signos y símbolos ya no estarían cargados de una sustancia propia sino que serían copias o desdoblamientos de los aspectos significados".¹⁰⁶

La cibernética.

"Las nuevas tecnologías comunicativas extendidas a escala global permiten el intercambio entre las más diversas expresiones culturales. No obstante, el predominio económico de algunos países y compañías, coloca el dilema entre el monoculturalismo que tiende a imponerse por la multiplicación del consumo de objetos materiales y sígnicos estandarizados y el multiculturalismo que se hace posible a partir de que las redes comunicativas permiten precisamente la puesta en escena de culturas subalternas que antes permanecían anónimas".¹⁰⁷

Por ello son aún más complejas las contradicciones que inauguran los ordenadores y en un futuro próximo la telefonía celular que incorpora esta tecnología, que plantean nuevas y más complicadas cuestiones vitales para el futuro de la humanidad. (La "web", el "chat" - comunicación bilateral o plural en tiempo real - el "weblogs" - espacios personales de escritura que democratizan los links -, los "pots" -artículos publicados en los weblogs- o el "spam", y los sistemas y la autopista informática, la comunicación preconfigurada con software cautivo, Etc. Etc.)

La reducción de costos para el acceso al conocimiento y al "saber", abre perspectivas formidables para el desarrollo de los países periféricos y puede ser un instrumento esencial para la aplicación de políticas que acorten la brecha tecnológica en tanto existan programas para democratizar y orientar pedagógicamente su utilización, pero simultáneamente implica "per se" la utilización excluyente de una lógica binaria expansiva que cubre progresivamente otras esferas de la actividad humana, a las que debería complementar y no substituir.

Los programas libres son un formidable vector de transferencia de tecnología hacia el Sur.

En la India la creación de "Simputer", una computadora de muy bajo precio ha permitido extender la informática para muchas actividades cotidianas a sectores de reducidos recursos.

¹⁰⁵ Daniela Gutierrez. Flacso. "La política del miedo". Reportaje publicado en el periódico Pag. 12 el 6.9.04.

¹⁰⁶ Heinz R. Sonntag. "Seis tesis sobre el sistema mundial, la dependencia, la globalización y el desarrollo". Publicación Web.

¹⁰⁷ Víctor Manuel Andrade Guevara. Ob. Cit.

La proliferación en algunos países periféricos de locutorios o cibercafés que facilitan el acceso a sectores sociales medios e incluso postergados a muy bajo costo, puede democratizar el estrechamiento de la brecha digital pero la elección de los contenidos de búsqueda requiere de una participación activa de la axiología social.

Las promesas implicadas en Internet son muchas, pero paralelamente genera riesgos de no menor importancia.

El debate en torno al dictado de regulaciones globalizadas de control de la autopista informática, los mecanismos oligopólicos vinculados al uso del "software" son expresiones tangibles que cotidianamente intentan controlar este medio de comunicación en vertiginosa expansión.

En el reverso existen mecanismos ocultos que han desarrollado un corralito que gradualmente va orientando la navegación en función de los requerimientos del "mercado".

Por una parte hay un notable incremento de los sitios a los que se accede por suscripción y pago, y por la otra los motores de búsqueda privilegian el acceso a los sitios mas ampliamente referenciados y no a la referencia principal, por lo cual buena parte de las noticias o artículos importantes quedan ocultos al internauta, tapados por sitios con mejores vínculos y relacionados con aquellos que cuentan en Internet¹⁰⁸.

Las manipulaciones cibernéticas son en sí realmente peligrosas, fundamentalmente por la naturaleza de este medio de comunicación. Elimina el espacio y el tiempo y proporciona una racionalidad que la transforma en substancia social inflamable y peligrosa, que está produciendo grandes transformaciones en el pensamiento con efectos socio económicos trascendentes.

La digitalización es un instrumento de descomposición - recomposición que realmente fragmenta todo.

Para el hombre de la cultura digital ya no existe una realidad que se sostenga.

Para él cualquier conjunto de cosas puede ser manipulado mezclado ad libitum, a su gusto, de miles de formas.¹⁰⁹

No existe ni una cultura ni una ideología abstraídas de la vida social, de su genética y de sus perspectivas míticas.

Si se sometiera la riqueza de la condición humana al empobrecimiento de un razonamiento ahistórico, atemporal y acrítico aunque se exhiba con el ropaje científico y se desarrolle por los mecanismos que proporciona la tecnología globalizada está condenada a ser confrontada con la vida real, con la genética y la fantasía del ser humano en su condición social.

Obviamente que en este punto del proceso que se encuentra en gestación y en permanente transformación, sus consecuencias son aún producto de investigaciones teóricas y las contradicciones y sus resoluciones se desenvolverán indefectible y aún impredeciblemente en la historia próxima.

¹⁰⁸ Por **Pierre Lazuly**. Los ocultos criterios de los motores de búsqueda. El mundo según Google. Le Monde Diplomatique. Edición Cono Sur Número 52 - Octubre 2003.

¹⁰⁹ **Giovani Sartori**. Ob. Cit. Pag. 39..

Una historia que nos afectará a todos, en nuestra vida cotidiana pero también en nuestra condición humana.

Además de beneficios, cada tecnología engendra sus monstruos o, al menos, contribuye a hipertrofiar a algunos ya existentes.

La exclusión del pensamiento crítico. Los lugares comunes.

Se ha instalado una manera de pensar que al decir de Galbraith, se somete al imperativo de no cuestionar ni dudar.

El desinterés por la verdad es hoy muy común en negocios, finanzas, política y educación.

"Abunda la gente que se siente cómoda manejando clichés"¹¹⁰.

Desde otro ángulo Paul Krugman¹¹¹ llega a idéntica conclusión en materia económica:

La política económica ha estado conducida en todo el mundo por lo que denomina el "saber convencional" que "contiene un elemento fuerte de simple moda".

La construcción y el sostenimiento de "paradigmas" irracionales sustenta al pensamiento único.

Los privilegiados por este orden de repartos, sus cooptados y vicarios no tienen interés en el cuestionamiento ni en el origen, ni en el funcionamiento, ni en las causas que dieron lugar a la ideologización irracional de todas las esferas del comportamiento social.

Gracias al desarrollo tecnológico y a la mundialización de los medios que bombardean el yo individual y colectivo con mensajes y metamensajes, las ideas que permiten la acumulación irracional, moldean una sociedad individualista en la que todos los habitantes asumen sensaciones, imágenes, estímulos y paradigmas, que los alejan de los significantes y ocultan los significados.

Todas las cosmovisiones fundamentalistas religiosas o ideológicas, en mayor o en menor medida, han intentado conformar una sociedad global y un animal social que respondiera a la misma y la confirmara.

En todos los casos apreciaron el valor transformador de las ideas cuando se originan y tienen por objeto el poder y recurrieron a todos los instrumentos con los que contaban al efecto.

El paradigma del nuevo hombre que construye el sistema socio económico del globalismo exacerbado es un individuo que actúa exclusivamente en su propio beneficio, desentendiéndose de cualesquier concepto de responsabilidad social, y ello se expresa en todos los planos de la cultura. De esta manera se expresa simbólicamente.

Estas ideas se fortalecen cuando simultáneamente afirman la futilidad de cualesquier discrepancia y la omnipotencia del sistema socio económico hipercapitalista.

¹¹⁰ John Key, columnista del "Financial Times, comentario al nuevo libro de Galbraith "Economics of innocent fraud" reproducido por la Revista Mercado edición digital.

¹¹¹ Paul Krugman . "El Internacionalismo Moderno. La Economía Internacional y las mentiras de la competitividad. Ed. Crítica. Barcelona. Pag. 107..

La descalificación de las diferencias y de las diversidades es esencial para conformar el "pensamiento único".

Esta manera de pensar ha logrado en muchos sectores de la sociedad que la sensación sustituya al concepto, la imagen a la comprensión de la palabra, lo visceral a lo racional, el prejuicio al juicio, lo emotivo a lo sensible, lo inmediato a lo trascendente, lo individual a lo social.

Importantes sectores científicos reproducen opiniones o constatan una realidad inmóvil y parcial inmodificable y elevan estos conceptos a categorías de las ciencias sociales.

Como sostiene Cornelius Castoriadis, el problema de la condición contemporánea de nuestra civilización moderna es que ha dejado de ponerse a si misma en tela de juicio.

Las verdades evidentes sirven para explicar el mundo sin requerir explicación¹¹².

Se reiteran sistemáticamente las mismas ideas, hechas a medida de los intereses dominantes en la sociedad globalizada, y a su servicio es puesta la intelectualidad reconocida en prestigiosas universidades, solventadas por fundaciones empresarias o estructuradas como empresas lucrativas y los medios oligopolizados en su producto en escala universal.

Pero también en estos ámbitos y en la experiencia de la vida cotidiana es donde se generan las insoslayables contradicciones ideológicas culturales del modelo.

El pensamiento único es una pretensión vana. Cada idea engendra su cuestionamiento y en el debate ideológico se construyen nuevas ideas, se elaboran nuevos conocimientos, se alimenta la genética cultural.

La inconveniencia de la intervención del estado para proteger a las economías y a los débiles sociales, es sostenida por quienes abusan de medidas que protegen a los estados y a los sectores económicos poderosos.

Se reclama la liberalización de los mercados donde los países industrializados esperan ventas potenciales de sus productos con alto contenido de valor tecnológico agregado, o visualizan posibilidades de inversión para sus excedentes de capital financiero.

La homogeneización cultural es parte importante del pensamiento único y este construye en el interior de los hombres ideas para deshumanizarlo, para someterlo, para explotarlo, para excluirlo.

En la sociedad globalizada, se estandariza la cultura simbólica que troca el concepto en imagen y se sustituyen los valores de la solidaridad y el esfuerzo por el "individualismo darwiniano".

"La cultura que defiende la individualidad, lo concreto de las cosas, los colores, los sentimientos, lo sensible, contra lo falsamente universal, que agarrota y nivela a los hombres contra la abstracción que los esteriliza.

El fenómeno y el efecto de la globalización se confunden con el del imperio.

La nivelación producida especialmente por los medios de comunicación que proponen e imponen a escala planetaria los mismos modelos

¹¹² Zygmunt Bauman. Ob. Cit. Pags. 12 y 14.

se contraponen a diversidades cada vez más salvajes. Ya no se difunden ideas, conceptos ni ideales. Se generalizan creencias a través de las imágenes".¹¹³

La riqueza cultural que el hombre acumuló en su historia y a lo largo y a lo ancho del planeta son productos descartables en el pensamiento de la sociedad de consumo oligopolizada.

El "pensamiento único" destierra cualquier opinión contraria a la fe en mercados transparentes y competitivos con el paradigma del "costo - beneficio" medido en términos exclusivamente económicos desechando sus consecuencias sociales.

La desaparición de la creencia en la salvación por la sociedad que había sido la fuerza más dinámica en la política occidental durante doscientos años, crea un vacío inocultable.

Nos explica Peter Drucker sin que ello suscite su preocupación, que "los políticos occidentales tienen principios guía, que no son en definitiva principios, sino la efectividad, la eficiencia y la "ratio costos / beneficios".

Y explica y propicia este comportamiento cuando nos señala con una crudeza que repugna a las sociedades postergadas y a los sectores excluidos que la sociedad es más eficaz cuando funciona como una institución que cuando se dirige a cumplir con fines sociales:

"Cuando una institución intenta ir más allá de su objeto específico, inmediatamente pierde eficacia.

El mejor ejemplo - pontifica Drucker - es la escuela americana.

Por muy necesario que pueda haber sido - e incluso deseable - hacer de la escuela americana el motor de la integración racial, ello ha debilitado la capacidad de la escuela para cumplir su propia misión: Enseñar a los niños sean blancos o negros".¹¹⁴

Paradójicamente la uniformidad cultural ha recibido en los países periféricos apoyos impensados, que con error a nuestro juicio, ponen en cabeza de las diversidades culturales y no en la base de la formación económico social atrasada y dependiente, el origen de las miserias tercermundistas.¹¹⁵

Los aspectos realmente regresivos de muchos rasgos culturales nacionales que Sebrelli puntualiza con razón, no modifican lo esencial: La "invasión cultural" a la que alude Paulo Freire ¹¹⁶ trastoca a la sociedad pacíficamente sometida a una concepción distinta del mundo, que incluye la superioridad del invasor y la inferioridad del invadido¹¹⁷.

El trabajo es sustituido por la ayuda social y la represión.

Sólo la meta y el "corto placismo" justifican esfuerzos, se impone la cultura de la "satisfacción". La eficiencia en la resolución del costo / beneficio ha sido elevada a paradigma jurídico y moral.

Exclusión, inseguridad y Miedo.

¹¹³ **Hector Tizón.** Discurso en la apertura del Congreso de la Lengua. Rosario. Argentina 2004. Diario La Capital. Suplemento 22.11.04.

¹¹⁴ **Peter Drucker.** "Las nuevas Realidades. Ed. Edhasa. 1989. Pags. 38/39 y 121.

¹¹⁵ **Sebrelli Juan José.** "El Asedio a la Modernidad". Editorial Sudamericana. 4ª. Edición 1992.

¹¹⁶ **Paulo Freire.** Pedagogía del Oprimido. Edición Mexico 1981. Pag. 285.

¹¹⁷ **Muraro Heriberto.** Invasión Cultural Economía y Comunicación. . Ed. Legasa. Pag. 19.

Esta sociedad darwiniana conlleva implícitamente inseguridad.

Sólo de ganadores y perdedores, de incluidos y excluidos, de ricos y pobres, se nutren los mercados oligopólicos.

La inseguridad de los que perdieron o de aquellos que temen perder alimenta cotidianamente el terror colectivo.

Pero los hechos que los "multimedios" recogen, y con los cuales conforman las imágenes que sustentan el pensamiento único poco tienen que ver con el desempleo y la miseria, con la exclusión y la marginación.

La delincuencia, el terrorismo y el narcotráfico, que son lacras terribles de nuestro tiempo se han convertido en el tema excluyente.

La sensibilidad, los temores y las preocupaciones de aquella porción de la humanidad traducida e interpretada por los multimedios y de esa otra que recibe su influencia, sólo parecen estar abocadas a estos tremendos dramas que son expuestos con expresa imputación de responsabilidad.

Hay pueblos, culturas y religiones responsables, en el esquema del "pensamiento uniforme" de las plagas que azotan a la humanidad.

Proviene de Asia, de Africa y de Latinoamérica, tienen religiones y culturas que se originan en el sur del planeta y ofenden a la "inocencia incluida que es occidental y cristiana" (católica o protestante).

Es en estas regiones del mundo donde se produce la "droga" que corrompe a los empresarios comercializadores que proveen a los consumidores del primer mundo, y a los igualmente impolutos "holdings" y banqueros que proceden a lavar y a reciclar los ríos de riqueza que nutre las venas sin color de la economía hipercapitalista en paraísos fiscales utilizados por las entidades financieras pantallas.

Sólo los cultivadores de narcóticos naturales son narcotraficantes. Quienes producen y procesan sintéticos que sustituyen con creces a los primeros son empresarios a quienes se reverencia en los "mercados".

Es en los países miserables donde nacen y se desarrollan los terroristas que generan un razonable pánico en todo el mundo.

En la visión unificada de los multimedios sólo pueden ser observados estas inhumanas personas, porque las multinacionales de la guerra no tienen rostros y sus ejecutivos sólo son expuestos cuando los resultados económicos que ofrecen sus empresas son notables en programación enderezada a destacarlos y a ofrecerlos como modelos paradigmáticas de esta sociedad.

En los países centrales son los inmigrantes los distintos, los que ofician de camellos para transportar la droga o actúan como terroristas insumos excluibles o sustituibles, e indudablemente constituyen la maleza que debe ser extraída y extirpada en las sociedades desarrolladas productivas cuando no es utilizada productivamente.

Pero además en todo el planeta es necesario a su vez distinguir entre aquellos incluidos que tienen trabajos respetables, viven en barrios decentes, se educan en colegios privados y se benefician de los mecanismos de multiplicación de la riqueza que proporciona la globalización, de las multitudes que por el contrario están por propia decisión o por ineficiencia de sus

gobiernos radicados en el sur del mundo, inexplicablemente desempleados, viven en edificios abandonados o en barrios y zonas donde no residiría nadie "decente", o en villas miserias o favelas que ellos mismos han construido y rechazan ser educados por lo que no pueden acceder, si no tienen acceso a servicios sociales a medios de subsistencia; porque en estos sectores anida el delito.

Quienes en estos lugares residen deben ser aislados, excluidos y si ello fuera posible suprimidos, porque no cumplen en la sociedad globalizada ninguna función útil.

Si no existieran podrían reducirse substancialmente los costos de funcionamiento del estado innecesariamente hipertrofiado.

Estas imágenes y estos mensajes son diariamente transmitidos y actúan sobre los sentimientos y las pulsiones de todos los habitantes del planeta. Las propias víctimas incluso comparten el terror a sus semejantes.

El sentimiento de impotencia frente a la sociedad global y la cultura de lo inmediato y próximo alimentada por los medios, genera en el individuo la convicción de que su exclusión o la posibilidad de que esto ocurra no depende de remedios de acción inmediata que pueda implementar el estado con el apoyo de la población, no hay medidas posibles para revertir los efectos que ha generado y determina la omnipotente globalidad.

Ante su impotencia el individuo alentado por los medios desplaza el miedo y el terror a aquellas cuestiones que piensa que admiten medidas inmediatas.

Por ello supone que es posible y necesario ya y ahora, separar, encarcelar, matar y excluir, a los que cometen robos, secuestros, homicidios o violaciones, aunque las razones que engendraron la explosiva multiplicación de estas patologías sociales permanezca inalterable.

La prevención y la represión de las conductas tipificadas penalmente constituyen funciones esenciales del estado y es saludable que los individuos se interesen y participen del proceso político para la formación y aplicación de las leyes, pero en esta sociedad global la parte es el todo, y el todo desaparece detrás de la parte.

Los medios y la sociedad no reclaman el enjuiciamiento conforme a derecho, sino la sanción, la exclusión de quien ya es culpable aún antes de haber sido procesado.

Los medios televisivos y gráficos, nacionales y globales dedican al crimen y a su represión una porción mas que importante de su programación. Notas y programas de actualidad o de ficción exhiben permanentemente robos, secuestros, homicidios y violaciones.

Noticieros y publicaciones de actualidad muestran paradigmas penales monstruosos en los que los ciudadanos se identifican como víctimas potenciales, pero simultáneamente los enlazan en el imaginario colectivo con los excluidos, empobrecidos, desocupados o marginados de la sociedad.

Exponen barrios humildes o marginados, villas, "favelas" y otras lugares de residencia de los excluidos sociales, para mostrar la realidad del delito una y otra vez.

En esos sectores de la sociedad donde impera y predomina la desocupación, la miseria, la ausencia de servicios médicos, de educación o de agua, el tema mediático es únicamente el delito.

De esta manera la inseguridad social se unilateraliza absorbida por el reclamo de seguridad física personal.

Los sectores sociales globalizados o vicarizados por los medios, asumen el miedo y la inseguridad, y piensan que los excluidos y los marginados son quienes generan ese tipo de inseguridad y miedo, mientras que paradójicamente los sumergidos coinciden en temer a otros postergados que puedan agredir sus bienes o a sus familias.

El reclamo deja de ser social y se trastoca en la ideología de la represión, que no admite otros derechos individuales que los propios, ni la generalización de la norma jurídica.

Nos recuerda Albert Einstein que "el nazismo surgió de los vientres vacíos".¹¹⁸

Los delitos de guante blanco, o las defraudaciones no tipificadas no son fáciles de explicar y tampoco de entender, por lo que los medios pueden soslayar su exhibición cotidiana y no constituyen la preocupación del común de la gente, no obstante que su incidencia en la economía y por ende en la vida cotidiana es preocupantemente creciente.

Es mucho más fácil de entender el robo o la agresión en una vivienda.

No se percibe ni se concibe a través de los medios que la esencia de la creciente inseguridad estribe en el desempleo, en la miseria o en la pobreza, y que son estas lacras, las que generan las reacciones antisociales.

Tampoco se advierte que esto pueda ser solucionado.

Lo posible es excluir o eliminar al delincuente que es exhibido, mostrado y juzgado por los medios que en la conciencia social fueron instalados como idóneos para sustituir a la ley y sus pesados e ineficientes mecanismos.

Frente a estas tentativas que se repitieron muchas veces en la historia, con mayor o menor cantidad de recursos y argumentos, se alzan los valores sociales enraizados en los individuos, la ética genética del hombre, la actitud crítica y fundamentalmente los intereses y la experiencia que el ser humano hace en su devenir social y que le permite confrontar al pensamiento "único" maguer los ingentes recursos de los que éste dispone.

A lo largo de la historia la condición humana que es, por exigencia que impone la subsistencia de la especie, social y solidaria, se ha impuesto y se impondrá a todas las vicisitudes que le plantea la coyuntura.

En ese debate social dialéctico se engendran no sólo crecimiento en la aptitud para transformar a la naturaleza, en multiplicar las fuerzas productivas, sino también en la conformación de formaciones económico sociales más justas e idóneas para promover el bienestar general y el interés común a la especie. En este proceso se humaniza y se desarrolla el "homo sapiens".

¹¹⁸ Albert Einstein. "Mi credo humanista". Ed. Leviatan. Pag. 23.

"El incremento de la población mundial y del número de jóvenes sin perspectivas de futuro, el auge de la pobreza, la creciente escasez del agua, la gran dependencia del petróleo, el auge de las enfermedades infecciosas y el deterioro medioambiental son el "verdadero eje del mal" que explica, junto a las causas políticas inmediatas, la inestabilidad y la inseguridad en el planeta, ya que exacerbaban otros conflictos, como los religiosos o los étnicos"¹¹⁹.

Por ello la axiología del miedo que ocupa un lugar muy importante en el mensaje mediático universalizado, exagera permanente la exhibición de las imágenes de delitos contra las personas o contra la propiedad, la sensación del miedo físico, personal e individual virtual, que induce comportamientos sociales que reclaman la exclusión de los marginados, englobados en la categoría de potenciales delincuentes.

Las razias en villas, favelas o barrios marginales admitidas como normales por la sociedad que no las sufren, serían inadmisibles en los barrios residenciales o en las zonas comerciales o bancarias donde pululan los delincuentes de guante blanco. La presunción de probable conducta criminal pesa sobre los pobres y los excluidos, nunca sobre los ricos.

Los reclamos de seguridad se agotan en la imprescindible punición de robos, asesinatos, violaciones o secuestros, la inutilidad del sistema penal y lo perjudicial del sistema tuitivo (que garantiza la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso), son cuestiones asumidas por la población a partir de la reiteración de las imágenes de delincuentes crudamente explícitas y reales.

Los beneficios de un sistema penal que garantice los derechos de todos, incluso del imputado por la comisión de un delito es puesto permanentemente en tela de juicio a través de imágenes y paradigmas por los medios.

Pero aquí no se agota la manipulación. La represión de la protesta social es incluida en el menú de aquellas cuestiones que afectan la libertad individual, de los honestos que no protestan.

La inseguridad en el futuro, los mecanismos de vaciamiento de la sociedad, la polémica de ideas o de valores, o la difusión del concepto, no tiene lugar en los multimedios y estos son el único camino con el que cuenta buena parte de la población mundial para acceder a la realidad desde su encierro territorial.

Aún la propia Arquitectura traduce exclusión y miedo y explicita como la cultura en todas sus expresiones cumple en nuestros tiempos funciones ideológicas .

La arquitectura pone de relieve los rasgos de la sociedad hiper-capitalista. Bauman que insiste en la dicotomía entre locales y globalizados, y señala características que podemos verificar en una mirada a nuestro entorno urbano:

Los beneficiarios del sistema se aíslan y requieren seguridad en ese aislamiento:

¹¹⁹ Informe "La Situación Global del Mundo 2005 de la Organización **World Watch Institute**: La pobreza, la enfermedad y la degradación ambiental son el verdadero "eje del mal" . Europa Press/Periodista Digital.

"Seguridad de sus personas, hogares, lugares de juego.

Por consiguiente la desterritorialización del poder va de la mano con la estructuración cada vez más estricta del territorio. La seguridad requiere espacios prohibitorios.

El equivalente urbano de los fosos o torreones de los castillos medievales, para convertir la extraterritorialidad de la elite supralocal en aislamiento físico corporal, le da el último toque a la desintegración de las formas locales de solidaridad y vida comunitaria.

Las elites aseguran su extraterritorialidad de la manera más material: La inaccesibilidad física a cualquiera que no esté provisto del permiso de ingreso".¹²⁰

No otra cosa significan los barrios cerrados, los "shoppings" y los centros comerciales rigurosamente vigilados o los edificios guardados y aislados en zonas protegidas.

Simultáneamente se generaliza la tendencia a privatizar los espacios sociales y culturales públicos.

"Los espacios públicos tradicionales son reemplazados cada vez más por espacios de entidades privadas, espacios para el consumo.

Los centros comerciales están contruidos de manera tal que mantengan a la gente en movimiento, mirando a su alrededor, atraída y entretenida constantemente por las interminables atracciones.

No lo alientan a detenerse, mirarse, conversar, pensar, ponderar y debatir algo distinto de los objetos en exhibición.¹²¹

En un plano paralelo el miedo ha transformado en casi todo el planeta a los "migrantes" a los nómadas que trasladan la miseria dentro de los países o de un país a otro, de víctimas en victimarios, en objeto depositario de los temores individuales y sociales.

Son ellos quienes delinquen y generan inseguridad. Son ellos quienes se apropian de los puestos de trabajo y generan desocupación.

Son los responsables del estado de la sociedad en los países desarrollados y en los periféricos. De ellos tienen que precaverse los que están más cerca de la globalización que proporciona libertad y consumo.

"La experiencia de las ciudades americanas apunta a un elemento común casi universal, la suspicacia, la intolerancia de las diferencias, la hostilidad hacia los forasteros y la exigencia de desterrarlos y separarlos, así como la obsesión histérica, paranoica, por la ley y el orden.

El factor miedo sin duda ha crecido como lo demuestra la proliferación de cerraduras en automóviles y casas, así como los sistemas de seguridad, las comunidades cercadas, seguras, la creciente vigilancia de los espacios públicos, además de los interminables mensajes de peligro emitidos por los medios de comunicación masivos.¹²²

¹²⁰ Zygmunt Bauman. Ob. Cit. pag 30/1.

¹²¹ Zygmunt Bauman. Ob. Cit Pags. 32 y 37.

¹²² Nan Elin. Shelter from the storm en architecture of fear.. Pag. 13 a 26.

Los miedos contemporáneos típicamente urbanos a diferencia de aquellos que antaño condujeron a la construcción de las ciudades se concentran en el enemigo interior: Los locales.

Los muros que antes rodeaban la ciudad ahora la cruzan. Vecindarios cercados, espacios públicos rigurosamente vigilados de acceso selectivo, guardias armados en los portones, puertas electrónicas; todos ellos son recursos empleados contra el conciudadano indeseado.

No solidarizarse con el otro sino evitarlo, separarse de él, tal es la gran estrategia de supervivencia en la megalópolis moderna.¹²³

La mercantilización de los productos culturales. El consumismo.

Esta sociedad hipercapitalista distingue entre consumidores y excluidos del mercado.

No obstante el derecho, la economía y también la sociología sólo se interesan en los incluidos sociales, los excluidos están también afuera de cualesquier consideración cultural.

Por ello cuando aludimos al doble fenómeno de la mercantilización de los productos culturales y del consumismo, lo hacemos conscientes de que este es un fenómeno que afecta a sólo una porción de la sociedad.

Está enderezado a domesticar incluidos, globalizados, consumidores.

"La economía informacional global no es una economía planetaria: no abarca todos los procesos económicos del planeta, no incluye todos los territorios, ni todas las personas trabajan para esta economía ni compran sus productos. Sin embargo, ella sí afecta de forma directa o indirecta la subsistencia de toda la humanidad"¹²⁴

En el capitalismo posmoderno, todo es mercadería, son cada vez más escasos los patrimonios sociales pensados para el goce general y al margen de su rendimiento económico.

Los grandes eventos culturales, como una exposición de arte, o un espectáculo cultural o deportivo, son convertidos en un acto económico por excelencia.

De igual forma, la edición e impresión de libros, la producción de discos compactos y de películas, configuran procesos económicos de alta complejidad lo mismo que los conglomerados turísticos que utilizan la historia y la tradición como patrimonios culturales que se ofrecen como mercancía y sirven para la inversión y la acumulación de capital.

Gradualmente en el valor de mercado de bienes y servicios, tiene cada vez mayor incidencia el diseño, la tecnología, la publicidad que aconseja su consumo y paralelamente tienen menor valor los insumos y el trabajo material utilizado en su producción.

El arte puesto al servicio de la mercancía pasa a constituirse en factor comercial de principal importancia.

¹²³ Zygmunt Bauman. Ob. Cit pags. 62 y 67.

¹²⁴ M. Castells, *La era de la información*. Madrid, Alianza, 1997, págs. 129-130.

Las afirmaciones dogmáticas del neoliberalismo de un mercado donde la confluencia de la oferta y la demanda determinan la conformación de los precios, constituye una afirmación relativizada por la sociedad globalizada que ratifica que sólo puestas en tiempo y espacio pueden ser formuladas muchas de las premisas de la ciencia económica, no obstante la afirmación que en contrario pretenden muchos de sus publicitadores.

La influencia de la publicidad, el "marketing" y la imagen en los productos determinan en buena medida sus precios substrayéndolos de las reglas del mercado.

El marketing crea su propio mercado:

"Las decisiones sobre precios se relacionan con diversos factores, tales como los costos y beneficios de la empresa, su estrategia competitiva, los volúmenes a producir, la utilización de la capacidad productiva, los beneficios del canal de distribución, el posicionamiento de la organización y de sus marcas (todos estos factores, inciden en la oferta y son determinados con comportamientos activos de la empresa), la percepción de los clientes, (manipulada por la publicidad) la relación con los ingresos de éstos y aspectos vinculados con la competencia (distorsionada por el monopolio, el oligopolio o la cartelización) y el entorno legal entre otros"

Incluso en el consumo se verifica el carácter excluyente de la sociedad hipercapitalista. Ostentar los signos de consumo de los incluidos justifica para aquellos que pueden o necesitan hacerlo pagar mas caro por un producto.

La marca además de determinar un "plus valor" virtual, pasa a ser un símbolo de exclusión o inclusión.

"El precio no es el único elemento que ayuda al posicionamiento en el segmento de clientes, un precio elevado se asimila a un producto de alta calidad."¹²⁵

"En la sociedad hiper capitalista las mercancías son al mismo tiempo signos, y los objetos o tradiciones culturales se trocan en mercancías.

Esto es posible, entre otras cosas, por las nuevas tecnologías comunicativas que privilegian la comunicación por imágenes antes que por textos escritos.

La comunicación figural privilegia la dimensión emotiva y expresiva, estética, por encima de la comunicación cognitiva o reflexiva.

Esta confusión entre realidad y ficción, entre sustancia y representación no ocurre solamente en el plano discursivo y filosófico sino que opera también en la vida cotidiana.

"La globalización transforma el contexto de la construcción de los significados y el sentido de identidad de las personas"¹²⁶

La expansión del consumo - incluyendo el consumo cultural de la tradición y la mercantilización de las artes - es absolutamente necesario para la expansión de la economía productora de bienes y servicios, y por ello esta sociedad procura multiplicar necesidades ficticias, irreales, de los consumidores para que

¹²⁵ Aldo Albarelos "Las claves del marketing actual". Cita de la revista Sociedad 25.6.05. pag. 10.

¹²⁶ Víctor Manuel Andrade Guevara. Ob. Cit. Publicación Web.

alimenten una demanda que la exclusión social reduce y para ello recurren a la simbología de la imagen y a los mensajes subliminales que alteran la estructura psíquica de los consumidores.

El consumismo es el análogo social de la psicopatología de la depresión, con sus dobles síntomas contrastantes de exasperación e insomnio.

El deseo no desea satisfacción. Al contrario el deseo desea deseo.

Para el consumidor esa presión interiorizada, esa imposibilidad de vivir de otra manera, se le revela disfrazada de ejercicio del libre albedrío.¹²⁷

¹²⁷ Zigmunt Bauman. Ob. Cit. Pags. (110/1)

CAPITULO 3

ESTADO Y DERECHO EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA

"La obediencia a la norma, a la ley como agradecimiento del sujeto ante el poder que se abstiene de poder más", justifica al estado y al derecho".

" No hay ley sin deseo de imponerla y acatarla, no hay sujeción a ella que no sea la expresión de un deseo de someterse al poder, a su seguridad"

Carlos Franz. "El desierto". Ed. Sudamericana. Pag. 378..

3.1. Estado y poder.

El Estado es la institución social desarrollada cultural e históricamente a partir del concepto del poder traducido en la idea de soberanía, con aptitud para cohesionar, ordenar e imponer normas jurídicas a la sociedad civil, integrada por una o varias naciones en un territorio determinado.

Es un producto cultural de la evolución social de la especie, conformado para asegurar el cumplimiento de las normas que confirman la reproducción de las condiciones materiales y espirituales de la vida social mediante el uso de la coacción, y que se legitima en nuestros tiempos en el primigenio convenio de convivencia, en la subsistencia de la adhesión de la población y del concierto de naciones a su existencia, en el sometimiento a la ley y a las formas democráticas, y en el cumplimiento de los fines que reclama en ese estado de la evolución social, la condición humana.

"El núcleo del Estado es, como nos lo recuerdan Weber y Bourdieu el monopolio tanto de la violencia física como de la violencia simbólica de una sociedad, lo que habla entonces de jerarquías al interior del Estado."¹²⁸.

Es instrumento coactivo de imposición de determinadas relaciones de producción traducidas en normas jurídicas. Se expone como producto de un contrato social tácito que lo legitima.

La idea del estado esta ligada inevitablemente al derecho, a la política y al ejercicio del poder.

El traslado de los medios de autoridad y administración de manos privadas a propiedad pública -expropiación mediante- conforma la base para la organización de un estado económica y militarmente emancipado.

Ejército y policía, tribunales, burocracia y sistema tributario son los elementos materiales que configuran al estado.

Al decir de Thomas Hobbes, el Estado surge como un mal necesario, a fin de garantizar en quimérica y prometética tarea condenada desde su propia instauración, paz y seguridad, así como para terminar con el estado natural de guerra perpetua entre los hombres.

El poder por su propia naturaleza precede al estado y al derecho y requiere del consenso social expreso o tácito para su vigencia.

Estado y elites públicas refuerzan y ajustan un aparato de coacción y control, con funciones de represión, de dirección y regulación, de mediación y arbitraje entre clases y grupos, instituciones y espacios, para el

¹²⁸ Álvaro García Linera. "Un debate que recién comienza. Constituyente y movimientos sociales". Le Monde Diplomatique Artículos locales de la edición Bolivia - Noviembre 2003. Versión digital recopilada en CD.

manejo de sus contradicciones y conflictos, con miras a la integración y el equilibrio sociales.

El estado se vuelve coproductor, coimportador, y codifusor de cultura e ideología, de tecnología, ciencia y educación. Es mediador en las relaciones entre el país y el sistema internacional, entre grupos y procesos internos y externos, entre la dependencia y la soberanía.

El estado se institucionaliza a sí mismo y a las principales fuerzas, relaciones y estructuras de la sociedad.

"Es productor de legitimidad y consenso para su propio poder y para el sistema. Instauro y reajusta el orden jurídico.

Asume y realiza funciones de organización colectiva políticas socioeconómicas de coacción y control, cultural -ideológicas y educacionales, y de relaciones internacionales".¹²⁹

Pero aún cuando hablemos de estado y de derecho que son instituciones rígidamente vinculadas a la reproducción de las relaciones socioeconómicas impuestas y a eliminar las contradicciones que se engendran en la práctica social mediante el uso de la fuerza, tanto uno como otro no pueden abstraerse a su propio devenir dialéctico que resulta de su relación con la realidad material.

Las contradicciones que en la práctica verificamos cotidianamente entre el poder y el derecho, entre los intereses particulares o sectoriales y el bien común, entre las bases de su legitimación y su propia práctica, entre los objetivos nacionales que integran el acuerdo social y las condiciones materiales en que se desenvuelve en el marco de la comunidad internacional, son hoy las razones de la inestabilidad, de la crisis, de los cuestionamientos a la existencia del estado y del derecho.

Son en definitiva el motor de los cambios que reclaman calidades distintas para el estado y el derecho susceptibles de contener las necesidades emergentes de la vida y la práctica social, de la propia condición humana.

Las profundas contradicciones entre el poder y el derecho formal y el poder y el derecho real, son un producto histórico cultural que no puede ser contenida en una única visión dogmática lineal ni encuentran a nuestro juicio explicación en un orden natural que sólo puede ser entendido conceptualmente si es desprendido de la realidad.

La propia naturaleza del estado, instrumental del poder real, entra en conflicto reiteradamente con el objeto teleológico que informa el contrato social, y en la solución de estas contradicciones está la raíz superestructural del cambio social.

"El contrato social que encierra una tensión dialéctica entre interés particular y bien común, ha presidido con sus criterios de inclusión y exclusión y sus principios metacontractuales, la organización de la sociabilidad económica, política y cultural de las sociedades modernas.

¹²⁹ Marcos Kaplan. "Teoría y realidad del estado en América Latina". Publicación del Centro Interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer. Buenos Aires 1995. Editado por Manfred Mols y Josef Thesing. Pag. 55 y 23..

Este paradigma social, político y cultural, viene sin embargo atravesando desde hace más de una década una gran turbulencia que afecta sus presupuestos.

Una turbulencia tan profunda que parece estar apuntando a un cambio de época, a una transición paradigmática¹³⁰.

"Durante mucho tiempo, el Estado fue el marco de este mecanismo, ya que detentaba el monopolio de la instauración de la ley y por consiguiente del ejercicio de la coerción, atributos de la soberanía que le otorgaba la exclusividad de las competencias sobre su territorio.

El Estado era el garante de la validez y de la aplicación de todas las reglas, cualquiera fuera su origen, y establecía su jerarquía en función de un "orden jurídico"¹³¹.

En los tiempos de la globalización hipercapitalista nos dice Boaventura de Souza Santos que la ficción contrato social se ha trastocado en su opuesto:

Un "falso contrato", y este status se asienta "en la enorme desigualdad de poder económico entre las partes del contrato individual, nace de la capacidad que esta desigualdad confiere a la parte más fuerte para imponer sin discusión las condiciones que le son más favorables".¹³²

Es por ello que el recurso al estado y el derecho en la pugna con el poder de hecho implica una utopía posible esencial a nuestro tiempo.

El "deber ser" del estado democrático implica el ejercicio del poder limitado por el orden jurídico y tiene el explicitado objeto formal, del bien común, el bienestar general. Bienestar y calidad de vida informan la normativa ética finalista del Estado.

Es el aspecto social el que imprime su carácter al Estado para que cumpla su cometido final: el bien común.

Si bien el núcleo detentador del poder impulsa la acción estatal, éste no podrá nunca erigirse en "pars pro toto", ya que se ha de "considerar a la unidad objetiva de acción del poder del Estado como la resultante de todas las fuerzas que actúan dentro y fuera, incluyendo las de los oponentes"¹³³.

Esta compleja y caótica relojería social impulsada en contradicción a sostener los privilegios sociales y simultáneamente a la satisfacción de las necesidades sociales, es producto de la convivencia del aceptado y cuestionado poder real que descansa en las estructuras económicas y sociales y que utiliza al estado en su interés y beneficio y el poder formal que se robustece en las formas democráticas y que se expresa en la limitación que el derecho le impone al poder real afirmando el principio de legalidad.

El "ser" y el "deber ser" expresan los extremos dialécticos de forma y contenido, de estado y de derecho, de adhesión y dominación, de

¹³⁰ Boaventura de Souza Santos. "Reinventar la Democracia" Ob. Cit. Par. 20..

¹³¹ Monique Chemillier-Gendreau. Le Monde Diplomatique. Edición Cono Sur Número 2 - Agosto 1999 .Razón de Estado y derecho. El orden jurídico internacional, ¿una quimera?. Reproducido en edición digital Edit. Le Monde Diplomatique.

¹³² Boaventura de Souza Santos. Ob. Cit. Pag. 21.

¹³³ La Teoría del Estado de Hermann Heller. José Andrés Fernández Leost- Ob. Cit. Pag 259.

sumisión y de rebelión, de presente, pasado y futuro, de realidad y mito posible.

Esta distinción entre poder real y poder formal anida en "la célebre conferencia que brindara Fernando Lasalle en Berlin en el año 1862.

La tesis es simple: Todo país tiene una constitución real o verdadera (que es la suma de los factores de poder: ejército, banqueros, pueblo, terratenientes, etc.).

La constitución formal es una hoja de papel que vale en la medida en que de expresión fiel a la constitución real.

Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho sino de poder"¹³⁴.

Las contradicciones de la sociedad globalizada que nacen de una prepotente y excluyente manera de ejercer el poder real que tienen los hóldings transnacionales y sus sicarios (que operan revolucionariamente socavando las bases de la legalidad impuestas por la formación económico social capitalista), engendran aún en su propio seno y con mucha mayor razón aún, en quienes (estados y pueblos) sufren los perjuicios de esta manera de asignar la riqueza, las fuerzas para orientar el curso de la historia en el sentido reclamado por las necesidades que plantea la afirmación de la condición humana.

Los estados nacionales, los acuerdos e instituciones de cooperación e integración supranacionales y las normas jurídicas, tienen un rol esencial a cumplir en la construcción del futuro.

Ni el estado, ni el derecho serán lo que fueron en el pasado, pero tampoco es posible imaginarlos como una lineal afirmación de las tendencias del presente.

La afirmación y la degradación del estado en la sociedad globalizada

El mundo de contradicciones de profundo contenido ideológico político que la realidad socio económica y cultural contiene, es en nuestros tiempos extraordinariamente rico, porque suma a los conflictos nacionales, los que resultan de la realidad material y cultural de la sociedad globalizada.

A las contradicciones que conviven y se enfrentan en el seno del estado nacional se han añadido las inherentes a los comportamientos y a las exigencias del poder real de la economía transnacionalizada y financiarizada en la sociedad globalizada.

Es inherente a la sociedad globalizada asentada en el poder real de los oligopolios económicos y financieros, respaldados por los estados vicarios y las organizaciones internacionales sicarias, el cuestionamiento al concepto de estado nacional, a la idea de soberanía expresada en la autodeterminación de las naciones y al principio de legalidad y jerarquía normativa, que son sometidos por la presión transnacional, a su aguiamiento o desaparición, tras ser erosionados y degradados.

¹³⁴ **Fernando Lasalle.** "Que es una constitución". Ed. Siglo XX pags. 48 y sgts. Citado por Nestor Pedro Sagues, "La interpretación judicial de la Constitución" Pag. 14 y 15.

"La fase que hoy estamos viviendo parece identificarse por la tendencia a superar el Estado como marco de referencia política. La creciente internacionalización de las relaciones económicas, evidenciada y reforzada con las crisis de los años 70, desliga al capital de las ataduras de los poderes políticos nacionales.

Los Estados se quedan sin instrumentos eficaces para detraer de la economía privada recursos, que les permitan garantizar la procura de los derechos sociales. En las nuevas condiciones, el poder económico se considera autosuficiente".

"Este parece, más que un fenómeno inexorable de superación del Estado, una precisa estrategia de acumulación del capitalismo financiero, que pretende desarticular el orden social, político y jurídico que, en el marco del capitalismo industrial, contrapesaba el poder del capital"¹³⁵.

"¿ De que vale el poder impositivo de los estados si los contribuyentes son empresas que se sustraen a la imposición fiscal colocando en otro lado el holding donde se realizan las utilidades sujetas a gravamen?

¿ De que vale la imposición de contribuciones previsionales si las empresas trasladan fuera del territorio del estado las controladas que administran los establecimientos industriales?"¹³⁶

"Las redes transnacionales y su centro de coordinación y de decisión estratégica no tienen nacionalidad mas que en apariencia, por sus orígenes. Su sede social puede situarse en cualquier parte. Por el juego de los precios de transferencia, la firma realiza sus beneficios allí donde paga menos impuestos o ningún impuesto, donde esta sujeta a menos regulaciones y donde en consecuencia puede minimizar sus costos y multiplicar sus beneficios.

Negocian de potencia a potencia con los estados nacionales, los ponen en competencia e implantan sus unidades de producción donde obtienen las subvenciones y desgravaciones fiscales más importantes y las mejores infraestructuras y una mano de obra disciplinada y barata".

"El capital es de ahora en adelante el único detentador de soberanía, escribe Marco Ribeli, capaz de decidir directamente por un acto imperial el destino de las naciones y de dictarle sus propias reglas al antiguo soberano."¹³⁷.

"Shimon Peres reflexiona que el concepto de soberanía, que fue introducido en el siglo XVI, ha perdido mucho de su significado porque estamos en vías de pasar de estados a comunidades económicas"¹³⁸.

Rivero que no observa las alternativas que las contradicciones y las tensiones creativas que cualquier cambio en la realidad económica y social y coincidentemente en la política y la realidad jurídica generan, describe con una

¹³⁵ **Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.** Globalización, Estado y Derecho constitucional. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia *A Distancia*, Versión Web. vol 19, nº 2, , 2001/2002, págs. 17 a 21

¹³⁶ **Francesco Galgano.** "La Globalización en el espejo del derecho". Ed. Rubinzal Culzoni. 2005. pag. 36.

¹³⁷ **Gorz André.** "Miserias del presente, riqueza de lo posible". Edit. Paidós. Estado y Sociedad. Pag. 24..

¹³⁸ **Ernesto Grün.** "La globalización del Derecho: un fenómeno sistémico y cibernético". Versión Web. Pag. 3.

acertada visión fotográfica que "Los estados naciones ricos y pobres no están buscando globalizar la gobernabilidad democrática sobre las grandes finanzas y las actividades transnacionales sino que tratan de acomodarse cada vez mas como vicarios de esta emergente aristocracia mundial.

Si el vicariato no funciona a pesar de todas las sumisiones, como es el caso de la gran mayoría de los cuasi estados - naciones subdesarrollados de América Latina, la inviabilidad se incrementa y con ella las posibilidades de que muchos de estos países implosionen en plagas de delincuencia, violencia y hasta desintegración nacional"¹³⁹.

Esta acertada visión del presente, ya es pasado en latinoamérica y el mundo, en tanto los estados y las regiones asumen que el pacto de vicariato es el de su propia destrucción.

"Las disputas entre Globalización / Estado están en plena tensión actualmente".¹⁴⁰

El orden político jurídico internacional se está transformando vertiginosamente y es imposible encontrar en el concepto de Bodin la idea excluyente de soberanía de los estados nacionales. La mundialización real y nuestro propio orden constitucional afirman la internacionalización de la jurisdicción en materia de derechos humanos, y la necesidad de desarrollar formas de soberanía supranacionales a partir de acuerdos constitucionales fundados en la cooperación regional y la reciprocidad.

En las contradicciones que genera la degradación de los estados nacionales está la búsqueda de afirmarlos en formas superiores de integración regional conservando los atributos de poder necesario para afirmar la identidad nacional en la diversidad regional.

Las contradictorias fuerzas en el interior de los estados o trascendiéndolos, que compiten y en ocasión se imponen a los estados nacionales en su potestad para imponer normas de conductas obligatorias, no pueden dejar de ser estudiadas porque se han transformado de hecho en determinantes fuentes materiales del derecho.

Observar el fenómeno político - jurídico sólo en sus aspectos formales, en el marco de esta realidad sólo es un anacronismo negligente.

Se viene produciendo a instancias de los grandes oligopolios transnacionalizados, de los países sicarios y de los organismos internacionales estructurados a partir del poder imperial (G8, FMI, BM, OMC) el vaciamiento de los estados, que afecta fundamentalmente a los países periféricos y que los despoja de todas las funciones y prerrogativas enderezadas a la persecución del bien común (progreso humano, soberanía monetaria, elaboración de la política económica y social. Asegurar la educación y la salud, etc), pero fortaleciendo y privilegiando las funciones inherentes a la seguridad y a la represión para proteger las inversiones especulativas, autodenominadas "inversiones extranjeras".

En el plano real de estas contradicciones es que se resuelve en la praxis y por supuesto en la teoría un nuevo concepto de soberanía.

¹³⁹ Oswaldo de Rivero. Ob. Cit. Pags. 57/8.

¹⁴⁰ Horacio Rosatti - Rafael Bielsa y Roberto Lavagna en "Estado y Globalización. El Caso Argentino". Editorial Rubinzal Culzoni. Ed. 2005. Capitulo "Globalización, Estatidad y Derecho". Pag. 113.

La desregulación, las privatizaciones, la degradación de las políticas impositivas, la flexibilidad laboral, (etc) han sido parte del aguamiento y del deterioro de las tradicionales funciones del estado democrático.

La sociedad civil ha percibido el deterioro en el poder del estado y su aparente impotencia de cara a los poderes reales de la sociedad transaccional, ha constatado la prepotencia imperial, y con ello la firmeza del pensamiento único va perdiendo consistencia y fermenta en tiempos históricos, el caldo para el mito social.

El concepto lineal y dogmático que se limita a registrar la naturaleza del estado a partir de las contradicciones nacionales es incompleto y por ende imperfecto.

La realidad del hipercapitalismo globalizado que plantea la degradación de estado para imponer sin cortapisas los requerimientos de los factores de poder real mundializados, encuentra en los estados nacionales, en los intereses y en la conciencia social nacional no "sicarizados", una cortapisa y una negación que motoriza un futuro mucho más complejo y rico que aquel que imagina el pensamiento único.

En la sociedad globalizada y sometida a las presiones del hipercapitalismo mundializado el estado en los países subdesarrollados debe cumplir además la función de defensa de los intereses nacionales, como única alternativa para poder realizar su justificación ética que reposa en la consecución del bienestar general de sus habitantes.

Cuando la conciencia y el pensamiento social de estos países reivindica sus propios intereses se expresa en una clara tendencia "a reivindicar el rol del Estado en tanto actor axial de la actividad política"¹⁴¹.

Pero esta visión tampoco agota la complejidad de la problemática en la sociedad mundializada.

La afirmación de los valores nacionales no resuelve "per se" la consecución de aquellos que hacen al progreso social, al desarrollo humano, a la humanización de la sociedad real.

Es por ello que simultáneamente la sociedad ha profundizado un vigoroso camino en los que se vale de los recursos que proporciona la globalización, reclamando la plena vigencia en escala planetaria de los derechos humanos y la defensa del ecosistema mundial.

Los países dependientes procuran conformar regiones económicas y políticas que sustenten condiciones de subsistencia en un mundo que produce un orden de repartos económicos y políticos, dramáticamente asimétricos.

La discriminación de lo social y lo individual, de lo humano y lo meramente patrimonial, reclama una transformación del estado que le permita simultáneamente establecer relaciones de cooperación, supraestatales, con otros estados, para sostener y afirmar los derechos humanos y económico sociales de sus habitantes, y simultáneamente reivindicar su naturaleza soberana para rechazar las agresiones patrimoniales y culturales.

¹⁴¹ **María Josefa Rubio Lara**, «El Estado y la Ciencia Política. Las concepciones sobre el Estado», en A. De Blas Guerrero, *Teoría del Estado*, UNED, Madrid 2003, págs. 15-45

Funciones diversas que la globalización le impone al Estado en el Norte y en el Sur.

El sistema de los mercados globales ha modificado muchas de las funciones de los estados nacionales.

Los estados soberanos, depositarios de poder con aptitud para imponer coercitivamente conductas a sus habitantes, han reducido su ámbito de actuación y se han sometido en mayor o en menor medida a los grupos económicos.

La universalización del mercado, la internacionalización de las inversiones, la privatización de las empresas públicas y la imperialización de las economías dominantes traslada la debilidad y la exclusión de las personas físicas a los estados que no pueden sobreponerse a los países de posición capitalista avasallante.

Las decisiones económicas concentradas en los grandes centros de poder económico y financiero vierten su contenido fronteras adentro de muchos estados, que se vuelven periféricos y por presión o conveniencia adhieren sus modelos socioeconómicos a los vigentes en el mundo neoliberal capitalista que está en boga.¹⁴²

Esta afirmación genéricamente correcta no es homogénea cuando se observan los roles diferentes que la sociedad hipercapitalista asigna a los estados centrales y a los estados periféricos.

Lejos de presenciar un capitalismo global que desconoce al Estado, lo que vemos es una gran diferenciación entre estados muy activos, como los del Grupo de los 8, mientras que los estados de los países periféricos se ven cada vez más debilitados.

Tanto el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), los acuerdos celebrados en materia de protección de inversiones extranjeras, los tratados que conceden unilateralmente inmunidad a los connacionales de los países poderosos, los acuerdos sobre patentes, marcas, licencias y modificaciones biogenéticas, revelan la participación de los estados de los países centrales como creadores de un régimen que define y garantiza los derechos globales y domésticos del capital.

Estos tratados funcionan como una constitución económica, estableciendo las reglas básicas que rigen los derechos de propiedad privada que todos los gobiernos deben respetar y los tipos de políticas económicas que todos los gobiernos han de evitar".¹⁴³

El modo de producción instalado por el desarrollo hipercapitalista, ha hecho un uso eficaz de la cultura y de la ideología, pero fundamentalmente de algunos estados nacionales y organismos supranacionales y desarrolla en

¹⁴² **German Bidart Campos**. *El Orden Socioeconómico en la Constitución*. Ed. Ediar. Bs. As. 1999. Pags 178/9, con citas de Rafael Pampillón Olmedo en *Revistas Contribuciones Ciedla* Nro 2 (58) abril junio 98.

¹⁴³ **Robinson, William I.**, *North American free trade as if democracy mattered*. Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 1993. Citado por **Martha Hanneker**. Publicación electrónica referenciada.

consecuencia un orden jurídico convalidatorio del individualismo mercantilista asocial como parámetro de comportamiento.

Ello genera crisis económicas, sociales y políticas y contradicciones y conflictos permanentes en los países periféricos.

"La interdependencia asimétrica produce demandas de reajuste de los países latinoamericanos para su armonización con los requisitos de la reestructuración del orden mundial, a partir y bajo el control de los centros capitalistas desarrollados y la consiguiente revisión restrictiva del principio de soberanía nacional y de autonomía y supremacía de los estados" nacionales.

"En lo externo, estados y empresas transnacionales de los países desarrollados e instituciones financieras internacionales actúan como centros de poder externos a los países de la región.

Toman decisiones fundamentales en cuanto a comercio, inversiones, moneda, tecnología y ciencia, financiamiento, endeudamiento y recursos vitales.¹⁴⁴

Ello implica un deterioro específico del estado en el sur económico del mundo, mas marcado aún que el que se produce en el norte como consecuencia del desarrollo desbocado de los grupos económicos fundamentalmente financieros muchas veces virtuales, transnacionales.

"La globalización de la economía ha venido a subvertir la capacidad reguladora del Estado"¹⁴⁵, pero ello se acentúa en los países subdesarrollados.

Estado y Derecho.

Para asegurar la duplicación de las relaciones sociales, económicas y culturales de hecho dominantes, es que se estructuran las dinámicas realidades culturales conformadas socialmente, que son el estado y el derecho, donde se expresan todas las contradicciones de la vida social de las naciones.

Señalaba Francesco Carnelutti que "las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos".¹⁴⁶

La idea de estado y derecho están íntimamente unidas. "Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder".

El derecho como eje transversal ensambla los elementos constitutivos del Estado, otorgándoles coherencia, sentido y permanencia.

En este sentido, el derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado. El Estado se justifica en tanto organización que garantiza el derecho¹⁴⁷

¹⁴⁴ Kaplan Marcos. Ob. Cit. Pag. 20./27.

¹⁴⁵ Boaventura de Sousa Santo. "La globalización del Derecho. "Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación". Madison, Wisconsin (E. U.)Diciembre de 1996. Versión Web. Pag. 5..

¹⁴⁶ Francesco Carnelutti. *Como se hace un proceso* Ed. Edeval, pág. 19 y ss.

¹⁴⁷ La Teoría del Estado de Hermann Heller. (págs. 212 y 210). José Andrés Fernández Leost-
<http://www.nodulo.org/ec/2004/n030p19.htm>.

"Las sociedades humanas habían fundado el orden social en la idea de derecho, que permitía distinguir la "violencia legítima" de la que no lo era. La primera resulta de la ley que confía a las autoridades públicas el poder de coacción militar, judicial, o policial. La segunda es la que se opone a la ley"¹⁴⁸.

El estado y el derecho son el terreno en el que se engendra el poder que legitima a los poderosos o los limita en el ejercicio del puro poder, en la capacidad para imponer conductas a partir de la aptitud para generar una violencia dominante en la sociedad.

Son por ello instituciones caóticas que traducen y transforman todas las contradicciones y expectativas de la sociedad que los engendra.

Expresan un estadio en la evolución de la sociedad humana y son un importante emergente y condicionante.

El Derecho se expresa en tres momentos: Descripción de la realidad, valoración de la realidad, transformación de la realidad, brindando seguridad, certeza y protección, una especie de "trinidad societal", al decir de Zygmunt Bauman.¹⁴⁹

El estado y el derecho conviven en el centro de una lucha en la que permanentemente confrontan los hechos y el derecho, dominantes y dominados, satisfechos e insatisfechos, ricos y miserables, portadores del saber y desprovistos de él, interactuando todos recíprocamente.

Como Jano bifronte el derecho tiene dos caras, la una consolida las relaciones económico sociales dominantes, y la otra opera como limitadora de los poderes estatales y particulares, nacionales y globalizados.

El hipercapitalismo globalizado así como sustituye al estado y al derecho por el mercado y los contratos, troca a la ley por el juez o el árbitro.

Así soslaya los límites que el capitalismo se había autoimpuesto, como condición para asegurar su vigencia y desarrollo, a través del estado, del derecho y de los jueces.

El estado y el derecho cumplen en sus expresiones históricas, funciones esenciales no mecánicas, complejas y dialécticas para la reproducción del modo de producción.

Aseguran coactivamente¹⁵⁰ un orden para la sociedad civil con la que interactúan y de la que reciben legitimación.

La renovada pugna por la apropiación del producto social y la modificación del orden de repartos en el mundo y en cada país se instala en las relaciones económicas, se proyecta a las relaciones sociales, pero se instrumenta y se transforma en norma coactiva, impuesta en el ámbito del estado y del derecho.

El deterioro de la función del Estado afecta seriamente a la justicia.

¹⁴⁸ **Monique Chemillier-Gendreau**. Le Monde Diplomatique.CD. referenciado. Edición Cono Sur Número 2 - Agosto 1999. "Razón de Estado y derecho. El orden jurídico internacional, ¿una quimera?".

¹⁴⁹ En busca de la Política, FCE, Bs. As, 2001, pág.25. Citado por **Rodolfo E. Capón Filas** en voto pronunciado en **Cám. Trab. Sala VI**. En López M.E. c. Panceri A.R y O.s Despido. 7.3.05..

¹⁵⁰ El corregidor Don Apolinar Moscote en Maconde de **Gabriel García Márquez**, personificando al estado le dice a José Arcadio Buendía: "Quiero advertirle que estoy armado..

Las organizaciones supranacionales y nacionales poderosas, sustituyen a éste en la función de hacer justicia por organizaciones creadas "ad hoc", invocando la necesidad de contar con seguridad jurídica para sus transacciones¹⁵¹.

Es un hecho la creciente internacionalización y privatización de la justicia, para quienes pueden incluir este costo en su presupuesto, mientras que a las sociedades civiles restan los remanentes de justicia y de seguridad que cada estado puede proveer y a cuyo sostenimiento y mejoramiento debemos contribuir como única salida del "jurasic park darwiniano" en el que el post - capitalismo neoliberal ha sumergido a la sociedad.

En la globalización la ciencia se ha trastocado en tecnología aplicada y su aptitud para transformar a la naturaleza y a la sociedad se ha multiplicado exponencialmente. A este fenómeno no se substrajeron las ciencias sociales que se adecuaron para conformar un "saber" útil a los propósitos de la eficiente maximización de la riqueza.

Las categorías y las teorías económicas acerca del "mercado" y la "moneda" indispensables para la comprensión de las realidades que la ciencia económica estudia, se transformaron en valores axiológicos de una ideológica "economía de mercado" que no existe en la realidad económica empírica y que tampoco responde a un modelo apoyado en esa realidad.

Ello ha venido implicando el desguace de todas las funciones no represivas del estado, pero además y fundamentalmente, la sustitución del derecho asentado en la ley previa, por las distintas y variadas manifestaciones, de la idea jurídica que privilegia la más eficiente solución costo - beneficio en un derecho individualista que prescinde de las teleologías sociales.

Los nuevos tiempos han consolidado el control que sobre los mercados ejercen los grupos transnacionales oligopólicos, apoyados por los estados "vicarios", tras haber concentrado, "desmaterializado", "virtualizado" y deshumanizado la economía.

Con clara percepción de la realidad el Profesor Ciuro Caldani formula una prognosis posible, cuando sostiene que:

"En este nuevo ámbito se desenvuelve el proceso de globalización /marginación en el que se debilitan las posibilidades de los Estados modernos nacionales y parece avanzar la formación de un Estado de alcances mucho más amplios, de cierto modo mundiales, encabezado por los poderes económicos y políticos vinculados a los Estados Unidos de América y sus aliados, que se halla en etapa "maquiavélico -hobbesiana".

"A semejanza de lo que puede haber sucedido en el pasaje desde los feudos a los Estados modernos nacionales, pero quizás de un modo mucho más acentuado, hoy nos encontramos ante una gran tensión entre los

¹⁵¹ Una muestra tangible de esta realidad la conforma el CIADI. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones pertenece al Banco Mundial, tiene sede en Washington D.C. y su objetivo es otorgar "seguridades" para las inversiones extranjeras. Para el Análisis particularizado del tema ver : Horacio Rosatti - Rafael Bielsa y Roberto Lavagna en "Estado y Globalización. El Caso Argentino". Editorial Rubinzal Culzoni. Ed. 2005. Capítulo "Globalización, Estatidad y Derecho". Pags.129 y Sgts.

despliegues técnicos por una parte y la conciencia social y las estructuras jurídicas por la otra, conflicto que en este caso posee alcances planetarios".¹⁵²

Pero tampoco en esta hipótesis es admisible que ese estado mundial sea engendrado sin contradicciones que lo trastoken o le determinen un contenido diverso a aquel que persiguen los detentadores del poder.

La magnitud de las contradicciones que esta forma extrema de acumular genera en todos los ámbitos de la realidad impide mirar al río que fluye suponiéndolo en el espacio y en el tiempo igual a si mismo.

Al hecho de la ley mercatoria se opone un inusitado desarrollo del derecho sustentable normativamente de los derechos humanos en escala paralelamente universal y unos y otros son incompatibles.

Al análisis económico del derecho le sigue una vigorosa constitucionalización de los derechos fundamentales en escala mundial.

Por ello propone la propuesta de Galgano también imbuída de un glacial realismo, que importa un retorno al medioevo, a la ley de los comerciantes derogatoria de la ley civil (la *lex romana*), en el que la cosmovisión del derecho natural es sustituida por los intereses de los mercaderes globalizados, no puede ser descartada ni mucho menos, como alternativa de lo posible y explica en buena medida un sector importante de lo real y tangible.

"El mercado" que constituye el mecanismo de información más eficiente y perfecto que necesitan los actores de la economía para tomar decisiones acertadas en la tarea de la creación de riqueza"¹⁵³ y su importancia en la economía es innegable.

Pero la pretensión de sustituir las reglas sociales y las funciones teleológicas del estado y del derecho, por las reglas de un mercado globalizado opaco a los ojos de la gente común, donde conviven ganadores y perdedores, incluidos y excluidos, un mercado controlado por las transnacionales y sus instrumentos estatales y supraestatales vicarios repugna a las necesidades que plantea en nuestros tiempos para la vida social la condición humana.

"Los mercados no siempre funcionan bien. Producen en demasía algunas cosas -como contaminación atmosférica- y demasiado poco de otras, como inversiones en educación, sanidad y ciencia"¹⁵⁴.

Este fenómeno se expresa multiplicado en los mercados oligopolizados y globalizados transformados y recreados por la financiarización, la desmaterialización y la virtualización de la economía con el excluyente propósito de generar una concentración en la acumulación de la riqueza de una magnitud y una voracidad inaudita.

La invocación a la mano invisible del mercado, es "una esperanza que se basaba mas en la fe - sobre todo la profesada por aquellos que sacan partido de ella - que en la ciencia".¹⁵⁵

¹⁵² **Ciuro Caldani Miguel Angel.** " Filosofía de la Estatalidad Actual. (Entre el estado moderno declinante y el estado mundial en formación). Comunicación en las XV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Pag.2.

¹⁵³ **Giovanni Sartori.** «Teoría de la Democracia II». Alianza Universidad. Madrid, 1988. pág.489..

¹⁵⁴ **Joseph E Stiglitz.** "Los felices 90. La semilla de la destrucción". Edit. Taurus.2003. Pag. 46. .

¹⁵⁵ **Joseph. E. Stiglitz.** Ob. Cit. Pag. 47.

La *lex mercatoria universal* (sin perjuicio de su vigencia de hecho en buena parte de las relaciones económicas internacionales) y el análisis económico del derecho, (maguer el valor cultural que representa por su aptitud para entender el contenido de las relaciones patrimoniales internacionales e individuales en el seno de cada estado nacional), que reposan en ambos casos en la fe y en la existencia de hecho de un mercado que funciona conforme lo asume la teoría económica, son algunas de las formas técnicas - políticas, quizás las mas elocuentes, para sustituir al derecho, su contenido normativo, la realidad económica de la que proviene y a la que se aplica, su genética social y su proyecto social, por la lógica ideológica que acepta los paradigmas abstractos, atemporales y ahistóricos de la microeconomía de mercado unido a la imposición del hecho substancial de la época implicada en el facto ilimitado que no admite los límites de la norma y de la justicia. Sólo atiende a intereses.

La degradación del valor jurígeno del derecho tiene origen en el aguamiento del "imperium" y en el abandono de funciones que la realidad económico social globalizada le ha impuesto al Estado, y se ve reflejada en normas y criterios axiológicos que afirmando los valores del individuo y de la libertad en el mercado, soslayan los del ser humano que necesita satisfacer "socialmente" sus derechos "intereses" y derechos "necesidades".

Nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, se encuentran contradictoriamente inmersas en el debate que opone las pretensiones y los intereses expresados en la *lex mercatoria* a las normas fundamentales que traduce la Constitución Nacional. Y de hecho no han receptado la propuesta ideológica global.

Ello no significa un aferrarse al pasado porque naturalmente ha incorporado crecientemente, en interés de un derecho dinámico y más justo, los conceptos de "realidad económica" y de "eficiencia" originados en el "derecho económico" y en el "análisis económico del derecho".

Se va desprendiendo paulatinamente del estricto formalismo dogmático.

Atendiendo a los requerimientos de la realidad nacional y al pensamiento jurídico contemporáneo en nuestro país, el orden público económico y social emergente de nuestra Constitución Nacional y de nuestro sistema normativo, constituyen un excelente punto de partida para construir un derecho económico y social, que por una parte preserve los derechos del estado de cara a los inversores - especuladores internacionales tutelados por la *lex mercatoria* - y por la otra los derechos y las necesidades de los productores, trabajadores, consumidores, de los postergados y excluidos sin desatender las herramientas que contribuyen al logro de la eficiencia económica enderezada a satisfacer el interés general.

Es menester edificar un derecho humano, eficiente en asegurar progreso económico y social y condiciones dignas de vida para todos los ciudadanos.

No suponemos poder substraernos a la influencia de la estructura socio económica que propone el globalismo, pero creemos que en su seno y en el de nuestra sociedad anidan contradicciones que propician proyectos en la conciencia social, que auspician políticas comparativamente mas democráticas y

populares, que se traducen en la superestructura jurídica en la afirmación de un orden público asentado en valores axiológicos vinculados al bienestar general.

"La función de integración social que al derecho le corresponde en sociedades complejas solo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento".¹⁵⁶

Necesitamos superar la crisis en la que ha sido sumido el estado y el derecho asumiendo la necesidad de reformularlos para adecuarlos a los imperativos insoslayables del globalismo, a condición de que discutamos una axiología que oriente a la política legislativa, que introduzca cambios que ya son imprescindibles, y a la interpretación de la ley en su aplicación pragmática e ideológica, teniendo en cuenta la realidad económico social nacional y regional para la cual esas normas deben dictarse e interpretarse.

"Como el derecho es un objeto cultural histórico, el cambio es inevitable".¹⁵⁷

La problemática de la crisis de los estados nacionales es global en los estados infradesarrollados e inherente al modelo de globalización del poder económico de los grupos económicos oligopólicos transnacionales, por lo que su solución plantea un interrogante de política global, pero ello no obsta a que las contradicciones que genera en cada uno de los países o regiones puedan ser afrontadas por la conciencia social afirmando, sin preconceptos los valores que aseguren la vigencia de los derechos humanos, económicos y sociales, y el objetivo teleológico del bienestar general.

La presencia del estado se ha vuelto más urgente ahora, por la mundialización del mercado y la inserción dependiente de los mercados internos, y por la extraterritorialidad de los agentes del poder económico.

Así como en lo político lo primero es continuar siendo poder y lo segundo ser mas poder y más tiempo, también en lo económico parece resultar notoriamente aplicable similar tendencia a conservar el poder económico, a acrecentarlo y a hacerlo durable, para todo lo cual la competencia y el mercado sin controles estatales facilitan una lucha encarnizada, en la que siempre sobreviven los mas fuertes y padecen o desaparecen los mas débiles.

Es siempre el darwinismo socioeconómico.¹⁵⁸

"La internacionalización -debería- implicar cooperación entre estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía"¹⁵⁹ el concepto mismo de estatismo.

La crisis de la noción de "Estado nacional" en la "posmodernidad" tiene su correlato en el mundo jurídico en el debilitamiento de la identificación entre derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de

¹⁵⁶ Universidad de Buenos Aires. Biblioteca Virtual Pag.235."La Filosofía del Derecho de Jurgen Hubermas. Comentada por **Juan Antonio Garcia Hamado**.

¹⁵⁷ **Julio Cueto Rúa**. "La axiología jurídica y la Selección de métodos de interpretación". Universidad de Buenos Aires. Biblioteca Virtual. Pag. 114.

¹⁵⁸ **German Bidart Campos**. El Orden Socioeconómico.... Ob. Cit. Pag. 210 que incluye cita de Spota de "Ética y Política, en el Derecho 30 - XII - 97.

¹⁵⁹ **Spota Antonio A** "Globalización, integración y derecho constitucional. "La Ley 26/2/99 p 1.

ese mismo Estado, el Derecho en su consideración sistémica debe integrarse como sistema normativo (formal), sistema social (real) y sistema axiológico (valorativo), so riesgo de perderse en aproximaciones parciales e incompletas que no permitan su comprensión global.

Por ello esta tarea no puede anclarse en el pasado. La dogmática jurídica es insuficiente.

La afirmación del estado de derecho se edifica con normas que se originan y reposan en el poder pero que simultáneamente lo limitan, y requiere en esta etapa del desarrollo social, de la comprensión de los diversos planos sistémicos en los que se desenvuelve la sociedad y el derecho y sus contradicciones, para poder afirmar un orden público dinámico expresado en el sistema normativo pero comprensivo y orientado a los requerimientos de la realidad económica y social a la que debe servir y transformar.

La corriente del pensamiento y la actividad jurídica deja de ser unidireccional como postulaba la teoría tradicional (el silogismo como estructura del pensamiento jurídico de subsunción), y tampoco es excluyente y homogéneamente economicista e individualista, para rescatar como específicamente jurídica también la información que le llega al jurista desde la realidad y los no - juristas, proponiendo problemas socio - jurídicos constantemente renovados por la experiencia vital, social".¹⁶⁰

Las transformaciones en el derecho.

La existencia del derecho está íntimamente ligada al concepto del estado. En la ideología y el poder debemos buscar su origen. No hay derecho sin aptitud coactiva.

Cuando la coacción no se apoya en nuestros tiempos en las estructuras democrático políticas y el derecho es sustituido por el poder de hecho la reflexión no es jurídica, es excluyentemente ideológica y servil. Jacques Derrida afirma con precisión que "El derecho es siempre una fuerza autorizada.

No hay derecho que no implique en sí mismo, a priori, en la estructura analítica de su concepto la posibilidad de ser aplicado por la fuerza. (enforced), sea esta fuerza directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva, coercitiva o regulativa.

Una justicia no es justicia si no tiene la fuerza para ser. Una justicia impotente no es justicia.¹⁶¹

Hubermas a su turno sostiene que la norma se legitima políticamente, es decir cuando cumple una función de integración social y "cuando sus destinatarios pueden sentirse en conjunto como autores racionales de estas normas, es decir cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones".¹⁶²

¹⁶⁰Ernesto Grun. Ob . Cit.

¹⁶¹ Jacques Derrida. Fuerza de la ley. "El Fundamento místico de la autoridad". Pag. 131.Publicación Web. Biblioteca Virtual. U.B.A.

¹⁶² Juan Antonio Garcia Hamado. La Filosofía del Derecho de Jurgen Hubermas . en Publicación Web. Biblioteca Virtual. U.B.A

El derecho, como "regla social obligatoria impuesta coactivamente por el poder del estado", ha sido sometido en nuestros tiempos a tensiones formidables que se han expresado en distintos planos empíricos:

"La actuación de la denominada empresa multinacional con la problemática que plantea en torno del derecho internacional, público y privado (los holdings financieros, las inversiones extranjeras, marcas y patentes, las transferencias de tecnología, el tema de las filiales y subsidiarias, etc.), y también la negociación internacional, de la que resultan algunas disposiciones contractuales que se utilizan y no siempre son admitidas por las legislaciones nacionales (vgr. en los contratos petroleros, de seguros y financieros, las cláusulas que eximen de responsabilidad o de culpa a una de las partes, colocando la fuerza mayor a cargo de la otra mediante cláusulas que definen sus supuestos, etc.)"¹⁶³.

A juicio de Miguel Angel Ciuro transitamos un camino que conduce desde el Estado moderno nacional en retirada a un Estado mundial en formación que se expresa en el presente con un "vacío" de estatalidad, en el que el valor justicia es sustituido por el valor utilidad y ello genera "despliegues de conducción repartidora mundial que suelen resultar moral y materialmente muy violentos."

Y en esta dramático tránsito se vive una "actualidad" que no alcanza a ser "presente" porque va perdiendo su pasado y no tiene un porvenir imaginable".

En este proceso en el que se invoca ideológicamente "el triunfo de la autonomía de los interesados y en esos términos se desenvuelve la llamada "autonomía universal", en realidad el acuerdo es reemplazado por despliegues autoritarios que la ausencia de fuerza estatal impide neutralizar.

Es cierto que avanzan fenómenos de cooperación importantes, pero también que el poder, sobre todo de bases económicas, adquiere a menudo magnitudes abrumadoras.

La autonomía no surge de una voluntad en el vacío, sino en un clima que la asegure, que neutralice a los posibles agresores.

Se viene desarrollando una planificación gubernamental mundial, en la que los gobernantes políticos y económicos del "espacio central" y sus opiniones son los repartidores supremos y los criterios supremos de reparto.

Ese plan ha funcionado hasta ahora, proporcionando importantes despliegues de previsibilidad que, sin embargo, parecen haber entrado en crisis por el estallido de una nueva guerra que, como correlato de la planetarización, es también mundial.

Si se adopta la noción de revolución como cambio de supremos repartidores y criterios supremos de reparto, puede apreciarse que se está produciendo una "revolución" planetaria, aunque no se trate de la revolución de los sectores más o menos oprimidos que han desarrollado su fuerza, sino del

¹⁶³ **Gerscovich Carlos G.** "Principios fundamentales del derecho bancario y financiero latinoamericano". 80 Aniversario Jurisprudencia Argentina. 1998. Pag. 191.

cambio promovido por los simplemente poderosos que llevan a un régimen de todo el Globo".¹⁶⁴

Por presión del poder real, y como consecuencia del aguamiento en el "imperium" interno del estado, se ha producido en el ámbito de los derechos nacionales y fundamentalmente del derecho internacional una profunda modificación que ha sustituido al estado por los mercados globalizados, a la norma por el contrato por adhesión, a la ley por los jueces y a éstos por los árbitros.

La contradicción se verifica entre la tendencia a una creciente Constitucionalización enderezada a asegurar la vigencia de los derechos humanos, socio económicos e individuales en los que esta en juego el orden público constitucional y una degradación de los sistemas legislativos como consecuencia de una notoria inflación legislativa que se evidencia en la multiplicación de las normas "privilegio":

"Normas de carácter particular generalmente con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas" enderezadas a inducir repartos inmediatos en la asignación de riquezas.

Normas con beneficiarios directos, por oposición a aquellas "de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos".¹⁶⁵

"En el terreno de las fuentes formales, avanzan los tratados internacionales y los contratos en detrimento de las leyes, lo que significa que se reduce la mayor participación democrática que caracteriza a estas fuentes, elaboradas generalmente por los parlamentos.

Los tratados cubren materias nuevas, no sólo de preservación de la paz y los derechos humanos, sino de ordenación económica internacional.

Los Acuerdos de Marrakech constitutivos de la Organización Mundial del Comercio son de cierto modo una "constitucionalidad mundial", que no tiene el compromiso tradicional de preservación de los derechos humanos"¹⁶⁶

Normas "soft" o "hard" establecidas a instancias de los estados centrales y de los organismos internacionales, creados "ad hoc", que se liberan de su cumplimiento mediante diversos recursos, (no adhesión, denuncia, utilización de instrumentos fiduciarios, u "of shore", etc) pero que son impuestas férreamente a los estados periféricos débiles y vulnerables.

En este contexto es que se producen los desacuerdos tras la liberalización mundial por la aplicación de las normas de la OCDE a productos subsidiados por los estados centrales, las denuncia del sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de la Haya y las condenas no ejecutadas, la no adhesión a los protocolos de Kyoto y los pactos que le sucedieron, la utilización

¹⁶⁴ **Ciuro Miguel Angel.** " Filosofica de la Estatalidad Actual. (Entre el estado moderno declinante y el estado mundial en formación). Comunicación en las XV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Pag.4.

¹⁶⁵ Citado por **Enrique Gherzi.** Ob. Cit. Pags.102 y 103.

¹⁶⁶ **Ciuro Miguel Angel.** Ob. Cit.pag. 6.

de sociedades of shore para realizar las actividades prohibidas en sus propios territorios, Etc. Etc

En el ámbito residual de los estados nacionales en estos tiempos se evidencia que el incremento en los costos para el acceso a la justicia, margina a sectores enteros de la población de los tribunales.

De nada sirve el derecho si quienes más necesitan de él no pueden reclamar su vigencia. Se trata de los mismos sectores excluidos del trabajo, de la actividad económica, de la educación, de la salud, que son también privados de seguridad y justicia.

Es factor real del desarrollo del saber aplicado, pero perturbador al mismo tiempo por sus consecuencias prácticas, la creciente complejidad del derecho que dificulta su conocimiento aún para jueces y abogados, que en la creciente especialización abandonan progresivamente el trato frecuente con los principios y las instituciones de aquellas ramas que no son de su especialidad, absorbiendo de hecho una visión menos cultural y más técnica de la ley.

El derecho evoluciona desechando en su paso a las grandes mayorías, que desconocen el contenido de la norma, cada vez más compleja y particularizada y de sus derechos cada vez más postergados, y a través de la ventana de la televisión se le ofrece una versión ideologizada y vulgarizada que expone a la ley al escarnio público contrastando con el caso concreto en el que resulta injusta.

Sobre la justicia y sobre el derecho pesan y gravitan peligrosamente los medios.

La aprehensión y difusión ideológica que los medios hacen de la actividad tribunalicia y del derecho, aislando los casos, de la generalidad de la ley, precipitan conceptos en la conciencia social que son consecuencia de esta manera no jurídica de razonar.

El derecho público y el derecho privado, sus principios e instituciones que se han interpenetrado progresivamente hasta el punto en el que lo excepcional ha pasado a ser lo general y viceversa es otro dato de la realidad.

"La justicia particular y la justicia general son respectivamente las exigencias que individualizan al fin al Derecho Privado y al Derecho Público, se advierte que la actual situación significa un vasto despliegue del Derecho Privado en relación con la limitación de las perspectivas del Derecho Público"¹⁶⁷

Asistimos a la standardización predispuesta del tráfico jurídico privado¹⁶⁸ en escala mundial, cómo respuesta jurídica a la reducción de los costos de transacción que propone Coase y el análisis económico del derecho y este es un hecho irreversible, pero plantea la inexorable necesidad de legislar para asegurar el valor de la palabra empeñada y de simultáneamente proteger al débil, (al indefenso, al ignorante, al postergado que carecen de comprensión y asesoramiento

¹⁶⁷ **Ciuro Caldani Miguel Angel.** Ob. Cit. Pag. 7.

¹⁶⁸ **Basedow, Jürgen** La seguridad jurídica en el derecho económico europeo. Un principio jurídico general a la luz de la jurisprudencia en materia de derecho de la competencia. Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones.. 1998. Pag. 289

legal), de los poderosos, (exitosos y cultos) que contratan munidos de todas las ventajas.

El problema se plantea en los contratos de consumo, pero es mucho más grave aún respecto de aquellos excluidos de la sociedad de consumo, también segregados por la ley tuitiva contractual que sólo incluye a consumidores.

Los estados contratan sometidos a presión y renunciando a su jurisdicción soberana, con empresas transnacionales y grupos oligopólicos. Los estados en oportunidades y como consecuencia de su sicarización, y los particulares y los consumidores regularmente se someten a la contratación adhesiva y predispuesta.

El propio estado sometido a presión se postra en oportunidades frente a lo que Rosatti denomina relaciones de "desestatidad"¹⁶⁹ en las cuales "adhieren" en relación de subordinación (no cooperativas ni integrativas) a procesos de degradación de sus atributos a favor de otros estados, de organismos supranacionales, o de factores de poder (empresas transnacionales oligopólicas) globales.

Se han producido profundos cambios en la sociedad y el derecho debe hacerse cargo de la realidad.

Señala Mizrahi las profundas transformaciones que se han producido en el concepto de la familia como institución social" :

Como colofón de la miseria y la exclusión que la globalización ha terminado de instalar en buena parte del planeta¹⁷⁰, se conforma y podemos observar en la vida cotidiana, que un sector importante de la población vive en el seno de una "familia matrifocal, unidad doméstica conformada por una mujer y sus hijos, con un progenitor a menudo diferente, recursos magros, presencia inestable y que ha de contribuir sólo en forma parcial a la subsistencia económica del grupo".¹⁷¹

Pero además se producen cambios atribuibles a transformaciones sociológicas o científicas que tampoco pueden ser soslayados por el derecho.

Tanto los desarrollos científicos determinantes de un gran avance en la procreación asistida, las prácticas de la clonación, como la difusión de la unión homosexual (La llamada familia homoparental) trajeron consigo una profunda alteración en la estructura familiar y suscitan importantes conflictos ético sociales que deben dilucidarse en el ámbito jurídico.

Todos estos cambios alteran ideas básicas del derecho de familia, del régimen de filiación y del instituto de la adopción, porque la relación entre lo biológico y lo sociológico registra nuevas e importantes contradicciones y ponen de relieve la necesidad de comprender en el fenómeno jurídico a la

¹⁶⁹ Rosatti Horacio. Ob. Cit. Pag.115.

¹⁷⁰ Una cuarta parte de la población mundial sufre de pobreza y el número de indigentes se ha triplicado proporcionalmente aumentando 25.000.000 cada año. Un 65% de los habitantes del planeta nunca ha hecho una llamada telefónica y el 40% no tiene electricidad. Entre 1962 y 2002 la brecha de ingresos per cápita de los países ricos se amplió en 2,24 veces.

¹⁷¹ Mizrahi Mauricio Luis. "Globalización, familia y derechos humanos" LL Actualidad. 2.12.04. pag. 1 y sgts, con cita de Carlos A. Ghersi. "La postmodernidad jurídica. Una aproximación al análisis de los excluidos en el derecho". LL 1997 - F pag. 1049.

realidad socio económica y al universo dialéctico axiológico del orden público constitucional.

Se ponen en entredicho, en este debate científico y axiológico los derechos individuales, los derechos sociales y los derechos humanos.

La base normativa. Legalidad y Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica reposa en la norma, entendida y sometida en su comprensión sistémica a una efectiva Supremacía Constitucional, enriquecida y alimentada por la visión de la realidad socio económica, y por la aplicación de la axiología objetivamente ordenada por la Ley Fundamental.

Es inadmisibles la visión jurídica que prescindiera de la norma abandonando el principio de legalidad, pero también rechazamos la visión rígida que soslaya su inserción sistemática ordenada constitucionalmente, o desestima la consideración de la realidad socio económica.

Los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente son el corazón del sistema jurídico y de la legalidad vigente en un estado.

A nuestro juicio el derecho debe ser desprendido de la estrecha visión decimonónica, que lo sometía rígidamente al devoto apego al texto legal, o prescindía de la realidad y la justicia.

Las normas coactivamente impuestas por los estados nacionales o las organizaciones regionales e internacionales, a las complejas y contradictorias sociedades globalizadas, no pueden ser dictadas, comprendidas ni aplicadas, sin escándalo, desde la torre de marfil de la abstracción jurídica, o de su interpretación mediante la estática exégesis dogmática napoleónica o sus tímidos "aggiornamientos".

Es incontrovertible en el actual punto de desarrollo de la ciencia jurídica, que la teleología de la norma, su comprensión y reforma están indisolublemente unidas a la realidad económica y social de la que extraen y a la que aplican su materia, y a una imprescindible valoración axiológica fundamento y base de las elecciones jurídicas.

Estos tres planos emergentes de la formación económico social de la que resultan, están en permanente transformación en su interacción, y generan sistemáticamente contradicciones no excluyentes, susceptibles de ser resueltas con la afirmación de la visión normológica.

"Creemos que urge el reconocimiento de los rasgos que asume la vida jurídica actual en razón de las diferencias entre la estatalidad moderna nacional y la planetaria, y para hacerlo es esclarecedor emplear modelos teóricos que integren la consideración no sólo de las normas, sino de la realidad social y los despliegues de valor"¹⁷².

La realidad y la abstracción conceptual inherente al sistema normativo, no son a nuestro juicio opuestos irreductibles. Conforman una unidad conflictiva pero inescindible.

¹⁷² Miguel Angel Ciuro Caldani. "Filosofía de la Estatalidad Actual". Comunicación presentada en las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social". Versión Web.

No obstante que importantes corrientes de pensamiento dogmático, equivocadamente a nuestro juicio pretenden que la realidad perturba el desarrollo de la ciencia: Rojas con apego a la realidad, la describe en los siguientes términos: "El racionalismo se mueve con comodidad sólo en el campo de las normas, en virtud de que racionalmente es posible realizar todo tipo de operaciones intelectuales con normas abstractas. Con realidades concretas en cambio, no se puede trabajar sino ateniéndose constantemente a los datos de la realidad. Entre normas se puede deducir, subsumir, relacionar sin necesidad de tener en cuenta la existencia de la vida jurídica. Por el contrario la realidad jurídica concreta es más reacia a las manipulaciones de la razón; ofrece una dura resistencia a los esquemas, no se deja atrapar fácilmente en las abstracciones en que pretenden encerrar el espíritu del sistema"¹⁷³.

Entendemos que no se trata de optar por visiones excluyentes.

El campo de las normas que parte de la realidad, proporciona las raíces sistemáticas y axiológicas para valorarla y para transformarla acercándola al mito posible del bienestar general.

De esto trata el derecho. La base de la relación dialéctica desde la óptica de la axiología jurídica está en la ley aunque el concepto esté siendo sometido a permanente cuestionamiento por autores que proyectan lo sociológico / económico o lo dialéctico como tesis y punto de partida de la contradicción.

La visión jurídica parte de la ley sistematizada y sometida a las normas constitucionales, para arribar superando las contradicciones que le genera la realidad socio económica a lo socialmente justo, y no es adecuado el procedimiento inverso.

Cuando torturamos a la norma para responder a una visión de la realidad afectamos la seguridad jurídica.

Se trata de planos de un único proceso dinámico, y cambiante. La base es normológica pero integrada en debate enriquecedor con lo sociológico y lo dialéctico

Es el legislador (no obstante la degradación que se viene operando en la función política) designado en un estado democrático, en el plano nacional o el concierto de naciones que convienen acuerdos supraestatales en términos de cooperación e integración regional en el plano internacional, quienes deben fijar las bases de la creación y de la modificación del derecho, en el marco y respondiendo a los requerimientos de la realidad económico social y atendiendo a las pautas valorativas que proporciona el orden público económico y social emergente de la genética jurídica sistemática y de los principios jurídicos e instituciones jurídicas, en los países con raigambre romanista y continental.

Las importantísimas funciones que cumplen jueces, economistas, sociólogos, filósofos, psicólogos, profesionales de la comunicación social, etc. no pueden sustituir, atendiendo a necesidades coyunturales o al concepto de lo valioso que cada una de esas disciplinas propone, las bases jurídicas sobre las

¹⁷³ Rojas Ricardo M." Analisis economico e institucional del orden jurídico". Ed. Abaco. Depalma. Pag. 41.

cuales una sociedad ha construido su vida y su percepción de lo legal en un estado de derecho.

Todo ello sin perjuicio de que mucho tienen que aportar estas y otras disciplinas actuando interdisciplinariamente para la comprensión, interpretación y construcción de lo jurídico.

No sólo se trata de relacionar a la Constitución Nacional, a los Tratados Internacionales, a la Ley, los Decretos y demás textos normativos (sus instituciones y sus sistemas), a la costumbre y a los contratos, con la realidad y sus valores dialécticos.

Es menester entender que el punto de vista jurídico pone la base de esta dinámica interacción en la norma, porque sólo ella garantiza que el torrente no sustituya a la ley por la selvática realidad.

El desafío importa trascender del principio de legalidad formal a la legalidad substancial apoyados en la jerarquización normativa y axiológica de la Constitución Nacional que consagra derechos fundamentales que ordenan la construcción y la interpretación normativa.

"Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

La historia del Constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no meramente teórica sino sustancialmente social y política.

La legalidad resulta caracterizada por una doble artificialidad:

La del "ser" del derecho y también la de su "deber ser" imperativo, es decir de sus condiciones de validez positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.

La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.

Reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en la Constitución¹⁷⁴.

La seguridad jurídica no es sólo la "estabilidad para los negociantes", es el respeto irrestricto al sistema legal de todos y para todos, interpretado y modificado a partir de la realidad socio - económica y las modificaciones axiológicas que expresa la conciencia social.

La visión en los tiempos de la globalización que concibe a la seguridad jurídica excluyentemente, como la manifestación del orden y de la estabilidad en los negocios "confiere absoluta prioridad a la propiedad privada, a las relaciones mercantiles y a un sector privado cuya funcionalidad depende de transacciones seguras y previsibles protegidas contra los riesgos de incumplimientos unilaterales" y está unida a un proceso de "descontractualización social que cede su sitio al marco jurídico y judicial de la contractualización individual y a la actual judicialización de la política, a la

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi. "Derechos y Garantías". Ed. Trotta. Madrid. España 1997. Pags. 54, 66 y 67.

desolidarización de la economía y su reducción a la instrumentalidad del mercado y de las transacciones¹⁷⁵

Este criterio no implica la afirmación del derecho y reniega del principio de legalidad.

"Cuando el consenso neoliberal habla de estabilidad se refiere a la estabilidad en las expectativas de los mercados y de las inversiones, nunca a la estabilidad de las personas.

De hecho, la estabilidad de los primeros sólo se consigue a costa de la inestabilidad de las segundas¹⁷⁶.

Un Estado nacional o supranacional sin poder soberano es una aporía, pero un Estado con poder soberano que no esté sometido al Derecho es sólo un simple fenómeno de fuerza.

Las empresas transnacionalizadas y el sistema financiero globalizado asumen riesgos especulativos y por ello el concepto de seguridad jurídica que reclaman está enderezado a establecer reglas de juego jurídicas que pongan en cabeza de los estados nacionales la asunción de ese riesgo, aunque ello suponga desquiciar la genética sistemática del plexo normativo de esos estados, violentando por esta vía la seguridad jurídica de todos sus habitantes.

Los mecanismos de esa dominación maquillan con una máscara de derecho la destrucción del derecho.

Mediante acuerdos sobre inversiones extranjeras, un Estado puede renunciar a legislar en materia fiscal, social, ambiental, o someter los diferentes y eventuales litigios a un arbitraje más proclive a la transacción que a la aplicación rigurosa del derecho. Incapaces de llevar a cabo políticas sociales eficaces, los Estados asisten, impotentes o cómplices, al incremento de las desigualdades.

La seguridad de las transacciones es sólo un aspecto parcial y necesario de la seguridad jurídica que requiere además y fundamentalmente de la efectiva vigencia de los derechos consagrados constitucionalmente, fundamentalmente de aquellos denominados por Barcesat como "derechos necesidades" cuyo cumplimiento el poder coactivo del estado debe asegurar en un adecuado orden jerárquico normativo y axiológico respondiendo a las necesidades sociales.

Las necesidades son a lo social, lo que los intereses representan para el individuo.

El respeto a los "intereses" no puede implicar conculcar "necesidades", porque de lo contrario sólo algunos "intereses" serían preservados por el sistema jurídico.

"El Acuerdo Multilateral de Inversiones que se configura como una constitución para los inversores, sólo protege sus intereses, ignorando completamente la idea de que la inversión es una relación social por la que circulan muchos intereses sociales¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Boaventura de Souza Santos. Reinventar la Democracia. Ob. Cit. Pag. 24.

¹⁷⁶ Boaventura de Souza Santos. Idem. Pag. 27.

¹⁷⁷ Boaventura de Souza Santos. Ob. Cit. Pag. 35.

Creemos que no hay seguridad jurídica si implica para la defensa de un interés legítimo, la aplicación de un contrato o de una norma jurídica en contradicción con derechos fundamentales.

Sólo la cabal aplicación del principio de legalidad estricta que somete a uno y a otro al escrutinio de los derechos fundamentales inalienables e inderogables que establece la Constitución Nacional, proporciona seguridad jurídica y si además ese proceso pondera la realidad socio económica y los valores emergentes de la sistemática constitucional, será socialmente eficiente. Propenderá al bienestar general, al desarrollo humano, a la justicia social.

En los tiempos de la crisis y el caos, de la cromomegalia corporativa y financiera, la afirmación de lo individual conculcando lo social, representa además la negación de lo individual.

Los intereses inherentes a la acumulación postcapitalista terminan por aniquilar todos los derechos individuales sosteniendo y ampliando a límites inconcebibles, sólo al derecho de propiedad, y la afirmación de la autonomía de la voluntad del predisponente, que avanza incluso en la irracional apropiación de los bienes públicos imprescindibles para satisfacer necesidades sociales.

La supresión del derecho a la vida, entendida como una vida digna, el derecho a la salud, el derecho a la libertad personal, e incluso los mas preciados derechos individuales proclamados por el liberalismo: La aniquilación del principio de reserva, de la defensa de la intimidad y la conculcación de la privacidad son la moneda corriente que esquizofrénicamente propicia la misma sociedad, sus científicos ideólogos y juristas, que reclaman con ardor estabilidad para sus inversiones y negocios aún a costa de los individuos, mientras invocan la seguridad jurídica y la plena vigencia del derecho a la propiedad privada, único derecho fundamental que reconocen en la Constitución.

Esta polémica ideológica que en oportunidades se pretende científica, este criterio excluyente emparentado con el "pensamiento único" es insostenible, y sirve en muchas oportunidades para proteger y defender intereses que no se sostendrían en un tribunal moral.

Por ello el profesor Ciuro Caldani afirma no sin razón que "Invalorables principios como el de "seguridad jurídica" se presentan hoy en estos tiempos de crisis, como valladares de protección a negocios corruptos y abusivos y no como base de sustentación de un futuro inspirado en el bien común".¹⁷⁸

Rechazar esta visión de la seguridad jurídica no nos lleva a prescindir de este instituto tan caro a nuestra juridicidad, sólo es necesario profundizar en su real contenido trastocado en la globalización.

Decimos que la base de esta relación dialéctica en el derecho, está en la norma, porque estimamos que su generalidad y obligatoriedad son los pilares de la seguridad jurídica¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Pérez Hualde, Alejandro LexisNexis Jurisprudencia Argentina El modelo económico de la Constitución argentina y la "reforma del Estado" 2003 Doctrina JA 2003-II-880. Pag. 44.

¹⁷⁹ asedow, Jurgen. Ob. Cit.

La seguridad jurídica se asienta a nuestro juicio en el principio de legalidad y no en otras facetas de la juridicidad, aunque estos representen valores mas caros a los sentimientos del intérprete coyuntural.

"El postulado del positivismo jurídico clásico es el principio de legalidad formal o si se quiere de mera legalidad. Conforme a él una norma jurídica, cualquiera sea su contenido, existe y es válida en virtud únicamente de la forma de su producción.

El constitucionalismo tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales se realiza con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial).

Somete también a la ley a vínculos sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones"¹⁸⁰.

El principio de legalidad implica que toda actuación, ya sea de las autoridades entre sí o de éstas frente a particulares la subordinación a normas jurídicas previamente establecidas.

El principio de legalidad estricta y la seguridad jurídica reclaman de los integrantes poder judicial la aplicación de la ley y no de sus convicciones u opiniones por mas ilustradas y valiosas que estas sean, y es por ello que el maestro Álerini sostiene que "la lotería forense" debe ser sustituida por la intervención legislativa"¹⁸¹.

Los medios y algunas opiniones en la sociedad globalizada socavan la valoración de la ley a partir de la difusión de injusticias puntuales a las que necesariamente conduce una norma que pretende ser aplicada a la generalidad de los casos, planteando la resolución de las complejas contradicciones sociales con un criterio "casuista" en el que se afirma la jungla darwiniana, aunque la solución sea justa en el caso concreto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, reiteradamente ha afirmado que la construcción de la "juridicidad" reposa en la ley, pero que simultáneamente debe contemplar la realidad económica:

"La aplicación del principio interpretativo de la realidad económica no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales, pues de lo contrario se afectaría el principio de reserva o legalidad con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica"¹⁸².

Ello implica que la política legislativa y la interpretación judicial, no pueden desentenderse de la realidad empírica dinámica que fundamentalmente la economía y la sociología, desentrañan con rigor y objetivizan, porque esta es la materia, de la que proviene la norma y es en este ámbito donde efectivamente se aplica, pero su estudio no reemplaza lo específicamente jurídico: El deber ser impuesto a todos y para todos.

La Realidad Económico Social.

¹⁸⁰ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pag. 67.

¹⁸¹ http://www.alterini.org/fr_tonline.htm. Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad. por Atilio Aníbal Alterini

¹⁸² CSJN. 27.12.96. Autolatina Argentina S.A. c. DGI. LL. 1997.B.407..

Hoy es inimaginable pensar el derecho sólo desde su texto e incluso integrado sistemáticamente, sin recurrir a los contenidos económicos y sociales que constituyen su materia real.

La dinámica estructura del derecho en movimiento y cambio que tiene su base en la ley, interactuando y recíprocamente recepcionando "la realidad económica y social" y la "valoración dikeológica" proporciona una óptica mucho más rica a la ciencia jurídica.

La jurisprudencia del Superior Tribunal, reseñada por Aida Kemelmajer de Carlucci¹⁸³ ha recogido esta preocupación por la realidad económica y por la valoración axiológica reiteradamente:

"Toda interpretación debe realizarse atendiendo esencialmente a la realidad económica de que se trate".¹⁸⁴

La Corte federal anula la sentencia "cuando el resultado importa un notorio apartamiento de la realidad económica, con grave menoscabo de la verdad jurídica objetiva y de los derechos de propiedad y defensa en juicio.

Hay apartamiento de la realidad económica, cuando el resultado al que la sentencia llega no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego, desentendiéndose de las consecuencias patrimoniales que el fallo produce".¹⁸⁵

"Es arbitraria la decisión que desatiende los datos de la realidad económica." ¹⁸⁶.

La realidad económica aludida no está conformada por "abstractas leyes económicas" convalidadas matemáticamente, sino por el mundo tangible ponderado en su realidad empírica a partir del cual se construye la abstracción jurídica. "Dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas."¹⁸⁷

"Hoy la influencia de las corrientes neoliberales en la economía hacen que el discurso excluyentemente economicista funciona como teoría justificatoria del egoísmo, que ignora la ética de la solidaridad".

En la doctrina argentina no se discute que la interrelación entre el Derecho y la economía deben privilegiar el perfil normológico y axiológico. "¹⁸⁸

Los valores del derecho. Lo Justo.

"Creo que tenemos que conformarnos con nuestra comprensión y conocimientos imperfectos y tratar los valores y obligaciones morales como un problema puramente humano, el más importante de todos los problemas humanos"¹⁸⁹

¹⁸³ "El criterio de la Realidad Económica en las sentencias de la Corte Federal". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho y Economía. Pag. 191..

¹⁸⁴ **CSJN** 4.5.95. Eurotur SRL. LL 1996.C.431.

¹⁸⁵ **CSJN** 15.10.96. Escobar c. DNV. DJ 1997.1.911.- 24.8.95. Agua y energía c. Montelpare. LL 1995 E. 104 2.4.96. Arasa c. YPF. LL 1996.C. 365.

¹⁸⁶ **CSJN**. 4.10.92. Pérez Francisco. J. A 1995.I.67

¹⁸⁷ 15.10.96. Escobar c. DNV. DJ 1997.1.911- 7.9.93. Melgarejo Roberto c. Chacar Alberto. J.A. 1994.II.447. 22.9.94. Román Benitez c. Guth y Asoc. J.A. 1995.III.49 y LL 1995.B.25.

¹⁸⁸ **Claudia Brizzio**. Globalización y Debilidad Jurídica. Publicación web. Pag. 4.

¹⁸⁹ **Albert Einstein**. "Mi credo humanista". Edit. Leviatán. Bs.As. pag. 31.

La lógica con la que se construye el derecho es esencialmente valorativa y parte inexorablemente de realidades normativas, sociológicas y filosóficas objetivadas.

Atiende a puntos de vista ideológicos que inspiran el orden público normado, social y económico, y que descansan en la formación económico social a la que es aplicado, a su historia y al proyecto que esa sociedad concibe para el futuro.

La lógica jurídica se construye a partir de su axiología¹⁹⁰, y este tampoco es un campo pacífico. La axiología estudia como las personas determinan el valor de las cosas. El valor es asignar prioridades. Es escoger algo en lugar de otra cosa. Es pensar en las cosas con relación a las demás y decidir cuál es mejor. Es decidir lo que es "bueno

Los conceptos de justicia "conmutativa", "distributiva", o "social" (para utilizar categorías descartadas por Hayek) son contrastados en la sociedad globalizada neoliberal con los de "interés" o "eficacia".

Lo justo es "Dar a cada uno lo suyo" y ello implica establecer una política de repartos que permita a todos los habitantes poder vivir según las exigencias que para la condición humana es imperativa en ese estadio del desarrollo de la sociedad.

El concepto objetivado en la norma y completado con su confrontación con la realidad, debe armonizar los intereses individuales o sectoriales con los intereses sociales.

Debe preservar los derechos presentes y enderezarse a asegurar la satisfacción de las necesidades insatisfechas¹⁹¹ reconocidas también como derechos, a los que los habitantes tienen "derecho" a aspirar.

Este es quizás el aspecto más difícil de la labor jurídica.

No basta integrar con la realidad a la norma, es imprescindible el punto de vista axiológico. Interrogarse acerca de cuál es la jerarquización que de las normas hace nuestro régimen constitucional? Y dentro de normas de igual categoría cuáles son los valores que en la resolución de esas contradicciones debe prevalecer.

Es acaso el ser humano como tal? Es el individuo como ser social? Es el derecho de propiedad, o la libertad contractual los que deben prevalecer?. Tienen acaso todas estas categorías del derecho positivo idéntica jerarquía.

Es quizás la eficiencia económica el eje al que todos los derechos se deben subordinar?

No es dudosa la existencia de una fuerte tensión entre la libertad negocial que exige el mercado y la justicia contractual.

Internalizada esta puja, se pretende restablecer la verticalidad del fiel de la balanza de la Justicia cuando confrontan fuertes y débiles,

¹⁹⁰ Robert S. Hartman Institute, University of Tennessee.

¹⁹¹ Eduardo Barcesat. "La plena judiciable de los derechos económicos, sociales y culturales" publicación web. alsurdelsur@wanadoo.es .

porque "éstos (los más débiles) presionados por la necesidad, están obligados a querer lo que los más fuertes son libres de imponerles".¹⁹²

La distinción entre débiles y fuertes, y la protección de los débiles, sea por razones económicas, sea por sus carencias o limitaciones personales resulta, en suma, una aplicación de la ética de la solidaridad.¹⁹³

De la respuesta que demos a estas preguntas obtendremos un polémico concepto de lo justo.

Son aspectos en los que no deberíamos ser ambivalentes pero si críticos porque aunque ambos extremos de la contradicción sean valiosos, y puedan ser armonizados, hay ocasiones en las que el interprete debe escoger y en ese caso los valores escogidos son los que determinan que norma o criterio interpretativo o legislativo prevalece.

"En el universo neoliberal y mercantil el egoísmo competitivo desplaza a la solidaridad; el ánimo de lucro, a la sed de justicia; la inventiva propagandística, a la verdad que nos hace más libres; la ley de la selva dictada por los que más tienen, a la justicia social soñada por los que carecen de casi todo"¹⁹⁴.

El derecho esta condenado a decidir una axiología que restablezca los valores de seres humanos libres en una sociedad que hace de sus intereses y de sus necesidades derechos compatibles con la realidad económico social.

El punto de partida para poner en movimiento la dialéctica del derecho y construir efectivamente seguridad jurídica es evidentemente la norma inmersa en su sistema, pero es imprescindible confrontarla con la realidad económico social y es esencial contar con un punto de vista valorativo muy claro que no ofusque con sofismas la búsqueda de la justicia.

Hacer justicia, es una tarea en la que la relación vuelve a ser dialéctica, y no puede substraerse de la norma, ni desatender a la realidad.

La unidad de norma, realidad y justicia en movimiento no implica la exclusión de ninguno de estos planos aunque su relación sea de conflicto.

Es menester aplicar la ley sin desentenderse de la realidad ni de la valoración axiológica.

En definitiva se trata de establecer pautas generales obligatorias para asegurar la vida social, porque el derecho se justifica y tiene razón de ser cuando apunta a sostener la condición humana.

Cuando la escala de valores utilizada para aplicar la ley desnuda una ponderación axiológica incompatible con la defensa irrestricta que el derecho le debe a la condición humana, esa sociedad tiene con su justicia graves problemas.

Esa patología valorativa es puesta de relieve y puede ser explicada empíricamente por Aida Kemelmajer de Carlucci cuando analiza la jurisprudencia del Superior Tribunal en la segunda década infame, y pone de relieve lo que a nuestro juicio es un ejemplar disparate axiológico:

¹⁹² Starck B. Roland. H. Y Boyer L. Droit civil. Obligations, T. 2, Paris, 1986, nro. 21. Citados por **Claudia Brizzio** ob. Referenciada..

¹⁹³ **Claudia Brizzio**. Ob. Cit.

¹⁹⁴ **Alvarez Puga E**, "Maldito mercado. Manifiesto contra el fundamentalismo liberal", Barcelona, 1996, p. 159. Citado por **Claudia Brizzio**. Publicación web. Globalización y debilidad jurídica. Pag. 4.

"La lectura de algunas sentencias y la fijación de ciertos montos hacen pensar en una visión judicial que prioriza los daños a la propiedad por encima de los daños a la persona. El hombre no es lo que es, sino lo que tiene".

195

Esta valoración que podría coincidir eventualmente con la eficiencia económica que como objetivo plantea el análisis económico del derecho, repugna a nuestra ética que otorga preeminencia al ser humano como individuo social.

La realidad que por un largo período de tiempo es igual a sí misma pero simultáneamente está en permanente cambio, no es un dato abstracto, y nos exhibe en la Argentina una sociedad capitalista oligopolizada y dependiente, alienada por la influencia de los medios y la homogeneización cultural, que busca salidas para la desocupación, la miseria, la marginación y la postergación, y tanto la sociología como la macro economía ponen de relieve estas circunstancias. Si la condición humana es social, es un valor axiológico esencial y primigenio la erradicación de esas lacras. La afirmación de los derechos económicos y sociales del hombre en sociedad.

Si afrontamos a la ciencia jurídica al margen de la realidad aunque le procuremos un sustento "cientificista" el esfuerzo será estéril y no habremos avanzado más allá del dogmatismo, sólo habríamos sustituido la abstracción jurídica por los paradigmas abstractos e "irreales" de la micro economía.

De lo que se trata es, de un esfuerzo interdisciplinario que se estructura a partir de la lógica jurídica y se asienta en la norma para incorporar a su contenido y a sus perspectivas la realidad, que nos permita prever las consecuencias empíricas individuales y sociales que tiene su aplicación y de esta manera procurar la solución congruente con el concepto de lo justo.

El "óptimo paretiano" y la eficaz asignación que hacen "per se" los "mercados" se revelan como conceptos abstractos tan lejanos a nuestra realidad, donde los mercados no son transparentes, ni asignan los recursos atendiendo al bienestar general. Por ende y además, esos mercados no son "per se", socialmente eficaces.

Los mercados imprescindibles para actuar como integradores de la actividad económica, no pueden ser deificados y elevados a la categoría lógica de absoluto, porque en tal caso sólo explican los comportamientos distorsionados introducidos en la sociedad por la "acumulación primitiva y la transferencia de recursos" que se sirvieron de la globalización.

Es en este ámbito y con esta visión multifacética, interdisciplinaria, dialéctica y axiológica, que deberíamos introducirnos en el debate donde polemizan

El "derecho económico" y sus diversas definiciones finalistas superadas por la realidad en muchos casos; el "análisis económico del derecho" que sustituye los contenidos y la lógica jurídica por la lógica de "la asignación

¹⁹⁵ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. Pag. 207.

eficiente de los recursos escasos en mercados ideales" y la "lex mercatoria" que traduce fotográficamente la imposición de hecho de los usos y costumbres mercantiles, en los tiempos de la globalización, fincando en ellos una propuesta de derecho universal.

Toda formulación social tiene un importante contenido ideológico, y la contradicción que plantean en sus extremos estas corrientes, ya han sido superadas por la realidad socio - económica.

Se ha derrumbado el sistema de las economías centralmente planificadas, y el mundo occidental de las economías de mercado se ha transformado en un sistema de economía también planificada por los oligopolios, la "cleptocracia", y los estados centrales que se sirven de los organismos financieros y comerciales internacionales.

Para construir el viejo derecho del futuro tendremos que recoger los valiosísimos despojos de la concepción clásica del derecho económico, de la realidad expresada por la lex mercatoria y de la técnica del análisis económico del derecho, para desarrollar a partir del orden normativo vigente un orden público económico y social que sustente una eficiencia económica orientada a asegurar el bienestar general.

Ello ha puesto de relieve la necesidad de apreciar el futuro renunciando a los fundamentalismos.

Sólo un crudo y objetivo análisis de la realidad y de sus contradicciones, despojado de "a prioris" absolutos, puede procurar un lugar a la ciencia jurídica en la construcción de un presente y un futuro mas humano, heredero de la genética cultural de la humanidad.

Un lugar dialéctico emergente de la formación económico social en la que se construye el derecho, que constituye un extremo y la base de la contradicción, pero aspirando a expresar en su antítesis los anhelos (la ideología y los mitos) del conjunto de la sociedad postergada por un proceso expoliador.

Cada ciencia aplicada tiene especificidades.

La visión jurídica, la sociológica, la económica y la filosófica son diferente, y todas aluden a un cambiante y complejo fenómeno social con múltiples facetas, y por ello diferente va a ser respecto de los mismos hechos la función, el contenido, la visión y la axiología de cada una.

La conciencia de que la labor jurídica es interdisciplinaria y dialéctica no implica el sometimiento a la axiología o a la ética de la economía, o de la filosofía o de la sociología, por el contrario pone de relieve el hecho de que lo específico normológico es en nuestra materia, la base a partir de la cual, con el auxilio de otras disciplinas, el "deber ser" actúa en la sociedad, y nos permite comprender la interacción de los tres planos contradictorios, sistémicos, dinámicos y complejos del mundo jurídico con ese objeto.

Capítulo 4

Las Contradicciones en el Derecho
Globalizado:

La "Lex Mercatoria" y Los Derechos
Humanos y Económico Sociales.

Las Contradicciones en el Derecho Globalizado: La "Lex Mercatoria" y Los Derechos Humanos y Económico Sociales.

La comunidad internacional:

El pollo, el pato, el faisán, la codorniz y la perdiz fueron convocados y viajaron hasta la cumbre.

El cocinero del rey les dio la bienvenida:

-Os he llamado -explicó- para que me digáis con que salsa queréis ser comidos.

Una de las aves se atrevió a decir:

- Yo no quiero ser comida de ninguna manera.

Y el cocinero puso las cosas en su lugar:

- Eso está fuera de la cuestión.

Eduardo Galeano. Fábulas. Pag. 12. 11.12.05, pag. 32.

Con la expresión de "mercados" se alude indistintamente, al punto de encuentro entre la oferta y la demanda¹⁹⁶, o a los factores de poder que manipulan a ese "mercado" para optimizar sus ganancias.

En un extremo de la contradicción que encierran estos tiempos, los "holdings" fundamentalmente financieros y de servicios que controlan la producción, la comercialización y el consumo pero esencialmente los mecanismos de apropiación de la riqueza, vicarizan y se imponen a los estados nacionales sometiéndolos y transformándolos.

Simultáneamente destruyen y trastocan los sistemas normativos internacionales, regionales y locales, sustituyéndolos por los usos y costumbres que requieren la maximización de los beneficios globales.

Es en este marco que se han construido los conceptos y las manifestaciones ideológicas y "científicas" que desprovistas de las contradicciones y del devenir que enriquece a la realidad, exhiben como un hecho la "desaparición de los estados" y de los "sistemas normativos", lo que constituye un hecho cierto pero parcial de esta época y un curso probable de las cosas que no obstante no es inevitable.

Nos explica Galgano que "mas alla de los límites de los estados está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de nueva "lex mercatoria", destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global"¹⁹⁷

Desde la "lex mercatoria" que expresa empíricamente la realidad presente de la sociedad mundializada y dominada por la empresa transnacional, hasta el "análisis económico del derecho" que por el contrario busca en las abstracciones de la ciencia microeconómica el instrumento para describir esos mercados ideales y a partir de ellos formular predicciones y valoraciones enderezadas a la eficiencia económica, se constituyen las nuevas formas del

¹⁹⁶ Julio César Rivera. "Globalización y derecho. Las fuentes de los contratos comerciales.". La Ley 21.11.05. pag. 1, nos proporciona una excelente y objetiva definición del mercado en el primero de los sentidos semánticos cuando nos indica que es "el lugar en el que se comercian cierto tipo de bienes cuyo precio se determina en él".

¹⁹⁷ Galgano Francesco. La Globalización en el espejo del derecho". Ed. Rubinzal Culzoni. 2005

derecho engendradas por la formación económico social del hipercapitalismo globalizado.

"La expansión de las empresas y sus negocios, sin consideración de fronteras nacionales, llevan consigo sus prácticas comerciales y sus instituciones jurídicas - modelos contractuales uniformes que sustituyen al derecho internacional y local - al amparo de su gigantesco poder de negociación"¹⁹⁸

Ambas corrientes ideológicas del derecho, implican importantes avances para la ciencia jurídica.

La realidad jurídica contemporánea y el sentido de sus modificaciones no puede ser entendido sin una aproximación a los autores que expresan estas dos vertientes del pensamiento global:

La visión de una *lex mercatoria* universal y de la metodología del análisis económico, producto de la ciencia microeconómica.

Los aportes que una y otra han hecho y vienen haciendo al futuro del derecho están siendo incorporadas al acervo jurídico de la humanidad y a las diversas formas del derecho supranacional y de los distintos derechos nacionales.

Los institutos jurídicos que la realidad negocial y social incluida en esta sociedad excluyente reclaman, ya son parte del comportamiento comercial e incluso social de esta porción privilegiada de la humanidad.

Son parte de la realidad las nuevas y viejas formas de contratación remozadas por los cambios que se operaron en la economía global (Galvano nos habla de un cambio en la esencia del contrato que de instrumento de aplicación del derecho se transforma en fuente normativa, el fenómeno de la contratación electrónica en tiempo real y sin límites territoriales, en masa, predispuesta y adherente, franchising, licencias, patentes, factoring, underwriting, etc.); las transformaciones en el régimen de responsabilidad (con parámetros y criterios de objetivación en permanente mutación); las nuevas formas del dominio (fiduciario, leasing, propiedad comunitaria, los countrys, los condominios en sentido impropio en sus diversas formas, la virtualización financiera y marcaría expresada en obligaciones y derivados comerciales, fondos comunes, títulos autónomos y abstractos, etc); la problemática engendrada por el individualismo despersonalizado (las cuestiones vinculadas con las nuevas formas del derecho de familia - incluyendo el matrimonio entre personas del mismo sexo-, las renovadas formas de la manipulación de la voluntad, la invasión generada por los bancos de datos, la intromisión electrónica, la intromisión genética, el cambio de sexo quirúrgico etc); la proliferación de formas societarias virtualizadas, desnacionalizadas e irresponsables (modificaciones en los sistemas concursales, holdings conformados por sociedades of shore, sociedades pantalla, o sociedades fantasmas, distintos avances en la limitación de la responsabilidad comercial y fiscal, etc), etc. etc.

Es evidente el retroceso en el derecho internacional público y privado y los intentos que se hacen por sortear el orden público nacional e internacional.

Los nuevos tiempos sugieren un derecho sin normas jurídicas establecidas conforme los mecanismos democráticos, y en los que el poder transnacional sustituye al de los estados nacionales.

Hay "una tendencia ostensible a reducir el papel del derecho estatal, a liberar a los mercados de regulaciones y a facilitar lo mas posible los

¹⁹⁸ Julio César Rivera. Trabajo citado. Pag. 1.

intercambios, para lo cual se necesita que el derecho interno ofrezca la mínima o nula posibilidad de interferencias¹⁹⁹.

No obstante estas opuestas y convergentes propuestas culturales jurídicas no son todo el derecho, y no implican un pensamiento único y excluyente, ni el fin de las contradicciones, ni de la historia.

Los usos y costumbres de las empresas transnacionales operan e inciden sustancialmente sobre los mercados, la realidad golpea a los estados nacionales, las ideas globales de la microeconomía sirven de sustento a la deconstrucción de la soberanía de los países periféricos y de los sistemas normativos para abrir las puertas a la actividad de la especulación sin fronteras.

Pero "sin norma no hay Derecho. Sin Derecho no hay Estado. Sin Estado no hay Sociedad. Sin sociedad no hay ni siquiera un pueblo, solo un mercado, en el mejor de los casos, estructurado a través de relaciones momentáneas y dispersas.

En tal contexto, la institucionalización parecería inescindible a la condición humana real, aún en esta etapa de coexistencia deconstructiva."²⁰⁰

Es en ese marco en el que muchas de las afirmaciones implicadas en estas corrientes, aportan a la comprensión de la incidencia que tiene el fenómeno global con relación al estado y al derecho.

Se trata en el caso de la *lex mercatoria* de una descripción de una realidad que es parcial y exacta en tanto no esté sujeta a cambios, a contradicciones y a transformaciones en sentido diverso a aquel que pretende imponer el "mercado", entendido como factor de poder dominante en los tiempos de la globalización.

Se trata de concepciones que parten de lo que es, suponiendo que el futuro es la multiplicación del presente, que las contradicciones no devienen en opuestos, que la vida corre en un solo sentido:

El del poder presente de los "mercados" que es y será irresistible. Se trata de una nueva forma del determinismo mesiánico o mecánico.

Es cierto que los estados nacionales y los sistemas normativos podrían estar condenados a su vaciamiento en tanto no se transformen, y agrupados regionalmente no ostenten poder suficiente como para imponerse a los poderes del "mercado", preservando la transparencia de ese punto de encuentro entre la oferta y la demanda como mecanismo motor de la producción y de la eficiencia, pero con la finalidad de proveer al bien común y al bienestar general.

Si los factores de poder que determinan el mercado pueden prescindir del estado y del sistema normativo aunque incrementen la producción y fundamentalmente la acumulación de la riqueza, la sociedad civil queda inerme y nada puede impedir la desaparición de los derechos individuales y de los derechos económicos y sociales de los hombres.

¹⁹⁹ Julio Cesar Rivera. Trabajo citado pag.2.

²⁰⁰ Osvaldo R. Burgos. "El derecho en la Sociedad Desestructurada". Publicación Web. Pag. 11 y 13.

Con esas prevenciones es que afrontamos y constatamos la realidad y la degradación del estado y del derecho en la sociedad globalizada.

Un rasgo evidente de nuestra época nos muestra el rostro modificado de los estados, a quienes los mercados globales han sustraído muchas de sus tradicionales prerrogativas soberanas.

El estado como monopolio de la unidad política, el estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, es decir del monopolio de la decisión política, esta fulgurante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental esta por ser destronado.

El monopolio del estado y los fundamentos ideales sobre los que se apoyaba no han soportado la presión ejercida por el choque de la globalización de los mercados y la invasión de las empresas transnacionales.²⁰¹

Es evidente que tanto el estado como el derecho han dejado de ser en la idea de lo que eran y que ostentarán nuevos rasgos en el futuro para seguir siendo.

Galgano²⁰², nos habla de una Revolución digital, espacial y multimedial que proyecta al hombre fuera del tiempo y del espacio hacia un espacio no físico.

Una Revolución que disocia propiedad y control de la riqueza.

Un tiempo de aumento en el desarrollo de servicios que no guardan relación con el incremento del consumo final, es decir que no están enderezados a satisfacer nuevas necesidades de la sociedad de bienestar.

Cambios profundos en el modo de producir:

Separación de la dirección estratégica y financiera en la empresa; funciones operativas bajo control del holding financiero, desmaterialización de la riqueza; transformación del sujeto en mercadería de intercambio.

Rivera alude siguiendo a Galgano y a Naomi Klein a una transformación de la empresa, y con ella de la sociedad desmaterializada de consumo:

"Las grandes firmas centran su poder en la marca y fabrican en distintos países periféricos, donde pagan salarios misérrimos a trabajadores casi esclavos.

La producción es un aspecto secundario de sus operaciones. Lo principal que producen estas empresas no son cosas, sino imágenes de sus marcas.

Su verdadero trabajo consiste en comercializar²⁰³ y en explotar mano de obra excluida en los países periféricos, en multiplicar financieramente sus resultados y beneficiarse con los resultados de una legal elusión impositiva, acumulando riqueza virtualizada fuera de los territorios tributarios.

"Su éxito lanzó a estas empresas "hacia una carrera a la ingravidez:

²⁰¹ Galgano Francesco. *La Globalización en el espejo del derecho*. Ed. Rubinzal Culzoni. 2005. Pags., 41 y 46.

²⁰² Galgano. Ob. Cit. Pags. 20 y sgts

²⁰³ Rivera Julio C. Trabajo citado pag. 2, con cita de Naomi Klein. "No Logo. El poder de las marcas". Paidós 2001. Pags. 380 y sgts y Galgano Francesco Ob. Cit. Pag. 15.

La que menos cosas posee, la que menor lista de empleados tiene y produce imágenes más potentes y no productos es la que gana".²⁰⁴

La múltiple revolución implicada en el proceso de globalización, genera contradicciones en todos los planos de la sociedad.

La cultura, el estado y el derecho han sido sometidos a crisis, cambios y transformaciones de devastadora magnitud que devienen con la turbulencia de un río de montaña.

Pero a nuestro juicio la certeza definitivamente distintiva que es antropológicamente relevante del proceso que exhibe esta realidad en transformación, es que este fenómeno divide profundamente a la sociedad humana, de la que algunos continúan incluso mientras que otros devienen en descartables.

Abre un abismo entre dominadores y dominados, poderosos y débiles, ganadores y perdedores, concentración y acumulación de la riqueza y extrema pobreza, multiplicación del intercambio comercial y financiero y de la producción de servicios, y un universo de necesidades insatisfechas.

El hipercapitalismo ha engendrado nuevas categorías, para la contradicción en la que capitalistas y proletarios no constituyen términos excluyentes del debate dialéctico.

Los arrolladores cambios que se operaron en el pensamiento, en la ideología, en la institución del estado y en el propio derecho han sido difíciles de dimensionar y se vuelven a trocar en sus opuestos conceptuales permanentemente.

Las categorías epistemológicas se afirman en esta época alternativamente en forma o contenido, en lo particular o en lo general, en lo local o en lo universal, en lo natural o en lo social en una búsqueda infructuosa de una cosmovisión que explique y valore esta sociedad que no ha terminado de nacer y ya empieza a morir.

Una primera, apresurada y pesimista mirada, supone que el planeta va a ser sumergido en un sistema jurídico único inmerso en la visión globalizadora que comprenda a todos los países del planeta sometidos por la incontenible fortaleza del proceso de acumulación y concentración hipercapitalista.

"La fe en la evolución ha cesado globalmente.

La acumulación ha marcado sus límites y el progreso ya no genera la iconolatría hacia sus ocasionales elegidos, que antes impulsaba la emulación y la perspectiva de "crecimiento posible" siempre dentro de sus márgenes.

La sociedad del Siglo XXI se presenta como desestructurada, parte de una lógica de segregación y exclusión con progresión exponencial que solo parece apta para producir resentimiento"²⁰⁵ y riqueza material pero fundamentalmente virtual.

Las transformaciones en el derecho no corren en un solo sentido:

La unificación del derecho civil y comercial que viene recorriendo un largo camino previsiblemente irreversible.

²⁰⁴ Rivera Julio C. Trabajo Citado pag. 3.

²⁰⁵ Osvaldo R. Burgos. Trabajo citado. Publicación Web. Pag. 6.

La evidente confluencia del "civil law" y el "common law", aunque en el primero se vayan abriendo camino la consideración del precedente y de la realidad socio económica, para romper con la interpretación dogmática de la ley y en el segundo es cada vez mas evidente la necesidad de recurrir a la regulación normativa de muchos temas nos indican tendencias objetivas de la sociedad humana.

La privatización del derecho público y la fuerte presencia e intromisión del orden público en el derecho privado.

Es también un dato cierto de la realidad con considerable fuerza expansiva, el hecho de que los usos y costumbres que en la contratación impone el "mercado global", manipulado por los "holdings", "consorcios", "cartels" y empresas transnacionales y por los países y los organismos financieros y comerciales vicarios (una nueva "lex mercatoria"), se endereza a sustituir a la ley por la contratación adhesiva, a los jueces por los árbitros que se rigen por esos usos y costumbres expresados en el derecho escogido por la parte dominante en la relación contractual, en los contratos predispuestos. (que incluyen el denominado "shopping legal" por la cual el predisponente elige jurisdicción arbitral y derecho aplicable).

Es por ello que "hoy se entiende de la misma forma por lex mercatoria, un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los estados"²⁰⁶. Sin los límites que impone el derecho internacional. "

El fenómeno de la globalización económica en su conjunto puede ser entendido e identificado en el plano jurídico como un vacío de derecho público internacional, idóneo para regular los grandes poderes económicos transnacionales que se sustraen así al rol normativo de los derechos públicos nacionales y se transforman en poderes desregulados y salvajes:

Un vacío de derecho público colmado inevitablemente por el derecho privado, es decir por un derecho de formación contractual, producido por las empresas mismas, que se sustituyen de esta manera a las formas tradicionales de la ley y que refleja inevitablemente la ley del mas fuerte.

En ausencia de una esfera pública mundial, el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor.

Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene antecedentes en la historia.

En el plano jurídico los hombres son incomparablemente mas iguales que en cualquier otra época, en virtud de tantas cartas y declaraciones de derechos. Pero también son incomparablemente mas desiguales en los hechos.

Los mercados globales se enderezan a eliminar los límites igualitarios de la ley escrita y a sustituirlos por sus usos y costumbres y por los

²⁰⁶ Galgano Francesco. Ob. Cit. Pag. 65.

²⁰⁷ Luigi Ferrajoli. "Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización. La Ley 6.12.05 Pag. 2.

términos de la contratación que imponen, la que les permitiría incluso escoger entre los remanentes normativos cuales son los que mejor contemplan sus intereses en el caso concreto y simultáneamente el árbitro más favorable en desmedro del juez natural.

Pero aunque todos estos hechos sean parte importante de la realidad global, la suposición de que ello permite extraer conceptos genéricos y absolutos, con rigor científico que va mas allá de la verificación empírica meramente descriptiva, tiene una connotación claramente ideológica, al igual que la aceptación de la abstracción microeconómica para validar la desestructuración normativa.

Son expresiones culturales e ideológicas y se corresponden en este estadio de la evolución social con los intereses hegemónicos que han conformado y moldeado de hecho esta realidad.

La ideología científica "global" sostiene, entre otros tópicos el carácter universal de las políticas neoliberales, la vigencia irrestricta en los negocios internacionales y en el derecho interno de los estados, de los usos y costumbres impuestos por la comunidad internacional prevalente.

La construcción de una "ciencia jurídica" excluyente a partir de la "mano visible de los mercados" y del egoísta interés individual de las personas físicas y jurídicas.

Se trata de una "ciencia" claramente ideológica enderezada a sostener el "pensamiento único" que modifica la realidad y la realimenta.

Este criterio es el que ha permitido irracionalmente sostener en la periferia, por una parte, la conveniencia de privatizar, desregular, liberalizar y mundializar la actividad de los "holdings financieros y comerciales", en el marco de una minuciosa regulación global que no es reconocida como imperativa, pese a que es impuesta por los organismos financieros y comerciales internacionales, (FMI, BM, BID, OCDE), y está enderezada a asegurar la opacidad y la información asimétrica en el mercado global y en cada uno de los mercados parciales y a escoger el derecho aplicable y al árbitro con potestad decisoria inapelable e irrevisable.

Estas exigencias que no están en el Derecho Internacional Público, ni están dotadas de coactividad jurídica, son ambiguas, ambivalentes y efectivas como los códigos mafiosos, y son impuestas a partir de la necesidad que tienen los países periféricos de no ser aislados del mercado financiero internacional, pero fundamentalmente del poder y del respaldo emergente de los principales actores del mercado financiero y comercial internacional, estructurado a partir de los estados que constituyen el G7, los grandes oligopolios bancarios, los gigantescos fondos de pensión, los fondos de cobertura, etc.

No son producto de tratados internacionales, ni de contratos bilaterales, sus fuentes son formalmente libérrimas y se sostienen de hecho, para ser impuestas a los países y mercados periféricos.

Conviven con estas nuevas formas del derecho que se apoyan en usos y costumbres impuestas sin apoyo normativo, las normas estatutarias emergentes de la Carta Constitutiva del FMI y sus sucesivas modificaciones, las cartas de intención, las "side letters", la estructura precaria de todos los

préstamos y fundamentalmente de los "stand by" que pueden ser revocados o extendidos, los acuerdos internacionales no obligatorios (Basilea I y II y los convenios para prevenir el lavado de dinero) los acuerdos bilaterales de inversión entre estados desiguales, que son obligatorios de hecho para quienes no pueden evitar la coacción no jurídica.

Son al decir de Carella²⁰⁸ "normas soft" que los países dependientes transforman en derecho interno.

"El soft law comprende resoluciones no obligatorias que reflejan un consenso en la dirección de determinadas políticas que un grupo de nacionales considera que tienen que ser respetadas."

Los "usos y costumbres" se apoyan en normas adoptadas por los estados por el mecanismo de "adhesión", habiendo sido previamente determinados por los "mercados" (es decir por los factores de poder que imponen las reglas de juego del comercio internacional), y que habitualmente están enderezadas a transformarse en ley imperativa aún en contradicción con las normas fundamentales en cada uno de esos estados vicarizados.

El estatuto del FMI le otorga a este organismo competencia de supervisión monetaria y económica.

Los "acuerdos" o "pactos celebrados por esta entidad con los países necesitados o interesados en asistencia financiera, o las cartas de intención o "side letters" que estos "voluntariamente" presentan a ese organismo multilateral, obliga a estos últimos a adoptar las políticas económicas y sociales y a sancionar las normas coactivas que internalizan las recomendaciones que formulan los técnicos de este organismo, con el definido propósito de sostener la estabilidad del sistema financiero internacional en tanto este asegure el proceso de acumulación y concentración de la riqueza.

Estas normas han determinado la imposición de la liberalización de los mercados financieros y comerciales permitiendo el libre ingreso y egreso del dinero caliente en muchos países periféricos, y simultáneamente el compromiso de esos estados para adoptar políticas concentradoras, descontextuadas de tiempo y espacio en los mercados nacionales, asegurando al mismo tiempo la estabilidad del sistema nacional con fondos públicos que afrontarán los riesgos que asumen los prestamistas transnacionales y nacionales.

La OCDE a su vez, expresa la vocación selectivamente globalizadora en los mercados comerciales internacionales, porque comprende sólo a los bienes y servicios que producen con ventaja competitiva los países centrales, y cristaliza en convenios y tratados que deben ser suscriptos por los estados que necesitan participar de los mercados globales para no quedar aislados, que recogen los intereses de los holdings transnacionales y difieren la solución de los conflictos a tribunales arbitrales, escogidos "ad hoc" para el caso, que no están obligados por los principios del derecho internacional privado, que pueden escoger la ley aplicable y cuyas resoluciones son irrevisables.

²⁰⁸ Carella Alfredo. *Jurística sociológica y normológica del gobierno del mercado financiero: El concierto legitimista*. Rev. Der. Com. Enero/febrero 2005, Nro 210. Ed. Lexis Nexis.

En este marco se desarrolla en los tiempos de la globalización, la denominada ley universal "mercatoria".

Pero esta es solamente una parte, no poco importante, de la "realidad", que esconde la caótica y contradictoria complejidad de la vida social, que exhibe una creciente virtualidad y desmaterialización económica, financiera y monetaria que es insostenible en el largo plazo, porque multiplica y concentra la riqueza mucho más allá del incremento de la productividad.

Una realidad en la que la destrucción consciente del planeta confronta al núcleo imperial con el resto del mundo, incluso con el resto de los países desarrollados, en el que la segregación y la exclusión está generando creciente violencia en los perdedores que pone en riesgo la vida y la seguridad de los ganadores.

Una desigual aceptación de las reglas de juego universales que son soslayadas e ignoradas por aquellos mismos que las imponen.

En esta realidad conviven y se oponen con desigual fortaleza, en el centro y en la periferia incluidos y excluidos, los países beneficiarios y los países perjudicados por la globalización, una multitud de culturas jurídicas en pugna, sistemas jurídicos nacionales, regionales y universales.

"Heráclito parece haber ganado la batalla y todo absolutismo podría constituir hoy, solo un elemental error de concepto"²⁰⁹

Una globalizadora, parcial y estática visión, afirma el hecho cierto, de que la "lex mercatoria" emergente de los "usos y abusos costumbristas" de los holdings transnacionales, se ha extendido en los negocios internacionales, en contradicción con los derechos nacionales y regionales y el orden público imperativo que los sostiene, pero en cada nación o estado, en muchos lugares del mundo, aún habiendo asumido muchas de las importantes creaciones e innovaciones jurídicas útiles al desarrollo de la producción que ha engendrado el derecho de la etapa hipercapitalista de la sociedad, la vida cotidiana sigue siendo regida por el sistema jurídico, que aún con las debilidades que la globalización le ha impuesto a su naturaleza soberana, cada estado resuelve hacer cumplir coactivamente en su territorio.

Cuando afirmamos la universalización de los usos y costumbres del comercio y de las finanzas transnacionales, que han sido adoptadas en buena medida como derecho interno en los países desarrollados, no podemos dejar de señalar que su vigencia es jurídicamente dispositiva y rige en defecto de ley imperativa.

En el plano global, por encima de ellos están los Convenios, Acuerdos y Tratados que conforman ley contractual para las partes y entre ellos el complejo normativo internacional que sostiene en el planeta a los derechos humanos y a los derechos económico sociales que tienen en la conciencia jurídica universal y en los pueblos, preeminencia axiológica.

El derecho globalizado no es sólo la suma de los usos y costumbres de los mercados, ni tampoco las normas "soft" que imponen los factores de poder inherentes a esos mercados, sino que además se integra en una formidable contradicción, con el universo de normas internacionales, regionales

²⁰⁹ Osvaldo R. Burgos. "Ob. Cit". Publicación Web. Pag 2.

y nacionales que afirman la vigencia ineludible y progresiva de los derechos humanos y económico sociales, sometidas en su realización en cada país para su efectiva vigencia, a la realidad económico, social, cultural, política y civil que exhibe en ese instante de su devenir esa nación.

"La visión pastoral, que se inspira en el Evangelio y la Enseñanza Social de la Iglesia, pone a la persona humana en el centro de toda actividad económica..

De lo contrario, como señala el Papa Juan Pablo II, "los pobres parecen tener bien poco que esperar" (Ecclesia de Eucharistia, 20).

"Si la globalización se rige por las meras leyes del mercado aplicadas según las conveniencias de los poderosos, lleva a consecuencias negativas" (Ecclesia in América, 20).

Las políticas de comercio tienen que ser formuladas para estimular el crecimiento pero enfocadas dentro de una propuesta de desarrollo socio económico integral como alternativa para combatir la pobreza, la exclusión y superar el hambre.

Para que ricos y pobres se beneficien realmente del comercio, deben preverse con anterioridad impactos negativos como los efectos distributivos de las políticas que van a aplicarse.

Se debe impulsar una agenda de medidas de transformación institucional y de políticas públicas, especialmente en el campo de la educación, salud pública, financiamiento, transferencia tecnológica y otros que modifiquen las actuales tendencias excluyentes y de concentración de la riqueza.

Al mismo tiempo, es necesario implementar medidas complementarias que creen oportunidades para que los empobrecidos y excluidos puedan beneficiarse del crecimiento del comercio y de la actividad económica en general y se atiendan las circunstancias específicas de las personas con discapacidades, así como el fortalecimiento de la democracia participativa.

No podemos olvidar que, si bien el mercado tiene su propia lógica y fomenta la eficiencia, no tiene su propia ética para asegurar de por sí dicho desarrollo humano integral"²¹⁰.

En el marco de este tumultuoso y fáctico derecho internacional existe un orden jerárquico axiológico que no es solamente formal, cuya vigencia real se afirma y se contrasta cotidianamente por la necesidad, ahora evidente para casi toda la humanidad e incluso para la mayoría de los pensadores y juristas no comprometidos con el pacto de vicariato, de sujetar el accionar de los "holdings", financieros, de servicios y productivos internacionales, a normas sostenidas por la comunidad internacional que aseguren la vigencia de los derechos que afirman la condición humana y el desarrollo sostenible.

Este término de la contradicción no excluye al derecho de los mercaderes, pero va a determinarlo como recurso imprescindible para sostener en la sociedad globalizada la condición humana.

²¹⁰ Declaración ecuménica sobre los tratados de libre comercio en América. Washington, 3 de noviembre de 2005. <http://www.celam.org/>

El derecho patrimonial con vocación globalizadora que se asienta en los hechos que produce el núcleo duro del capitalismo en ésta su etapa superior, que se aplica y rige como norma de facto, o cuando los convenios y tratados propiciados por la OCDE colisionan con los derechos humanos y económico sociales que conforman el orden público internacional y con las normas imperativas vigentes conforme a los convenios internacionales, regionales y nacionales, y con las normas nacionales fundamentales, deviene en hecho ilegítimo aunque sea convalidado por tribunales o árbitros que se arrogan el derecho a resolver prescindiendo de las normas imperativas acordadas por la comunidad internacional, o establecidas en el estado donde debe cumplirse su decisorio.

Los "usos y costumbres", que contravienen el orden público internacional y las normas fundamentales de los derechos nacionales, no pueden a nuestro juicio y en un tema altamente polémico, ser ejecutadas en el territorio de los estados que con un residuo de dignidad afirman la vigencia de su norma constitutiva.

Galvano y muchos otros prestigiosos autores, con criterio profundamente ideológico a nuestro juicio, (afirmación que no contiene un contenido peyorativo, porque entendemos que el derecho siempre tiene un marcado contenido ideológico), sostienen la tesis contraria y nos dicen que:

"Una vez aceptada la naturaleza internacional del contrato, y su consecuente sustracción a cualquier otro derecho estatal, valdrá la *lex mercatoria*.

Esto será así aún con hipótesis contrarias a las normas imperativas del estado"²¹¹.

Los usos y costumbres comerciales no generan derecho en contradicción con el contrato social de la comunidad internacional y mucho menos del vigente en cada estado nacional, donde el universo de conductas, actos y contratos cotidianos, siguen siendo regulados aún en estos tiempos por las fuentes tradicionales del derecho que cada sistema jurídico sigue utilizando.

Cuando la realidad impone una solución diversa, esta composición no es jurídica, es sólo de facto y de nada sirve pretender vestirla de derecho, cuando sólo es expresión de un comportamiento antijurídico impuesto por los poderes transnacionales y aceptado por un estado sometido a ellos. El triunfo del ser sobre el deber ser modifica al derecho pero no es el derecho.

El debate en este punto mucho mas complejo que el que resulta de verificar la existencia de normas globales impuestas de hecho, y de requerimientos reales del comercio internacional, insuficientemente regulado normativamente, es más evidente en la periferia del planeta, que en el corazón o en la corte del imperio.

El estado en los países que con mayor o menor dependencia habitan el denominado sur e incluso las naciones centrales han sufrido una degradación de su condición soberana, que es irreversible.

²¹¹ Galvano Franceso. Ob. Cit. Pag. 72.

Muchas de las funciones que le eran propias son asumidas hoy por los mal denominados "mercados" (en expresión que alude al poder económico global) y por el derecho que le es inherente.

En el mundo globalizado la realidad exhibe la marcha ininterrumpida del capitalismo hacia la globalización de una "lex mercatoria" que nace como "soft law" desmaterializado y se expresa en "usos y costumbres del comercio internacional" pero que se impone como "hard law", y contrasta y deberá ser armonizado con una también sostenida mundialización de los derechos humanos y económico sociales que se afirman en la sociedad universal con valor axiológico preeminente, rescatando la supervivencia de la condición humana en el caos creativo y destructor del desarrollo del hipercapitalismo financierizado.

La desmaterialización del derecho, en una brillante descripción que formula el profesor Galgano, que comenzó con la creación del papel moneda, los títulos valores abstractos y con la sociedad por acciones, se multiplicó con las múltiples formas de la desnacionalización y del control societario, con las modificaciones del derecho de propiedad que de las cosas pasó a los bienes y de estos a los intangibles.

El valor del derecho como instrumento de adjudicación de la riqueza tiene en nuestros tiempos inocultable importancia.

Hoy el valor (en sentido impropio) de los bienes corresponde en mayor medida a los intangibles que a las cosas. Las distintas formas que alteran profundamente las características del derecho de propiedad.

"La riqueza para internacionalizarse ha tenido que desmaterializarse. Si el mercado es la mano invisible que rige la vida económica, la riqueza desmaterializada representa su expresión sublime.

Esa riqueza invisible e intangible, es la riqueza elevada a puro concepto.

En la economía financiera la tecnología industrial es sustituida por la técnica contractual.

Los productos financieros se corporizan y nacen solamente en virtud del uso consciente de los conceptos jurídicos.

Antes los contratos servían sólo para hacer circular las cosas, hoy sirven también para hacerlas, para crear productos financieros.

La antigua alquimia no pudo lograr el objetivo de producir oro de la nada, esta nueva alquimia jurídica lo logra.

Los títulos atípicos circulatorios que representan una inversión en inmuebles, los productos mixtos asegurativos financieros, los "comercial papers", los derivados financieros, la marca como producto autónomo de intercambio etc.²¹²

Los pasivos se trastocan en activos y se comercializan.

En el mundo global de los incluidos, el dinero y los valores prácticamente dejaron de circular.

²¹² **Francesco Galgano.** La globalización en el espejo del derecho. Ed. Rubinzal Culzoni. . Pags. 24,25 y 26.

La moneda sólo se utiliza en las transacciones locales y representa una pequeña porción de la masa monetaria.

Los pagos se realizan a través de operaciones contables:

Las transacciones se registran electrónicamente y sólo los saldos se materializan en entregas de las cámaras compensadoras.

Esta virtualización fue substancial y formal: Mientras se simplificaba y desmaterializaba la operatoria, se complejizaban en idéntica medida las estructuras jurídicas de las entidades financieras²¹³.

En el mercado financiero que es absolutamente controlado y donde operan los "holdings" de los grupos económicos transnacionales, las sociedades fiduciarias, los paraísos fiscales y bancarios, las compañías "of shore", la interpenetración de sociedades, el instrumento de concentración horizontal y vertical implicado en la banca universal y la eliminación de las restricciones a los tipos de activos que operan, la apertura del sistema a los mercados y a los actores del mercado de capitales y de cambios, la captación compulsiva de recursos (bancarización, fondos de pensión, multiplicación del sector asegurador) etc, hicieron que se transformara en incomprensible la realidad de las transacciones y su imputación.

La opacidad, el riesgo y los escándalos son una característica fundamental de los mercados financieros globalizados que se transformaron en el eje de acumulación de los mercados internacionales.

"La creciente liberalización de los mercados internacionales y el singular desarrollo de la tecnología aplicada en la materia ha dificultado la identificación del origen de los fondos.

Las denominadas sociedades "of shore" - entendidas como aquellas que se constituyen e inscriben bajo las leyes de un país o plaza determinada con el objeto de realizar sus actividades en otro- permiten la conformación de sociedades vehículo - sin ninguna actividad comercial ni industrial, no contratan personal y consisten exclusivamente en un domicilio o buzón postal - que tienen como único propósito ocultar la identidad de las personas que efectivamente toman las decisiones y la de quienes son los reales propietarios del capital"²¹⁴. y que utilizando a sociedades pantalla o sociedades fantasma interpuestas permiten todas las formas del delito utilizando la abstracción societaria.

En la sociedad globalizada la OCDE y su GAFI condenan a este tipo de sociedades cuando facilitan el lavado de dinero pero lo hacen con normas soft que sólo son asumidas como imperativas por aquellos estados con soberanía relativamente disminuida que dependen de la relación comercial y financiera con el norte global, mientras que algunas empresas transnacionales originadas en los países centrales utilizan sociedades of shore de países outsiders para sus operaciones financieras, para el manejo de empresas comerciales o industriales despersonalizadas, para el lavado de dinero del narcotráfico, tráfico de armas y para una "optimización impositiva" que les permiten no tributar en ningún punto del planeta.

²¹³Jean de Maillard. Magistrado. En El Atlas de Le Monde Diplomatique. Ed. 2003. Pag. 34.

²¹⁴ Gené Gustavo Enrique. "Los requerimientos internacionales en la prevención del lavado de dinero". La Ley 10.6.05. pag. 1 y 2.

El daño que a la economías nacionales han infringido estas formas societarias, que ahora empiezan a ser reguladas por la Inspección de Justicia de la Capital Federal de nuestro país -no obstante el fuerte rechazo de la comunidad jurídica neoconservadora- ha sido ingente.

El derecho global, el derecho de la integración regional y el derecho nacional:

Se universalizó la "lex mercatoria" pero también se universalizaron con preeminencia axiológica los derechos humanos y los derechos económicos y sociales que los sustentan.

Se degradó el estado pero se Constitucionalizó el derecho. "Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal - que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX -, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales"²¹⁵

Los mercados globalizados²¹⁶ y los incluidos de todo el planeta se han apoderado excluyentemente, (porque así resulta de las necesidad de incrementar la riqueza y multiplicar el proceso de acumulación y concentración), de las finanzas y del comercio internacional, de los medios de comunicación y de producción, del pensamiento científico, y desde esa atalaya han socavado la soberanía de los estados periféricos desde todos los ángulos posibles estableciendo en ellos políticas económicas y sociales, normas de derecho interno y niveles de inclusión que aseguren el vicariato.

Pero este proceso ha generado contradictoriamente sus opuestos, que se afirman en una cambiante y caótica relación de fuerzas, reclamando la plena vigencia de los derechos humanos y económicos y sociales, las organizaciones supraestatales regionales que sustenten nuevas formas de soberanía, y la constitucionalización de los Derechos Nacionales y Regionales como mecanismo de afirmación de los Derechos Fundamentales y de someter a ellos a las normas degradadas en los procesos globalizadores.

El futuro del estado y del derecho se resuelve en estas contradicciones. No consiente un retorno al pasado, pero tampoco admite la eternización o la mera proyección del presente.

Este fenómeno no es estático y absoluto, y se expresa como permanente contradicción en debate en la práctica social, en la labor normativa, y en el plano del pensamiento y de la cultura, en todo el globo y en cada una de las formas del estado regional o nacional en el mundo.

Tampoco su aplicación es uniforme y universalmente aceptada.

²¹⁵ 23 de Agosto 2005. <http://www.acader.unc.edu.ar> Paolo Comanducci. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (República Argentina). Córdoba,

²¹⁶ Los actuales protagonistas de la globalización son, antes que los estados, las empresas nacionales. Que se mueven en un espacio habitado solamente por la economía, no por la política.

Galgano Francesco. Ob. Cit. Pag. 34-5.

Hay países, regiones y culturas que asumen una visión diversa de los derechos universales, otros que han atado sus derechos a formas incipientes de estados supranacionales, mientras que otras conviven con formas jurídicas nacionales substancialmente diversas.

Las propias manifestaciones normativas de la *lex mercatoria* establece límites que no tienen los intereses protegidos y los usos y costumbre de los holdings tradicionales.

Galgano²¹⁷ referencia entre otros en los principios "Unidroit", las ideas correctoras que emergen de "la dependencia económica, el abuso en el estado de necesidad, la impericia o la inexperiencia y similares. El desequilibrio entre las prestaciones que puede resultar objetivamente injustificado considerando los fines del contrato.

En las "Uniform Commercial Code" de los EEUU el principio de irracionalidad del contrato, mientras que en los derechos holandés y escandinavos referencia la ineficacia del contrato "contrario ad equitá". En el derecho Italiano el "abuso de dependencia económica, el excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones, las ventajas desproporcionadas, etc. etc".

Los sistemas jurídicos y el derecho son sometidos a presiones externas e internas, por lo que el fortalecimiento de su corazón imperativo se ha transformado en el campo de batalla de su subsistencia.

Una creciente constitucionalización del derecho y el recurso al orden público se enderezan a fortalecer axiológicamente los derechos humanos y económico sociales que permiten su vigencia.

"En el ordenamiento italiano, y en los ordenamientos de los principales países de la Europa continental (Francia, Alemania, España), también y sobre todo a partir de las deliberaciones de los respectivos Tribunales Constitucionales, se ha producido, desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva "constitucionalización" del derecho.

Se trata de un proceso al término del cual el derecho es "impregnado", "saturado" o "embebido" por la Constitución".²¹⁸

"La ciencia jurídica, hoy y en los países democráticos, es necesariamente "normativa".

Ferrajoli entiende que la "descripción" de la constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento.

Una vez interpretada la constitución como contenedora de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales contrastantes con esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales"²¹⁹

²¹⁷ Galgano Francisco. Ob. Cit. Pag. 77.

²¹⁸ Paolo Comanducci. Conferencia citada.

²¹⁹ Ferrajoli L, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Trotta, Madrid, 1999; Id., "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho" "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2001."Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", 4ª edición, Trotta, Madrid, 2000. Citado Por Paolo Comanducci en texto referenciado.

Estos tres planos, el del derecho globalizado, el de los derechos para la integración regional, y el de los de los estados nacionales conviven, interactúan y se modifican recíprocamente atendiendo a la correlación de fuerzas que impone la práctica social, pero la vida cotidiana y material de los hombres en los estados periféricos, inmersa en este torbellino sigue siendo regida por los sistemas jurídicos nacionales, que en cada caso los hombres conocen y tienen incorporado en su mundo cultural.

El maestro Galgano entiende por el contrario que la realidad presente, vista desde el mundo desarrollado sólo consiente su proyección sin contradicciones de importancia, porque afirma que "las condiciones de una competencia susceptible de correcciones política y los espacios de competencia dentro de una economía nacional, no son concebibles en la actual economía transnacional."²²⁰

Sin embargo desde el sur postergado pareciera mucho más razonable coincidir con Rivera quien descarta que "deba echarse a un rincón al derecho nacional y someterse a la dictadura del mercado" y que reclama aún para "el derecho privado patrimonial el compromiso de establecer pautas bajo las cuales se ha de relacionar la sociedad a la que pertenece el mundo globalizado" formulando propuestas específicas acerca de los temas que deberían ser regulados, porque sostiene que "regular los contratos y las obligaciones, la responsabilidad civil, la propiedad, las garantías, la insolvencia requiere de una decisión política, y su resultado ha de ser un contenido que debe reflejar el modelo de sociedad que se persigue.

No ha de minimizarse el rol del derecho privado nacional, la legislación es el medio por el que se expresa la política del estado.^{221"}

Creemos que las bases para esta legislación están Constitucionalmente establecidas, - Rivera lo denomina con finura como plexo axiológico del derecho- y que la aplicación de sus normas y de los Tratados y Convenios Internacionales elevados a la categoría de Ley Suprema, constituyen el Orden Público Económico y Social y la ley aplicable, para interpretar la sistemática vigente y colmar sus vacíos, y para resolver con eficiencia económica y social los conflictos de derecho privado patrimonial sin afectar el principio de Soberanía, los Derechos Humanos y los Derechos Económicos y Sociales, aportando e integrándonos a la comunidad global desde la visión humanista y democrática en la que reposa nuestro Contrato Social.

²²⁰ Francesco Galgano. Ob. Cit. Pag. 37.

²²¹ Julio Cesar Rivera. Ob. Cit. Pag. 7.

Capítulo 5

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Análisis Económico del Derecho:

"Para ser un hombre superior en los negocios no se trata de adquirir cualidades, sólo se trata de perder algunas".
René de Chateaubriand.

La defensa de los usos y costumbres del comercio impuestos imperativamente por el poder de los mercados, encuentra sustento en una fotografía de la realidad socio económica global, y "se funda en el consenso un tanto difuso de quienes se han sometido implícitamente a los elementos constitutivos del usus" porque "los ideales de la democracia fuertemente arraigados, deben rendirse frente a la consideración realista de que las reglas de la democracia afirmados en el interior de los estados nacionales no se pueden reproducir en el interior de la sociedad global"²²².

Y esto es parcialmente cierto porque da cuenta de sólo un extremo de la contradicción, y nos explica para tener de su origen mayor claridad, que se trata del derecho creado "unilateralmente por la clase empresarial, -se trata de- derecho tecnocrático y por ello despótico"²²³, y por ello, este punto de vista, arraigado en buena parte del mundo desarrollado, reconoce en los mercados la muy visible mano dominante de los "holdings transnacionales".

El análisis económico del derecho es por el contrario una disciplina menos afecta a entender la macro realidad y mucho mas vinculada a una visión teórico científica de los mercados que conduciría por otra vía a idénticos resultados: El sometimiento de la sociedad humana al "fetichismo" de los "mercados" en esta instancia idealizados como consecuencia del proceso de abstracción científica.

En ambos casos es fascinante la jerarquía intelectual y la coherencia lógica de ambos razonamientos que coinciden en propiciar el sometimiento ideológico científico, en un caso como consecuencia de su inevitabilidad a partir de la realidad, y en el otro por la imperatividad que resulta de su naturaleza "científica".

La universal *lex mercatoria* y el análisis económico del derecho a los que referimos en una visión apretada y sesgada, constituyen un extremo de la contradicción en la que se debate el futuro de la juridicidad y por ello son términos insoslayables para la comprensión del marco en el que deberán desarrollarse los universales derechos humanos y los derechos económicos y sociales.

Sólo desde esta perspectiva y desnudando el debate ideológico en el marco de la realidad económica y social ubicada en tiempo y lugar, es posible recuperar formidables avances que estas formas de manifestación del derecho traen aparejado, pero sin perder de vista la necesidad de desarrollar un derecho económico y social que ponga el acento en valores reconocibles, que además de afirmar la condición humana, sostengan los principios de libertad,

²²² Galgano Francesco. Ob. Cit. Pag. 215.

²²³ Galgano Francesco. Ob. Cit. Pag. 83.

igualdad y fraternidad y por ello con asiento en la Ley Fundamental se oriente al bienestar general, al desarrollo humano sostenible, y a la justicia social.

Es un reclamo desde el derecho, para que los beneficios materiales y científicos técnicos que ha producido el fenómeno globalizador, no se traduzcan en nuestro ámbito sólo en exclusión, desempleo, miseria, destrucción del aparato productivo, y todas las otras formas del deterioro de la condición humana.

No queremos ni podemos renunciar a la realidad pero si podemos desde el derecho y desde la práctica social aportar nuestro minúsculo grano de arena para comprenderla ideológicamente en su integridad caótica y dialéctica, en permanente contradicción y cambio, pretendiendo que sea socialmente mas justa.

Cualquier aproximación al análisis económico del derecho implica generalizar opiniones, categorías y conceptos que con una matriz común ofrecen muchas diferencias.

Por ello limitamos nuestras opiniones a aquellos aspectos que entendemos arbitrariamente como esenciales.

La raigambre ideológica del análisis económico del derecho, comparte su matriz con la "teoría del capital social, y la concepción neoinstitucionalista.

La recepción de estas teorías en América Latina parecen haber limado sus diferencias y convertido sus postulados en un arsenal teórico y político a favor de la filosofía liberal individualista y las críticas económicas de Milton Friedman por un lado y del Consenso de Washington por el otro²²⁴.

Los primeros pasos del Análisis Económico del derecho han estado vinculados a la Escuela de Friburgo que siguiendo a Hayek, llegó a conclusiones diferentes de aquellas que sostuviera ese autor.

"En contraste a la pasividad de Hayek, los miembros de la Escuela de Friburgo creyeron que la libertad otorgada a cárteles y monopolios en Alemania durante los treinta fue una de las principales causas del fracaso económico de la República de Weimar y del surgimiento del Nazismo²²⁵ y es en esta Escuela conformada por profesores de la Universidad de Friburgo en los años 30 que se intenta efectuar un análisis económico de la ley para regular la actividad de los monopolios y oligopolios.

Este criterio inicial sostenido por muchos cultores de esta disciplina, fue utilizado de manera muy diversa a partir de las ideas del propio Hayek²²⁶ mucho tiempo después.

²²⁴ **Mauricio García Villegas.** "No sólo de mercado vive la democracia. El fenómeno del incumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo la justicia y la democracia". Revista de Economía Institucional. Vol 6.Nro 10 1er. Semestre 2004. Pag. 100.

²²⁵ **Calixto Salomão Filho.** Teoría Legal del Conocimiento Económico. Pag. 1. Publ. Web. PDF. Pag. 4

²²⁶ Para este autor, el conocimiento económico es esencialmente práctico y personal. Cada individuo está constantemente encontrando sus mejores oportunidades y maneras de vivir en sociedad. La experiencia social es, por lo tanto, un proceso de descubrimiento. Hayek rechazaba uno de los principios Neoclásicos, de acuerdo a los cuales el principal problema económico es el de la distribución de recursos.

En la década del 60 los contenidos del Análisis Económico se enriquecen con los aportes de Ronald Coase que desarrolla desde un punto de vista económico la temática de los costos de transacción,

El universo inicial que se abre tras el tránsito originado en la ciencia económica al campo del derecho, se evidencia con posiciones en muchos casos claramente divergentes o que convergen para enriquecer la disciplina entre los puntos de vista, de Posner, Calabresi, Dworkin y muchos otros y se expresa como una controversia en permanente expansión y cambio, en la que conviven una miríada de puntos de vista en el derecho comparado y en el propio derecho nacional, que en todos los casos reconocen su fuente y su origen en la disciplina micro económica.

A la inicial vertiente positiva también denominada "predictiva" desarrollada fundamentalmente a partir de Posner en sus polémicas, se suma la denominada corriente normativa que apadrinada por Calabresi y su análisis de los costes en los accidentes en los que se pondera además el valor "justicia" se endereza a establecer las normas correctoras de las fallas en el mercado.

Sola profundiza en la diversidad de esta técnica jurídica y distingue tres corrientes:

a) La clásica escuela de Chicago. Que aplica el análisis marginal a las decisiones jurídicas. (Es decir efectúa siempre un análisis de costo beneficio).

b) La escuela neoinstitucional, que se desarrolla a partir del análisis de los costos de transacción (ilustrados por el teorema de Coase), pero que en la crítica a la escuela clásica añade el análisis de los denominados costos de agencia que ponen de relieve las dificultades emergentes de la transmisión jerárquica que impiden eficacia en el funcionamiento de empresas, la desigual relación de los contratantes, la ponderación de los poderes públicos, etc.

Y c) Finalmente la escuela de la decisión pública o del "public choice". (James Buchanan), que es la aplicación del análisis económico a las decisiones políticas, incluyendo la teoría del estado, las normas electorales y el comportamiento electoral.

En la inteligencia de esta escuela la ley es un contrato entre legisladores, administradores y grupos de interés, y la legislación supone la transferencia de recursos de individuos o empresas desorganizados hacia los grupos organizados en grupos de interés²²⁷.

El "Análisis Económico de Derecho" se ha desarrollado a partir de la microeconomía (y de la econometría) entendidas como cosmovisión aplicable a otras disciplinas transformándose en una visión predictiva del comportamiento del hombre que se ha extendido en el mundo occidental²²⁸.

⁴ "Así pues, el Análisis Económico del Derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas".

Ramírez de Aguilera E. - Pomares Hernández I - E. Rama Matías. "El Análisis Económico del Derecho una revisión selectiva de la literatura reciente". Universidad de Huelva. Public. Web.

²²⁷ Juan Vicente Sola. "Constitución y Economía". Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot.Bs.As. 2004. prólogo pags. 8,9-10-1 y pag 152.

²²⁸ "Así pues, el Análisis Económico del Derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas".

Su expansión en los últimos años, en los países centrales y fundamentalmente en los EEUU es sustento del proceso de "globalización" y de muchas de las mutaciones que en su seno están sufriendo el estado y el derecho.

Responde eficazmente a los requerimientos inmediatos y urgentes de la formación económico social predominante y a los mecanismos de acumulación post capitalista al fin del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI.

"Es propio de la posición privilegiada el que desarrolle su propia justificación política y también a menudo la doctrina económica y social que más le convenga"²²⁹.

En nuestro país tras un frontal rechazo inicial, muy prestigiosos autores se plantean la conveniencia de su asimilación como "técnica de análisis jurídico"²³⁰ o proponen la búsqueda de perspectivas "superadoras" con críticas puntuales de algunos aspectos del AED.

La justificada trascendencia que tienen esas opiniones describen con rigor y técnica científica el árbol, aislándolo del bosque y su dinámica.

Ponen de relieve con acierto su evidente conveniencia particularizada y su precisión descriptiva, sin reflexionar acerca de los efectos que produciría la adopción generalizada de esta técnica en nuestro sistema jurídico que asienta la seguridad jurídica en el principio de legalidad y en los valores constitucionales.

La sustitución de la axiología jurídica y de las instituciones y principios esenciales de nuestra juridicidad no pueden ser reemplazados por la axiología de la microeconomía, sin perjuicio de su aplicación en los asuntos exclusivamente patrimoniales y en los que no hubiera en juego ningún derecho humano, económico, social o cultural y en cuestiones ajenas a normas de orden público.

La aprehensión de los fenómenos económicos y específicamente del mercado, y la utilización de la econometría y de la lógica matemática, al igual que los puntos de vista de la economía política y de la política económica, y la comprensión de la realidad social, en el derecho son imperativos, pero el camino visto desde la genética jurídica nacional y nuestra realidad socio económica, transita necesariamente por un eje diverso a aquel que propone el análisis económico del derecho.

La alternativa superadora que plantea Lorenzetti requiere de una afirmación axiológica fundacional que no impida distinguir lo substancial de lo instrumental.

Ramirez de Aguilera E. - Pomares Hernandez I - E. Rama Matías. "El Análisis Economico del Derecho una revisión selectiva de la literatura reciente". Universidad de Huelva. Public. Web.

²³¹ John Kenneth Galbraith. "Una sociedad mejor". Edit. Crítica1996. Barcelona.. Pag.17

²³⁰ "El propósito de este ensayo es presentar algunos aspectos esenciales del AED, mostrar el grado de incompreensión teórica al que ha sido sometido en nuestras tierras y señalar lo que en nuestra perspectiva debiera ser su superación".

Lorenzetti Ricardo Luis. Analisis Económico del Derecho. Valoración Crítica. Derecho Económico. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Edit. Rubinzal Culzoni. (pag. 61).

Los valores debemos buscarlos en nuestra legislación y en nuestra realidad socio económica.

La decisión es en definitiva "ideológica", porque "ideológicas" son las proposiciones "científicas" del análisis económico del derecho.

Nadie duda, de que las disciplinas del derecho, de la economía y de la sociología están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de los institutos jurídicos.

La eficacia implícita en nuestro sistema legal es social. El bien común y el bienestar general si suman eficacia económica pueden ser mejor realizados, pero cuando es menester elegir entre el bien común y la maximización de la riqueza la solución obliga a privilegiar la solución que asegure bienestar general.

Nuestros tribunales no han receptada en términos generales la ideología del análisis económico del derecho, y no pueden substraerse de decir el derecho a partir de la norma sin excluir el análisis de la realidad económica y social que requiere de la economía política, de la sociología, y de las valoraciones relevantes para el caso.

En ese contexto e instrumentalmente pueden ser utilizadas las técnicas de la economía microeconómica o de la econometría en aquellas materias en las que estas puedan ayudar a desentrañar uno o varios aspectos específicos de la realidad.

Conceptos genéricos del Análisis Económico del Derecho.

Sustitución de los valores jurídicos por los valores microeconómicos

El planteo básico del análisis económico del derecho reposa en la idea de sustituir o añadir los valores, las técnicas y los procedimientos jurídicos, por valores, técnicas y procedimientos microeconómicos.

"La macroeconomía estudia la economía en su conjunto, la producción de bienes y servicios, las variaciones en el nivel medio de precios, el producto bruto y otros conceptos de dimensión macrosocial. La microeconomía estudia la conducta de los agentes económicos y de mercados; su centro de atención son los precios las cantidades producidas de bienes y servicios específicos y la manera en que los mercados determinan conjuntamente la distribución de los recursos escasos entre los millones de usos posibles"²³¹.

Con el criterio inicialmente expuesto discrepa Julio Cesar Rivera²³² quien cáusticamente le atribuye al punto de vista que descarta la aplicabilidad en nuestro sistema jurídico de los elementos esenciales del AED la jerarquía científica de "un lugar común", aunque en doctrina esté expresado por muchos otros autores no menos prestigiosos²³³, porque entiende que el AED es la vía

²³¹ Lorenzetti, Ricardo Luis. "Las normas fundamentales del derecho privado" Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1995. Pags. 342/3.

²³² Julio César Rivera. "Economía e Interpretación Jurídica". En la XV Reunión Conjunta de las Academias de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. Publicación Web pag. 1.

²³³ Nissen, Ricardo en uno de los editoriales de la Revista de las Sociedades y Concursos; Mosset Iturraspe, Jorge, en su conferencia en las Jornadas sobre la Emergencia Económica, Santa Fe,

excluyente de ingreso para la ponderación de la economía en el derecho y que consecuentemente se limita a "incorporar al análisis jurídico la noción de eficiencia en la asignación de recursos" y atribuye a esta disciplina rasgos en lo que no coinciden el resto de los autores.

Con citas de Polinsky, Schäfer y Ott reclama la preeminencia del valor justicia y atribuye este criterio, a nuestro juicio sesgadamente al AED, y llega incluso a aceptar que "en todos los casos, los criterios de determinación de la elección entre dos situaciones sociales están limitados por los derechos fundamentales de los individuos"²³⁴

"Posner marca claramente la diferencia entre el antiguo y el nuevo AED. Entiende que el antiguo fue casi sinónimo de la ley "antitrust", régimen tributario, utilidad pública y regulación de transportes, mientras que el nuevo aplica las teorías económicas y métodos empíricos de los economistas al sistema legal".²³⁵

"La teoría económica comienza a ser utilizada para explicar conductas y prácticas no necesariamente económicas.

Desde esta perspectiva el pensamiento económico prácticamente se traduce a una virtual técnica de análisis, una teoría general aplicable a cualquier aspecto de la actividad del hombre.

Lo que caracteriza a la economía no es tanto su campo de estudio como el método de análisis aplicable al comportamiento humano y a las instituciones sociales, políticas y económicas, a través de las cuales los individuos se relacionan entre sí.

Comienza a ser una virtual teoría general del comportamiento del hombre".²³⁶

Nos dice María Josefina Tavano que "es una relectura del derecho desde la economía",²³⁷ y pretende "analizar y reformar la totalidad del sistema jurídico mediante la aplicación de un número relativamente pequeño de conceptos económicos fundamentales".

Germán Coloma señala que "El análisis económico del derecho utiliza principios, técnicas y procedimientos propios de la economía en el estudio de cuestiones vinculadas con el sistema jurídico.

2002; Morello - Stiglitz, Rubén, Entre la ejecución forzada y el mercado. Mediación e interpretación del denominado teorema de Coase, LL 8.5.03, entre muchos otros.

²³⁴ Rivera Julio Cesar. Trabajo citado pag. 9.

²³⁵ Tavano María Josefina "Que es el análisis económico del Derecho?" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho y Economía. 21. Ed. Rubinzal Culzoni. 30.9.99, Pag.13, "Ya en la época de Bentham la teoría del Derecho comenzó a acusar los efectos del utilitarismo, mientras que la economía no influyó realmente en la teoría del Derecho (salvo en algunos campos tales como las leyes anti-monopólicas en que la norma jurídica era expresamente económica) hasta la década de 1960".

Posner Richard. Ob. Cit. "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho". Estudios Públicos. 1998.Ed. Electrónica. Pag. 3.

²³⁶ Guestrin Segio. Ob.Cit.. Pags. 379/80

²³⁷ Tavano María Josefina Ob. Cit. Pag.15, Con cita de Minda Gary. Los movimientos del derecho y la Economía y de los estudios jurídicos críticos en el Derecho Norteamericano. En Derecho y Economía. M.E y H. Madrid 1991, pags. 121, 122.

Es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía²³⁸.

Esta técnica instrumental, que pretende en la inteligencia de la mayoría de sus autores redefinir la función del derecho, ha incluido y desarrollado diversas corrientes, tributarias de distintas escuelas económicas y jurídicas, que proporcionan variados contenidos.

El rechazo a estos criterios esta gráficamente ejemplificado por el profesor Alterini cuando afirma con precisión que "El nacimiento de un ternero representa un incremento del producto bruto global, pero el nacimiento de un niño supone un descenso del producto per capita"²³⁹.

Los fracasos inocultables de las políticas económicas neoliberales en la gran mayoría de los países periféricos, generaron en un número importante de economistas "neoliberales", y de juristas interesados en el "análisis económico del derecho", la convicción de que es necesario prestarle atención a los problemas sociales y sociológicos y que la acción del estado es imprescindible para asegurar el funcionamiento transparente de los mercados, en criterio que es severamente criticado a su vez por otros autores que se aferran a una visión del derecho como "un orden que se forma espontáneamente a partir de las relaciones individuales en procura del propio provecho"²⁴⁰ que no debe ser interferido ni por el estado, ni por el derecho que sólo debe estar enderezado a protegerlo.

La sustitución de la lógica ética del derecho por la lógica económica, aún con otros contenidos, es insuficiente para fincar el desarrollo de la ciencia y de la praxis del derecho en nuestro mundo socio económico de Latinoamérica.

Hoy nos encontramos ante un desafío como es el de rescatar los valores del estado de derecho, (los valores sociales) los que hacen a la dignidad humana y a los derechos esenciales, no ya del individuo aislado, el que no es considerado así ni siquiera por el liberalismo moderno sino los de un hombre concreto, que vive situado en una realidad determinada, en una comunidad también concreta, que es el mundo considerado en su totalidad "globalizada".²⁴¹

Se trata de elaborar una explicación de la acción social humana donde quepan además las creencias, los valores y la ideología.

Una versión científica compatible con la realidad sensible.

Axiología jurídica y Axiología microeconómica.

Esta aptitud de la microeconomía para explicar y predecir los comportamientos humanos se desprende de la "creencia" en la "eficiencia" como valor axiológico madre de todos los valores y en "la aptitud de los

²³⁸ German Coloma. (Universidad del CEMA). Texto completo en www.cema.edu.ar. Pag. 1.
Alejando Atilio Taraborrelli y Eduardo Omar Magri. Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto. Pag. 4.

²³⁹ Alterini Atilio. Cultura y Derecho Privado. La Ley 12.4.96.

²⁴⁰ Ricardo Manuel Rojas. Ob. Cit. Pag. 24.

²⁴¹ Pérez Hualde, Alejandro LexisNexis Jurisprudencia Argentina El modelo económico de la Constitución argentina y la "reforma del Estado" 2003 Doctrina JA 2003-II-880

mercados para generar una eficiente asignación de los recursos aunque nadie persiga explícitamente el bienestar general de la sociedad y cada persona actúe en función exclusiva de su propio beneficio, y en la afirmación de que el comportamiento de los agentes económicos es racional y previsible"²⁴².

"Se supone que los seres humanos, por lo general al elegir los bienes y servicios que más valoran lo hacen racionalmente. Que actúan coherente y racionalmente comparando sus costos y sus beneficios, intentando maximizar su utilidad.

Esta constituye una de las hipótesis más importantes en el ámbito de la economía y permite establecer predicciones sobre los efectos de las medidas de gobierno, de política económica y sobre el establecimiento, modificación o derogación de normas jurídicas. (Se trata de aplicar a la conducta humana las nociones de comportamiento racional y de maximización de utilidades).²⁴³.

"Un primer planteo que se presenta en la concepción del análisis económico del derecho es el aparente conflicto entre eficiencia y equidad, pudiéndose presumir que en la concepción citada el mismo se dirime en favor de la eficiencia con indiferencia respecto de la "inequidad" que sus soluciones puedan importar"²⁴⁴.

Al respecto, y siguiendo con Cunto a Michell Polinsky, cuando se trata de conceptualizar la idea de eficiencia desde el punto de vista microeconómico, este autor alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta - los beneficios - entre seres humanos en un lugar y un tiempo determinados.

Creemos necesario señalar estos conceptos que son el punto de partida del análisis económico del derecho, porque entendemos que sin perjuicio de la utilidad instrumental o del aporte que para la superación del derecho pueda suponer esta omnisciente técnica, es condición previa y rigurosa observar aquello que entendemos como su esencia.

Los valores con los que se ha construido el derecho nacional, su interpretación y reforma en nuestro sistema codificado continental son producto de la herencia axiológica genética de la sociedad expresada fundamentalmente en las normas vigentes, en la conciencia social y en los valores dikelógicos que de ambos planos relacionados resultan, y se integran inmersas en la relación de fuerzas de la formación económico - social con los proyectos y mitos racionalmente posibles.

El derecho que se apoya en el poder coercitivo que lo impone, reclama además de consenso.

Ese acuerdo social que transforma al poder en derecho requiere de bases e institutos jurídicos que se conforman socialmente a través del tiempo y respondiendo a una realidad dinámica que expresa además del grado

²⁴² **Horacio Spector**. Introducción. "Elementos de Análisis Económico del Derecho. Edit. Rubinzal Culzoni. 2004.pag. 14.

²⁴³ **Guestrin Sergio**. Ob.Cit.. Ed. Abaco Ed. 2004. fs. 80/1/2.

²⁴⁴ **Aldo Cunto**. "El análisis económico del Derecho y algunas de sus aplicaciones en el campo de la responsabilidad civil en el derecho privado argentino" Publ.Web.-

Cita de **A. Mitchell Polinsky**: "Introducción al Análisis Económico del Derecho", Ed. Ariel, Derecho.

de avance de su cultura y la correlación de fuerzas entre los sectores sociales en pugna por la apropiación de la renta.

El AED que afirma contar con un fundamento científico no explícita una axiología (maguer los esfuerzos hechos por Posner para confrontar con el utilitarismo de Bentham como única alternativa ética a la ética microeconómica²⁴⁵), pero de hecho se asienta en los valores de la "eficiencia" y en la creencia de un "orden espontáneo" excluido de los parámetros de espacio y tiempo.

"El A.E.D nos pone frente al análisis de la eficiencia.

La preocupación del derecho ha sido la justicia, la de la economía la eficiencia sin tener en cuenta la justicia.

Los economistas no pueden darnos una respuesta a lo que debe ser, sino simplemente pueden explicarnos lo que es".²⁴⁶

En la realidad sólo nos dicen lo que el cientista económico que tomamos como referencia cree con su punto de vista ideológico que es.

"A esta altura de los tiempos, en cuanto a "ciencias sociales", es conocido que la economía, cuya finalidad se ubica en la búsqueda del equilibrio entre las necesidades de la persona y sus posibilidades o expectativas de lograrlas, es una disciplina inexacta que se mueve, por caso, entre los extremos de una "economía política" (atendiendo preferentemente a lo social) vs. un economicismo que se contrapone a ella, negándola totalmente"²⁴⁷.

La sustitución de lo justo por lo económicamente eficiente, nos parece con relación al derecho, un tema realmente preocupante, sin perjuicio de que este último concepto sea relevante para la ciencia económica.

"La eficiencia de un sistema económico tiene que ponderar además del costo económico, el costo social, el costo político el costo axiológico"²⁴⁸

"El sistema de precios de bienes y servicios no puede desatender las necesidades básicas insatisfechas, cuya cobertura tiene que lograrse por cuantos mecanismos propios o ajenos al mercado sean conducentes.

En la realidad de la actividad económica país por país, momento por momento, circunstancia por circunstancia, época por época, la situacionalidad histórica de esa misma realidad y de sus factores hace imposible que un único modelo teórico sirva de receta inmutable y permanente."²⁴⁹

El derecho de propiedad y la libertad contractual están en la base y en la cúspide del AED, sin embargo Amartya Sen que escribe mirando a la realidad de la India confronta axiológicamente al derecho de propiedad con el elemental derecho humano, económico y social que tienen los pueblos a no tener hambre y nos dice que:

²⁴⁵ **Richard Posner.** "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho". Estudios Públicos. 1998. Ed. Electrónica.

²⁴⁶ **Tavano María Josefa.** Ob. Cit. Pag. 57..

²⁴⁷ **Bonfanti, Mario.** "Ponderación objetiva de la realidad económica según la Corte. Equivocado enfoque sobre lo que es la economía". Jurisprudencia anotada. SJA 17/11/2004 JA 2004-IV-78

²⁴⁸ **Bidart Campos German.** El Orden Socio Económico. Ob. Cit. Pag. 203. Con citas de Mijail Mendoza Escalante. Comunicación al IV Congreso de Derecho Constitucional en Ica, Perú. - Lidia M.R Garrido Cordobera "Sirve al legislador la teoría económica de la eficiencia" en el libro colectivo "Responsabilidad por daños en el tercer milenio". Ed. Abeledo Perrot. 1997.

²⁴⁹ **Bidart Campos Germán.** "El Orden Socio Económico..." Ob. Cit. Pag. 77.

"Aun si aceptamos que los derechos de propiedad pueden tener un valor intrínseco, eso no equivale en manera alguna a una evaluación global de esos derechos, puesto que los derechos de propiedad pueden tener consecuencias que a su vez requieren una evaluación.

Ciertamente, tanto las causas del hambre como su prevención pueden depender materialmente de cómo están estructurados los derechos de propiedad.

Si un conjunto de derechos de propiedad condujese a la inanición, por dar un ejemplo verosímil, entonces la aprobación moral de esos derechos podría quedar severamente comprometida.

En general, la necesidad de análisis de las consecuencias de los derechos de propiedad es ineludible, sea que se considere a tales derechos como intrínsecamente valiosos o no²⁵⁰, y ello pone en evidencia que el análisis económico y social del derecho arriba a conclusiones diversas a aquellas que la aplicación excluyente de la microeconomía propondría.

El trastocamiento axiológico que la microeconomía propone como instrumento substancial de creación e interpretación del derecho ha concitado rechazos en el derecho continental, y específicamente en nuestro país:

Mercado, libre competencia, ley de la oferta y la demanda, competencia, etc. se alojan en el área de la iniciativa privada, pero desde el poder se irradia la heterodirección razonable que reclama al derecho un ejercicio acorde con el orden público de la Constitución.

El orden económico constitucional es también orden público y frente a él no se inmuniza derecho alguno.

Liberar a las fuerzas de los particulares y de la sociedad al juego total de las relaciones económicas sin presencia del estado es un canibalismo.²⁵¹

El derecho reposa en el concepto de lo dialéctico y social, temas que son extraños a la lógica económica de los mercados. El derecho y también la economía están inmersos, son consecuentes e interactúan en la sociedad real y se nutren de sus ideologías y contradicciones.

"El orden del mercado descrea de principios vagos como son la equidad, buena fe, justo precio, equilibrio negocial, abuso, lesión e imprevisión, justicia social y otros a los que considera propios de una economía tribal; de un mundo primitivo y paternalista.

Descrea asimismo de la protección de los débiles, de la tutela de los desamparados, de la protección de inexpertos, desinformados o ligeros, como del provecho que pueda seguirse de distinguir entre necesitados y satisfechos²⁵².

Cooter rechaza la validez de los criterios axiológicos y afirma que las instituciones sociales deben perseguir un solo propósito, que es el de

²⁵⁰ **Amartya Sen.** "Propiedad y hambre". Publicación Web.

²⁵¹ **Bidart Campos German.** Ob. Cit. Pag. 119/121.

²⁵² **Jorge Mosset Iturraspe.** Derecho y Economía. Ed. Rubinzal Culzoni

maximizar sin desperdicio la satisfacción de las preferencias individuales. Tal empresa es posible recurriendo al principio de "eficiencia Pareto".²⁵³

La relación eficiencia / equidad que se resuelve en el A.E.D a favor de la eficiencia genera un insalvable conflicto axiológico.

Si privilegiamos la eficiencia por sobre la equidad (solución microeconómica), se decidirán acciones que pueden eventualmente aumentar la suma total de beneficios aunque ello acreciente la diferencia numérica entre lo distribuido a los individuos - los que reciben más beneficios los verán aumentados y los que reciben menos los verán disminuidos, - en caso contrario (solución jurídica) - se preferirá no aumentar e incluso reducir la suma total de beneficios en pos de lograr un reparto más equitativo.

Los partidarios innovadores del análisis económico del derecho, entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir, del sector público del derecho, porque de esa manera se logra ese objetivo en forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente, esto es aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios.

Las políticas neoliberales modificando las pautas fiscales del denominado "estado del bienestar", sosteniendo políticas tributarias regresivas enderezadas a reducir los costos en la acumulación y la producción, y transfiriendo de esta manera las cargas a los consumidores o a quienes carecen de recursos para soslayar, - con arreglo a los resquicios legales - la tributación, sólo acentúan la inequidad en la política distributiva que generan los mercados en la realidad del hiper capitalismo oligopólico.

Las empresas transnacionales trasladando sus domicilios a estados "cuasi virtuales" que las liberan de las cargas impositivas, hacen que toda esta reflexión acerca de la función de redistribución excluyentemente fiscal sea una nueva falacia del modelo.

Cuando sobrevienen las crisis financieras o cambiarias globales o locales y los procesos inflacionarios, deflacionarios, los costos para preservar la eficiencia se cargan íntegramente a la sociedad civil, que en la economía globalizada expulsa a sectores enteros de la sociedad o los transforma en sujetos dependientes de la asistencia social.

Quienes se aferran a un orden espontáneo como razón suficiente para descartar toda intervención externa, omiten que la realidad económica se ha desentendido de los presupuestos teóricos de la economía neoliberal clásica, exhibiendo la sustancia ideológica de estas pretendidas visiones científicas ideales, porque el estado, las organizaciones supraestatales y los grupos económicos transnacionales ejercen poder real que restringe de manera superlativa la posibilidad de elección del hombre en la sociedad globalizada.

Función del derecho en el Análisis Económico del Derecho.

253 Gaceta de Economía Año 5, Núm. 9. Comentarios a los fundamentos filosóficos del Análisis Económico del Derecho de Robert Cooter. **Rodolfo Vázquez ***

Es función esencial del derecho, en la A.E.D la de promover la eliminación de las trabas que incrementan los costos de transacción²⁵⁴ e impiden la transparencia y eficiencia del mercado.

Este criterio que pone de relieve una de las funciones del derecho, es elevado a categoría excluyente en esta disciplina despojándolo de aquellas mas caras a nuestro sistema jurídico.

Por ello señala Coase que "Lo que se intercambia en el mercado no son, como suelen suponer los economistas, entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones; y los derechos de los individuos son establecidos por el sistema legal".²⁵⁵

"El costo de la ley es todo aquello que dejo de hacer (trabajo, vida familiar, relaciones sociales, estudio, deporte, etc.) a fin de satisfacer las exigencias impuestas por una determinada regulación.

Si le exigen a los ciudadanos mucho tiempo o mucha información para cumplir con una ley, esta ley no se cumple, ni se obedece. Sólo se cumplen las leyes cuyos beneficios sean mayores que sus costos. Es una decisión carente de objetivo ético".

"El comportamiento del delincuente se asimila, entonces, al de cualquier individuo racional que ante una elección cualquiera evalúa los diferentes costos y beneficios posibles y previsibles de su actuación y obra en consecuencia con los mismos. En la medida en que los beneficios de su acción superen los costos, el delito será cometido".

En esta concepción "subjetivamente sólo cada persona es capaz de discriminar exactamente el punto en el cual ambos colisionan. Lo que sí es claro es que la gente tiende por naturaleza a hacer lo más barato y evitar lo más caro." ²⁵⁶

²⁵⁴ Los costos de transacción son los costos asociados con la captura, las transferencias y la protección de los derechos:

El teorema de Coase (PNobel 1991) desarrollado por Stigler (PNobel 1981) y refutado por el propio Coase pone en el centro del AED a los costos de transacción que limitan la vigencia del mercado.

El teorema debe superar los inconvenientes derivados de los costos de transacción, en particular la información imperfecta, el comportamiento estratégico y los efectos del ingreso, gusto y preferencia.

El teorema de Coase - Stigler que tiene muchas versiones posteriores afirma que con costos de transacción cero los costos sociales y los costos privados son iguales. Por ello descarta la intervención del estado cuando los costos de transacción son cero. Con costos de transacción reducidos, las partes por medio de negociación resolverán sus problemas de una manera eficiente sin importancia del derecho aplicable.

Pueden imaginarse dos marcos diversos para analizar el funcionamiento del teorema:

Marco de competencia perfecta y agentes económicos competitivos. Ello supone un contexto de información plena y ausencia de comportamientos estratégicos o Marco de la teoría de los juegos, que incluye a un reducido número de partes y existen los potenciales comportamientos estratégicos de las partes.

Si el juego es cooperativo la eficiencia está asegurada. Si el juego es no cooperativo es menester indagar diversas hipótesis. El juego implica que cada parte intenta preservar información propia a través del silencio o de la mentira y utilizar recursos para proteger información propia y obtener la ajena. Esto implica costos y retrasos que no optimizan el resultado.

Juan V. Solá. "Constitución y Economía". Ob. Cit. Pags. 129 a 138 y 143 a 146.

²⁵⁵ **Coase, Ronald H.** "La Empresa, el mercado y la ley". Alianza Economía. Madrid. 1994. Pág. 213.

²⁵⁶ **Enrique Ghersi** "Economía de la Corrupción". Publicación Web. Versión PDF. Pags. 7 y 17. <http://www.hacer.org/pdf/ghersi3.pdf>

Si aceptáramos por hipótesis, que los límites de la ética y de la moral, son los de la conveniencia individual, podemos admitir que esta disciplina explica muchos comportamientos en la sociedad hipercapitalista, pero soslaya otros sentimientos inevitables, pulsiones, los marcos sociales y los aspectos culturales que influyen en el comportamiento humano.

Para esta concepción, en los mercados se resume la vida social, y en el egoísmo individualista se produce la síntesis de la conducta social, por lo que no sólo el derecho, sino que tampoco la sociología, la psicología, la filosofía, ni ninguna otra ciencia social tienen nada que aportar, son irrelevantes.

El A.E.D clásico "trata de diseñar el sistema jurídico orientándolo hacia el objetivo económico de eficiencia".²⁵⁷ y sostiene que los mercados perfectamente competitivos generan naturalmente, una eficiente asignación de recursos a partir de los comportamientos individuales enderezados a maximizar su propio beneficio, o la riqueza en la acepción de Posner.

Toma en su acepción clásica, de la microeconomía los conceptos de "coste de oportunidad", "coste marginal, y utilidad marginal", y la afirmación básica de que las conductas de los productores y los consumidores tratando de maximizar la riqueza o sus beneficios y/o su utilidad conducen a una situación de equilibrio general.

Para cumplir con los objetivos primordiales que esta disciplina le impone al Derecho, éste tiene que velar por el intercambio confiable y ético en el uso de bienes y factores productivos; por lo que debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este, muestra "fallos" o externalidades enmendar los que no pueden ser internalizados en el mercado.

El Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del Derecho.

Es más, en esta concepción, cuando se producen fallos o externalidades negativas estas no son producto del mercado sino que ponen de manifiesto una insuficiencia o falla jurídica.

"Así, las posibles coaliciones que pueden formar las empresas participantes en un mercado competitivo con el fin de adquirir un cierto poder de fijación sobre los precios, constituye un ejemplo de este tipo de conductas, que son fuente de fallos de mercado que constituyen una de las líneas de aplicación más fructíferas de los analistas económicos del derecho, ya que se entiende que estas conductas son fruto de las propias instituciones jurídicas"²⁵⁸

Congruentemente el AED ortodoxo rechaza toda intervención legal con fundamento en el orden público, o en la política económica y social, en tanto interfiera en el mercado²⁵⁹.

²⁵⁷ **Guestrin Sergio**. Fundamentos para un nuevo Análisis Económico del Derecho. Ed. Abaco Ed. 2004. (Pag. 417).

²⁵⁸ **Ramírez de Aguilera Emilio y Otros**. "Análisis Económico del Derecho. Una revisión selectiva de la literatura reciente". Universidad de Huelva. Publicación Web. Pag. 3

²⁵⁹ Un buen ejemplo lo constituyen las opiniones de Hayek que advirtió, contra la perversión del lenguaje y denunció la existencia de lo que él llamaba palabras - comadreja. Inspirado en un viejo mito nórdico que le atribuye a la comadreja la capacidad de succionar el contenido de un huevo sin

Cuando el A.E.D clásico se plantea la intervención del estado, le asigna el excluyente propósito de preservar el mercado.

Pero si se dejara exclusivamente a la iniciativa privada la provisión de los bienes públicos, estos serían ofrecidos en una cantidad muy inferior a la socialmente eficiente.

Como la producción de esos bienes tiene un coste, pero no puede excluirse a nadie de su uso aunque no hayan pagado por ellos, la iniciativa privada no podría percibir los ingresos necesarios para compensar la producción.

La intervención del Estado, bien encargándose directamente de la producción, bien subvencionando a empresas privadas, es la solución que puede garantizar el suministro suficiente de bienes públicos.

"El Derecho jurisprudencial tiene por objeto fomentar las transacciones de mercado y, en situaciones en que el costo de las transacciones de mercado es muy elevado, simular el mercado estableciendo sanciones legales que den lugar a la asignación de los recursos a que habrían dado lugar las transacciones en un mercado libre, de haber sido ellas posibles²⁶⁰.

El orden jurídico se conforma con "normas de convivencia establecidas espontáneamente en la sociedad no impuestas por ninguna autoridad humana".²⁶¹

Igual situación se produce respecto de los bienes comunes.

El hombre razonable encuentra que su parte de los costos de los desperdicios que descarga en los recursos comunes es mucho menor que el costo de purificar sus desperdicios antes de deshacerse de ellos.

Ya que esto es cierto para todos, estamos atrapados en un sistema de "ensuciar nuestro propio nido", y así seguirá mientras actuemos únicamente como libres empresarios, independientes y racionales.

El análisis económico del derecho permite adoptar la solución que habría escogido el mercado si no hubiesen existido fallas. Básicamente se trata de asegurar la constitución y funcionamiento del mercado.²⁶²

La abstracción "científica" divorciada de la realidad.

La "ciencia" microeconómica que sustenta al A.E.D, desarrollada a partir de múltiples aportes para optimizar y consolidar el proceso de acumulación primitiva de plus valor real y virtual y que posibilitó la multiplicación de la producción de bienes y servicios en el mundo gobernado por el globalismo, a la que muchos autores definen en la actualidad como "ciencia económica", prescinde del análisis macroeconómico y adopta apriorísticamente

quebrar su cáscara, Sostuvo que existían palabras capaces de succionar a otras por completo su significado.

Este autor denunció entre otras a la palabra social. Así explicó que esta palabra agregada a otra la convertía en su contrario. Por ejemplo, la justicia social no es justicia; la democracia social, no es democracia; el constitucionalismo social, no es constitucionalismo; el estado social de derecho, no es estado de derecho, etc.

²⁶⁰ Richard Posner. Ob. Cit. Pag. 5.

²⁶¹ Ricardo M. Rojas. Ob. Cit. Pag.59.

²⁶² Guestrin Sergio. Ob.Cit. Pag 353

un modelo asentado en la aptitud de los mercados para asignar eficientemente los recursos, que no responde a la realidad económica empírica.

El análisis económico utiliza un modelo, el mercado como método de asignación de recursos.

Este concepto no es utilizado en su función real, sino como un modelo teórico hipotético.

"El modelo es abstracto, por lo que se aplica con independencia de las condiciones económico sociales en que deba operar, que constituyen por sí mismas un tema ajeno.

Y sin embargo éstas son relevantes a la hora de definir las premisas modélicas".²⁶³

Albert Einstein nos enseña que "a fin de que el pensamiento no degenera en trivial palabrerío, basta que tengamos suficientes proposiciones del sistema conceptual firmemente conectadas a experiencias sensoriales...

Todo esto es válido tanto para el pensamiento de la vida diaria como para el pensamiento de las ciencias elaboradas de la manera más consciente y sistemática".²⁶⁴

Incluso en estudios donde la específica realidad sociológica está presente, como en el brillante análisis económico del derecho, que efectúa el profesor Enrique Ghersi,²⁶⁵ que contiene importantes aportes para comprender las contradicciones del mundo jurídico en la realidad latinoamericana al proporcionar una interesante conceptualización de lo que denomina el "costo de la legalidad", se privilegia el fraccionamiento de esa realidad a partir de una axiología que pone al mercado, a los comportamientos individuales, a la reducción de costos y a la maximización de beneficios como premisa básica que determinará las conclusiones finales.

Prima en definitiva un pragmatismo que aplica el modelo a algunos fenómenos y prescindere de él en otros:

El criterio modélico es utilizado arbitrariamente para aplicar el criterio de la mano invisible de Adams, el óptimo de Pareto y el criterio compensador de Hicks Kaldor, o el Teorema de Coase, sin confrontarlos con la realidad, (análisis normativo) pero el criterio es empírico y casuista cuando se utiliza para evaluar las consecuencias de los programas públicos. (análisis positivo).

Es la distancia que va desde el Análisis del Derecho Clásico hasta el "public choise" en definitiva la que permite presumir que cuando el mercado es ineficiente es menester determinar si el estado (que atiende a la mas eficiente asignación de los recursos). es mas ineficiente que el mercado.

Los mercados.

²⁶³ **Lorenzetti Ricardo Luis.** "Análisis Económico del Derecho. Valoración Crítica". Derecho Económico. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Edit. Rubinzal Culzoni.

²⁶⁴ **Albert Einstein.** Ob. Cit. Pag. 39.

²⁶⁵ Estudios Públicos - "El Costo de la Legalidad". **Enrique Ghersi.** Abogado. Profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Lima (Perú) 1982.

"En las ciencias económicas se describe como mercado a esa institución social donde se encuentran la oferta y la demanda y se forma el precio.

El concepto de mercado no se restringe a un lugar real de intercambio, sino que mercado describe todas las relaciones de intercambio independientemente del espacio y del tiempo.

Un mercado es por lo tanto una estructura virtual que se describe con determinadas relaciones.

Los mercados son, junto con el comportamiento de los productores y los consumidores, tema de análisis de la microeconomía.

La concepción económica neoliberal es la teoría del funcionamiento de un mercado ideal y no refiere a mercados económicos reales existentes.

Esto sugiere que la microeconomía entiende al mercado como de existencia natural y no como instituciones producidas socialmente²⁶⁶. "El orden espontáneo y natural en el cual un sistema de precios permite orientar inversiones, nivelar oferta y demanda, sin la intervención de autoridad alguna; es un orden al que Adam Smith simbolizó como el establecido por una mano invisible".²⁶⁷

Pero este concepto es irreal, y ya otros economistas clásicos (Stuart Mill y David Ricardo), diferenciaron las leyes de la producción, de las leyes de la distribución, justificando la intervención del legislador para producir una distribución de bienes más equitativa²⁶⁸.

La suposición de un comportamiento racional y previsible de los hombres que conduce a la eficacia de los mercados tiene muchísimos reparos:

Sectores enteros de la sociedad en el tercer mundo carecen de acceso al mercado, por lo que la libertad de contratación es en ellos una ficción.

Quien ni siquiera puede cubrir necesidades primarias es siempre demandante sujeto a coacción.

Quien vende fuerza de trabajo en países con índice de desempleo del 15% o el 25% de la población, no puede aceptar o rechazar el salario que se le ofrece.

La libertad económica es un producto suntuario para la mayoría de la población mundial, y aún en los sectores privilegiados de la sociedad humana la influencia de los medios es devastadora.

El comportamiento racional no es habitual ni normal en la sociedad influida por los medios sino justamente lo contrario. Los consumidores suelen adquirir productos más caros inducidos por la publicidad. Algunos exteriorizan expectativas que les hacen comprar mas productos a medida que suben los precios, por temor a que suban aún más. Otros adquieren artículos inútiles que nunca aprovecharán, pero de cuyas bondades están convencidos.

La inclinación individual en la actividad económica, a reducir los costos y maximizar los beneficios explica muchísimos comportamientos

²⁶⁶ Guestrin Sergio. Ob. Cit. Pag. 173.

²⁶⁷ Ricardo Rojas. Ob. Cit. Pag. 23.

²⁶⁸ Ricardo Rojas. Ob. Cit. Pag. 23..

sociales. Que esos comportamientos confluyen en un mercado donde la oferta y la demanda inciden en los precios es una realidad empírica irrefutable, pero su sacralización como explicación de todos los comportamientos oculta la complejidad dialéctica, la historia y la dinámica de la realidad social.

En acertada visión Ghersi apunta a que los mercados negros, la informalidad laboral y social responden a la necesidad que tienen los sectores postergados de eludir los "costos de la legalidad" sustituyéndolos por costumbres "contra legem"²⁶⁹ pero omite señalar que ello consolida la segregación y aparta cada vez mas a esos sectores de los beneficios de la sociedad civil, dejándolos solos con los perjuicios a costas.

Cuando el mundo se pregunta que hacer con los excluidos de Oriente y Occidente, del Norte y del Sur, si se soslaya la visión ética, conforme lo hace la escuela microeconómica los hombres quedan expuestos a la horripilante perspectiva de su eliminación social, del confinamiento y del aislamiento progresivo.

La realidad requiere de la otra mirada: Es necesario preguntarse como se incorpora a ese mundo que integra la mayoría de los hombres, a quienes conforman la economía oscura, integrada no sólo por menesterosos o Pymes, sino también por los grandes conglomerados que operan "of shore" en paraísos fiscales y legales conformados para oscurecer el producto de la acumulación post capitalista.

El mercado negro (legalizado o ilegalizado) al margen de la actividad regulatoria o fiscal de los estados nacionales absorbe de hecho una porción cada vez mayor de la actividad económica en el globo.

Por el lado de los oferentes de productos y demandantes de trabajo tampoco el comportamiento es tan racional:

Los grandes conglomerados económicos se han desprendido gradualmente del principio de maximización de los beneficios empresarios para pasar a responder a mecanismos de acumulación de sus "management" a expensas del proyecto empresario.

La corrupción en el hiper capitalismo es también un rasgo de esta época.

Los administradores o gestores de las empresas en la realidad, que "están exentos del control o la coerción de los accionistas, en buena medida maximizan los ingresos en su propio beneficios. Se asignan de hecho sus propios salarios, imponen sus propias opciones a adoptar, crean sus propios paracaídas o blindajes de oro. Tales ingresos no tienen nada que ver con ninguna forma aceptable de función social o económica"

Parte del empeño que los directivos de las sociedades anónimas pusieron en otros tiempos en explotar a trabajadores y consumidores se vuelca

²⁶⁹ Ghersi Enrique. Ob. Cit. Pag. 83 y 84.

"El estudio de la informalidad ofrece el contexto preciso para examinar cómo el costo de la legalidad conduce a su ineficiencia por discriminar a la mayoría de la población y favorecer el rentismo, lo que a la postre provoca su falta de vigencia social. Sin embargo, permite descubrir también que en estos casos los individuos que se dedican a actividades informales han sido capaces de reemplazar las leyes que no funcionan por un conjunto de reglas alternativas - la normatividad extralegal a fin de abaratar sus propios costos de transacción"

actualmente (además) en ganar, sostener o avanzar en su posición personal dentro de las empresas muy concretamente en su propia remuneración²⁷⁰

La economía de mercado proporciona mecanismos que definen la distribución de la renta.

No obstante que no asegura que sea equitativa o inequitativa²⁷¹.

El AED en su versión clásica percibe esta realidad pero asume en función de una supuesta eficiencia económica, costos sociales de los que se desentiende y que en el rigor de la globalización pesan sobre los sectores excluidos de tres continentes y en los propios parias del mundo desarrollado.

Así el propio Posner afirma: La implacable insistencia de los economistas en la libertad contractual, en casos en que hay fraude, externalidades, incapacidad, monopolio y otras fuentes de falla del mercado y su indiferencia (en cuanto economistas) ante los valores igualitarios.

Desde el punto de vista de la maximización de la riqueza, si A, tal vez para proporcionarle dinero a su familia (pero la razón carece de importancia) se vende como esclavo a B, o si C pide dinero en préstamo a D con una cláusula penal que establece que en caso de incumplimiento D puede quebrarle las rodillas a C, no hay razones económicas para negarse a hacer cumplir cualquiera de los dos contratos, salvo que haya algún elemento de engaño o de fuerza²⁷².

El análisis económico del derecho clásico justifica con un marco teórico y eleva a la categoría de paradigma al arquetipo que Schakespeare describiera en el Mercader de Venecia, sosteniendo que este comportamiento modélico resume a la ciencia económica y explica los comportamientos humanos en el mercado.

El neoinstitucionalismo económico²⁷³ que se hace cargo del irracional acto de fe que implica la afirmación de un modelo teórico incongruente con la realidad empírica, rechaza el postulado del actor racional, y asume la crítica a la concepción liberal de un mercado eficaz y autosuficiente y propone recurrir a las "instituciones" formales (leyes, constituciones, reglamentos, etc) o informales (filtros culturales e ideológicos con cuya ayuda interpretamos los hechos y las normas formales) para reducir los costos de transacción.

Las instituciones reducen las incertidumbres propias de la acción humana.

Ellas proporcionan la estructura del intercambio que junto con la tecnología determinan el costo de transacción y el costo de la transformación, y de esta manera se explica la situación de los países subdesarrollados y dependientes afirmando que quienes no lograron encontrar la forma institucional para avanzar hacia la modernidad quedaron atrapados en el atraso".

En una formidable descripción de la situación de estos países indica North que "no sólo los costos de transacción son elevados, sino que la inseguridad de los derechos de transacción induce a usar tecnologías que requieren poco capital fijo y que no entrañan acuerdo de largo plazo.

²⁷⁰ John Kenneth Galbraith "Una sociedad mejor". Edit. Crítica. Barcelona. Pag. 81 y 32.

²⁷¹ Guestrin Sergio. Ob. Cit. (Pag 162).

²⁷² Richard Posner. Ob. Cit. Pag. 20 a 24.

²⁷³ Douglas North. Referenciado por Mauricio García Villegas en Ob. Cit. Pag. 109.

La incertidumbre prevalece porque no existen autoridades independientes que hagan cumplir el contenido de los contratos y las ganancias provenientes del engaño y del fraude exceden a los de la conducta cooperadora" y explica el diverso comportamiento de países con similares instituciones recurriendo al concepto de capital social que es diverso en las distintas naciones", en una atinada descripción de las consecuencias que se produce en las economías desquiciadas por su inmersión en los mercados globales despojadas de los ideales de igualdad, libertad y fraternidad.

El comportamiento exclusivamente egoísta que es inherente a los mercados globales, es consecuente en los mercados locales o regionales de la inserción de su población en el pensamiento único que lo determina y luego lo explica.

La cuestión se resuelve cuando estos autores advierten la inexistencia de una mano invisible en imputar a la víctima la responsabilidad, que en su medida también tiene, por haber sido socialmente victimizada.

De esta manera este autor desde el mundo desarrollado e incluido, se desembara de las inconsecuencias del AED clásico y formula un preciso diagnóstico, pero el tratamiento que propone reduce la problemática a la conformación de una "justicia que reduzca esos costos", retornando de esta manera a la deificación del mercado y substrayendo los fenómenos sociales de su genética y realidad socio económica y de cualesquier valoración axiológica confesable.

"El neoinstitucionalismo sostiene que la búsqueda racional de los individuos de sus intereses está limitada:

Por los derechos de propiedad, (que son privilegios concedidos a los individuos sobre bienes específicos).

Por la contratación que sirve para establecer, asignar o modificar los derechos de propiedad, en un nivel macro para fijar el marco legal básico que establece la estructura social o económica.

Por los costos de transacción. (Los costos de transacción limitan los derechos de propiedad).

Y por la racionalidad limitada del ser humano. (En la realidad todos los tomadores de decisiones, empresarios, consumidores o políticos están sujetos a la información limitada y al conocimiento limitado)"²⁷⁴.

La realidad.

El replanteo que implica partir de premisas teóricas no confrontadas con la realidad empírica supone la necesidad de asumir, "a priori afirmaciones de fe", porque toda la construcción que permitiría la eficiente asignación de recursos y con ello el bienestar general (en la opinión de las corrientes del AED interesadas en este aspecto), que sustituyen a cualesquier valoración axiológica, encuentra razón de ser y fundamento en el estudio de supuestos mercados perfectamente competitivos con aptitud para asignar "per se" eficazmente los recursos escasos.

²⁷⁴ Juan V. Solá "Constitución y Economía". Ob. Cit. Pags. 119 a 122.

Esta racional y abstracta manera de construir el derecho desde la micro economía requiere para su afirmación ser contrastada con la realidad:

En el análisis económico del derecho se parte de determinados supuestos cuya validez se acepta como algo ya dado.

En la denominada sociedad de "economía de mercado" globalizada, que en realidad es esencialmente la economía de los mercados, los organismos económicos internacionales y los estados prisioneros de los oligopolios y monopolios transnacionales, regionales y nacionales, la búsqueda de la "eficiencia" reposa en la "maximización de las ganancias"²⁷⁵ y esta "eficiente" reproducción ampliada y concentrada de la acumulación primitiva ha generado en los países pobres, miseria, desempleo, marginación, destrucción de las estructuras productivas, y un ensanchamiento de la brecha tecnológica, económica y social con los países exportadores de esta concepción científica teñida de ideología.

La afirmación de que el sistema económico en el mundo globalizado y en todos los países reposa en la economía de mercados perfectamente competitivos o susceptibles de ser eficientes por aplicación de la ley contrasta claramente con la realidad.

Por una parte existe consenso entre economistas (a salvo opiniones recalcitrantes) que por lo menos dos suposiciones de este modelo, la homogeneidad de productos e información completa de agentes de mercado, no existen y no pueden ser realizados.²⁷⁶

La economía está dominada por oligopolios globales que determinan las variables macroeconómicas, que conforman los precios relativos en los mercados mundiales, e inciden decisivamente en los mercados regionales y locales.

La acción tergiversadora de las reglas del mercado se completan con la actividad de las empresas transnacionales, los estados centrales y los organismos financieros y comerciales multinacionales en los mercados regionales y locales.

En esta etapa la economía internacional ha profundizado en políticas e institutos jurídicos enderezados a robustecer el monopolio y el oligopolio con aptitud para controlar los mercados.

Este abstracto esquema cerrado plantea que en la economía de mercado, el oligopolio y el desempleo son fallas del mercado susceptibles de ser corregidas, o sostiene teorías que se desentienden lisa y llanamente de esa realidad aferrados a razonamientos abstractos.

Por ello es necesario puntualizar que los mercados oligopólicos y el desempleo constituyen la esencia del mecanismo de acumulación y desarrollo económico de la sociedad globalizada y no un mero rasgo fallido de ésta.

²⁷⁵ En un clásico del pensamiento neoliberal "El camino de la servidumbre" Von Hayek define "es la sumisión del hombre a las fuerzas impersonales del mercado la que, en el pasado, hizo posible el desarrollo de una civilización que sin ello no habría podido desarrollarse; es mediante esta sumisión como participamos cotidianamente en la construcción de algo más grande de lo que todos nosotros podemos comprender plenamente" (Von Hayek, 1984).

²⁷⁶ Calixto Salomão Filho. Ob. Cit. Pag. 7.

No se trata de errores, ni de excesos en el marco de la economía de mercado.

La oligopolización fundamentalmente financiera y la virtualización de la economía son el rasgo dominante de esta etapa del desarrollo de la economía capitalista.

"El oligopolio caracteriza la forma más frecuente de los mercados globalizados.

El mercado es dominado por unos pocos grandes oferentes. Los oligopolios ocupan, a través de su poder, una posición entre monopólica y empresarial en los mercados supuestamente perfectos.

Se asocian de hecho o formalmente y tienen las mismas posibilidades de formar los precios y de maximizar la ganancia que los monopolios.

El oligopolio, el cártel o el holding determinan qué se produce y dejan la soberanía del consumidor restringida a una elección de lo menos malo.

El mercado de medios de comunicación (absolutamente relevante por su influencia en los mercados globales) es sólo un ejemplo trascendente. Pocos oferentes dominan casi la totalidad del mercado, de esto se trata el así llamado mercado oligopólico.

Unos pocos empresarios son las que ejercen el poder estructural.

En la mayoría de los otros mercados son formadoras de precios algunas pocas grandes empresas asimismo decisivas, la tendencia a la oligopolización es general.

El orden económico es controlado a través de grupos y grandes empresas, porque los mercados globalizados siempre y no sólo en casos excepcionales, son caracterizados por relaciones asimétricas de poder²⁷⁷.

El criterio modélico no distingue distintos tipos de mercados, contempla un mercado universal único, mientras que en cada economía los productos transables tienen diversa elasticidad frente a la oferta y a la demanda que los productos no transables, las variables emergentes del régimen monetario y cambiario que inciden substancialmente en la asignación de los recursos son soslayados en su consideración.

Por otra parte y en una cuestión que no es menor, el modelo de la economía de mercado, proporciona idéntico tratamiento teórico a la oferta y demanda de bienes y servicios y a la oferta y demanda de los factores de la producción entre ellos a la oferta y a la demanda de trabajo dependiente, aunque el desempleo y la miseria en varios continentes, sean también un rasgo del mundo globalizado.

Esta visión reniega de la realidad, se desentiende de las consecuencias de su aplicación, e iguala con idéntico rasero a todas las sociedades, en todos los tiempos y en todas las latitudes.

Se pretende igualmente válida para organizar la vida y la economía de un primitivo pueblo africano, de una subdesarrollada sociedad sudamericana,

²⁷⁷ Gherzi Carlos A. "Aproximaciones al estudio del análisis económico del derecho y su distinción con el derecho económico". J.A. 1996.II.834.

que para regir los valores de las comunidades que se benefician en el epicentro del imperio.

El "neoliberalismo" se desprendió de la economía política y de la política económica²⁷⁸.

Los temas de la macroeconomía: La teoría del valor, la renta, el trabajo, el desempleo, el crecimiento económico, las crisis, causas y efectos del fenómeno económico y las leyes que se observan de la verificación del contexto histórico geográfico, son materias extrañas a su ámbito de estudio.

Su ámbito de análisis es micro económico²⁷⁹ y se expanden sus conclusiones mas allá del ámbito de lo económico.

La "economía" se transformó en abstracción pura que eliminó la consideración del espacio y del tiempo. En el "análisis económico del derecho neoliberal" la visión de la realidad es estática y no admite contradicciones, se sustenta en presupuestos apriorísticos incontrovertibles.

La economía neoliberal que aspira a ser científica, niega valor a la realidad que es (dialéctica) dinámica, cambiante y diversa en el espacio y el tiempo.

Esta teoría asocial y ahistorica en sus raíces tiene, hoy más que nunca, los medios de comprobarse a sí misma y de hacerse a sí misma empíricamente verificable.

El neoliberalismo tiende como un todo a favorecer la separación de la economía de las realidades sociales y por tanto a la construcción, en la realidad, de un sistema económico que se conforma a su descripción en teoría pura, que es una suerte de máquina lógica que se presenta como una cadena de restricciones que regulan a los agentes económicos²⁸⁰.

La delimitación y la crítica al Análisis Económico del Derecho no implican a nuestro juicio su descalificación, aunque la formulemos con dureza dialéctica.

Se trata de una metodología que incorpora importantes técnicas microeconómicas que aplicadas y subordinadas al marco de un sistema jurídico preexistente y preeminente, ordenado a partir de una normativa y de una axiología constitucional (que debe servir a los requerimientos específicos de una sociedad periférica afectada por la aplicación de políticas democráticamente aplicadas, propuestas por los gestores del proceso de acumulación del hipercapitalismo en los tiempos de la globalización), pueden ser útiles para la predicción de consecuencias microeconómicas en relaciones patrimoniales singulares, o para prever los efectos que en el mercado pueden producir determinadas normas jurídicas desde un punto de vista exclusivamente microeconómico.

²⁷⁸ **Jorge Mosset Iturraspe**. Derecho y Economía. Ed. Rubinzal Culzoni.

²⁷⁹ El análisis económico del derecho es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía. La microeconomía se ocupa de la conducta de los agentes económicos individuales (consumidores, empresas, etc.)

Germán Coloma ob. Cit.

²⁸⁰ **Pierre Bourdieu** "La esencia del neoliberalismo" Biblioteca Digital Analítica. Com. Venezuela.

CAPÍTULO 6

DERECHO ECONÓMICO - ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y DERECHO ECONÓMICO Y SOCIAL

6. Analisis Económico del Derecho y Derecho Económico.

"Si tenemos que actuar no será para lanzar un misil de dos millones de dólares a una tienda vacía de diez dólares y darle a un camello en el culo. Será algo mas decisivo"

George W. Busch. 19.9.01. "El libro bobo de Bush". Ed. Laetoli. Ed. 2005. pag. 14.

La irrupción del mundo real en el derecho es inevitable.

El análisis económico del derecho y la concepción clásica del derecho económico constituyen fenomenales avances en esta transformación que viene sufriendo el derecho y que se agudiza con la problemática que suscita y exige el motor que tracciona a la ciencia jurídica: La realidad.

No encontramos sin embargo en estas concepciones, maguer sus pretensiones totalizadoras la aptitud para aprehender la complejidad de los tiempos de la "globalización hipercapitalista" y mucho menos utilidad, para producir las transformaciones que la gran mayoría de los hombres y de las naciones excluidos y postergados, requieren.

Las cosmovisiones que pertenecen al ámbito de la subjetividad del jurista o que se objetivan en otras ramas del conocimiento, no forman parte del derecho. Son instrumentos para insertarlo en la vida real, pero no pueden substituirlo.

El análisis económico del derecho es a nuestro juicio y por las razones adelantadas en el capítulo precedente, una técnica, adjetiva y útil en el tiempo y el espacio que ayuda para comprender y para predecir las consecuencias económicas en el ámbito de las relaciones individuales excluyentemente patrimoniales, reguladas por normas dispositivas y en las que no están en juego derechos humanos, económicos sociales o individuales indisponibles.

"El derecho privado es como el Hotel Hyatt: Está abierto a todos, pero sólo algunos entran en él, los que pueden pagar la habitación.

Existe un umbral de entrada al derecho privado que importa la exclusión de grandes grupos de personas: No todos llegan a ser propietarios contratantes, trabajadores o actores en un proceso"²⁸¹.

Los microeconomistas "no nos dicen cómo la Sociedad puede ser manejada, ellos no nos dicen si la distribución de ingreso y riqueza es justa, pero serán capaces de decirnos algo acerca de los costos de alterar un estado de cosas y acerca de las consecuencias de las diversas políticas".

Lorenzetti sostiene la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación del AED y afirma que sólo es relevante en el ámbito del "derecho privado" que "se relaciona con el análisis microeconómico y con la conducta de cuya interacción surge un orden caótico, antes que con la planificación centralizada"²⁸² y rescata en esos límites y con esa valoración la

²⁸¹ Lorenzetti Ricardo Luis. Las Normas Fundamentales de Derecho Privado. Rubinzal Culzoni. 1995. Pag. 57.

²⁸² Lorenzetti Ricardo Luis. "Análisis económico del derecho": valoración, crítica. http://www.ricardolorenzetti.com.ar/secciones/analisis_economico1.htm

instrumentalidad de esta disciplina y los aportes que efectúa para la comprensión y la predicción de la realidad microeconómica.

En tal sentido puntualiza ese autor el valor de las elaboraciones teóricas en torno a la ley microeconómica que explican la "inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda y viceversa"²⁸³; "la ley de la utilidad marginal decreciente"; la suposición de que "los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su más alto valor si el intercambio voluntario es permitido"²⁸⁴; y las teorías "de la elección", de "los juegos en los contratos"²⁸⁵, de "la empresa"²⁸⁶, y de "la agencia"²⁸⁷.

Por su parte el derecho económico en su concepción clásica constituye un embrión rudimentario engendrado por una realidad que fracasó en la sociedad del denominado "socialismo real" en su intento por impulsar el desarrollo de la humanidad sobre bases más justas y sostener el crecimiento de las fuerzas productivas simultáneamente.

A.E.D y Derecho Económico expresan simultáneamente y a su tiempo los requerimientos de cosmovisiones que constituyeron el eje ideológico de importantes avances en la técnica jurídica, pero que en esta instancia resultan insuficientes para afrontar excluyentemente, las necesidades que la realidad impone en países con mercados sometidos a las imposiciones y a las consecuencias de la actividad de la comunidad hipercapitalista transnacional.

En una simplificación que contrasta con el variado tratamiento que han dado los autores a la materia, (quienes vienen discutiendo sin ponerse de acuerdo acerca de su autonomía, definición objeto y contenido), distinguimos en el derecho económico, esa versión que asienta su contenido en la planificación económica imperativa, de la que actualmente engloba en esta disciplina a todas las manifestaciones del derecho patrimonial, poniendo el acento en el derecho empresario, y entendemos que en ambos casos estas visiones privan a la disciplina de su utilidad esencial e instrumental para sostener la realización del bienestar general y el desarrollo humano, económico y social.

²⁸³ Conforme esta ley y según lo puntualiza para explicarla Lorenzetti "si aumenta la punición disminuirán los delitos; el aumento de las indemnizaciones previene los daños; el incremento de los costos disminuye la actividad económica" y en este razonamiento observamos su costado útil, en tanto no sea este el mecanismo para establecer la legislación penal o la política económica.

²⁸⁴ Siguiendo los estudios de Ronald Coase.

²⁸⁵ Que intenta superar las limitaciones que implica el análisis excluyentemente individualista, y establece patrones modélicos a partir del análisis de los comportamientos multilaterales. El paradigma se establece a partir de "El dilema del prisionero": "Dos individuos que han sido detenidos, acusados de un robo y a los que la policía coloca en celdas separadas. Aunque la autoridad sabe que los dos han robado, no tiene evidencia, y quiere que confiesen. Entonces hace una proposición en forma individual en el sentido de que si uno de ellos confiesa y el otro permanece en silencio, el que confesó saldrá libre y el otro tendrá diez años de cárcel.- Si ambos confiesan, cada uno recibirá seis años.- Ambos detenidos tienen entonces que optar y debe asumirse que lo harán según el principio de utilidad.

²⁸⁶ Que conduce a la comprensión de los funcionamientos específicos en la organización empresarial, y los criterios para la jerarquización de funciones, o para la internalización o tercerización de actividades.

²⁸⁷ Y con ella las relaciones costo - beneficio de la delegación mediante contrato de agencia, de mandato, o laboral.

Encontramos que el contenido del derecho económico en esta etapa del desarrollo de la sociedad está enlazado ineluctablemente a la realización de los derechos humanos, y a los requerimientos sociales, por lo que asumimos una disciplina de lo económico y social que está determinada por el orden público económico y social y se endereza a sistematizar la efectiva aplicación de las normas imperativas e inderogables sostenidas por el sistema normativo a partir de la jerarquización constitucional, con criterios de progresividad y razonabilidad sustentados en las exigencias de la realidad económica y social.

"El hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario atender a su contenido económico, pero también con los elementos sociológicos ya que es imprescindible tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos, a partir del criterio que se centra en el hombre, pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

Nadie duda en esta instancia del desarrollo de la ciencia jurídica de que la economía y la sociología son dos disciplinas que están íntimamente ligadas a la evolución de los institutos jurídicos y contrastan a la norma con la realidad.

El hombre vive en sociedad y se relaciona económicamente para satisfacer sus necesidades, y es en este ámbito donde opera el derecho fijando normas coactivas.

Pero lo específicamente jurídico se integra además con el elemento valorativo atinente a lo justo".²⁸⁸

Así como el análisis económico del derecho coadyuva a la comprensión del mundo de los mercados, para la aplicación de las normas legales o convencionales dispositivas, el derecho económico y social sustenta la intervención imperativa e ineluctable de la ley que se impone al estado y también a los particulares y a sus convenciones.

Derecho Económico.

El derecho económico estudia y jerarquiza el orden público económico, interactuando y poniendo de relieve la realidad económica en procura de satisfacer los intereses sociales y contribuir al bienestar general.

Se endereza y tiende a establecer un orden de repartos legítimo, económicamente más eficiente y socialmente más justo.

Por ello su definición, objeto y contenido ha variado en el tiempo y difiere en el espacio geográfico.

Nuestra visión del derecho económico está inexorablemente ligada a las necesidades que plantea una sociedad en términos generales y relativos empobrecida, sometida, y excluida de los beneficios que los adelantos

²⁸⁸ Lidia María Rosa Garrido Cordobera. "Sirve al legislador la teoría de la eficiencia". - Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Bueres, Alberto J. (dir.) en Homenaje a Atilio Alterini. Lexis Nexis Abeledo Perrot. 1997.

científicos técnicos globales trajeron aparejada para la producción de bienes y servicios.

A diferencia del análisis económico del derecho, el derecho económico, pone el acento en la política económica y en las visiones macro - económicas.

No pretende sustituir la estructura genética del derecho ni su axiología.²⁸⁹.

También se distingue de la pretensión universalizadora de la "lex mercatoria" impuesta a partir de la constitucionalización de facto de las normas de la OCDE.

El AED, la imposición de hecho de las normas de la economía globalizada, y el derecho económico realizan importantes aportes a la lógica del pensamiento jurídico y son insoslayables al tiempo de pensar en una prospectiva del estado y del derecho, pero estas corrientes diversas reposan en opuestos extremos axiológico -ideológicos.

Las primeras se sustentan en el valor de la eficiencia microeconómica y en una fotografía del pasado reciente y del presente, mientras que el derecho económico pone el acento en la ideología y la dialéctica del interés social, en el bienestar general.

El derecho económico se origina en los cambios socio económicos que implicaron a comienzos del siglo pasado la "República de Weimar", y la "Revolución Soviética".

Ello determinó que en sus inicios fuera definido a partir de la intervención del estado en la planificación económica.

Criterio estrecho que lo limita a una política económica, que no obstante haber exhibido formidables resultados iniciales, se reveló a la postre impotente para definir a una formación económico social sustentable que fuera socialmente mas justa.

Su desarrollo en el occidente capitalista propone para la materia, contenidos diversos, porque entonces será entendido como "el derecho de la organización y del desarrollo económico"²⁹⁰, ya sea que estos dependan del estado, de la iniciativa privada o del concierto de uno y otra.²⁹¹ e incluye a quienes apartándose de la primigenia vinculación con la economía centralmente planificada aluden a la relación de la economía con el mercado²⁹² o a una economía mixta.

289 "Todos los autores están contestes en la intrusión de la economía en el derecho". **Héctor Cuadra**. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 5.

²⁹⁰ **Farjat Gerard**, "Nuevas tecnologías y derecho económico", *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre de 1989, pp. 519-541.

Julio H.G. Olivera, entiende por *Derecho Económico* "El sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regulan las actividades del mercado, de las empresas y otros sujetos económicos, para realizar metas y objetivos de la vida económica."

²⁹¹ **Claude Champaud**. " Contribución a la definición del derecho económico". 1967. Pag. 215. ." Citado por Héctor Cuadra. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 7

²⁹² "El derecho económico, esta enderezado a limitar el funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación" **Julio Olivera**. "Derecho Económico. Conceptos y problemas fundamentales". Bs.As. 1969. Pag. 21 y sgts.

"El derecho económico se encuentra atrapado por una doble instrumentalidad: organiza por un lado las instituciones y las normas que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado,

Consecuentemente en la actualidad su contenido deviene impreciso y amplio, y abarca todos los aspectos normativos de la actividad macro y entonces sus autores hablan del "derecho de la economía organizada"²⁹³ o el que tiene como misión regir la vida económica, o del derecho "del interés económico general"²⁹⁴

No faltan tampoco los puntos de vista que sostienen una visión excluyentemente micro económica para el derecho económico²⁹⁵.

Todas estas corrientes a nuestro juicio conducen a una polémica interesante pero estéril. Porque de cara a la crudeza y a las urgencias de la sociedad globalizada carece de trascendencia sostener su autonomía, o debatir su sujeción a uno u otro modelo económico en un debate que la realidad ya ha superado.

Creemos siguiendo a Hedemann²⁹⁶ que el "derecho económico es un nuevo enfoque o método - realista, económico - para la consideración de las disciplinas existentes"²⁹⁷, que nos permite además de modificar sustancialmente la metodología científica jurídica, sistematizar las normas jurídicas que regulan la actividad, y las relaciones económicas y sociales abriendo las puertas a la formulación de un renovado "orden público jurídico, y económico" que debe ser extraído fundamentalmente de las normas vigentes, expuestas a la realidad socio económica y a la valoración dialéctica.

Constituye un importante aporte al mundo jurídico el temprano intento que en las primeras décadas del siglo pasado, hace el derecho económico al introducir la realidad en el estudio del derecho, exponiendo así la insuficiencia de los criterios excluyentemente exegéticos incuestionables en ese momento y sólidamente arraigados aún hoy en los países con derecho romanista - codificado.

Pero es con posterioridad que abandonando estrecheces ideológicas la materia adquiere vida afrontando las contradicciones que la realidad económica y social le imponen al derecho, afirmando en ellas su complejo y dinámico desarrollo.

El Derecho Económico es una manifestación del derecho: Es el Derecho originado y considerado en sus consecuencias económicas y sociales.

poniéndolas a disposición de éste, y se convierte por otro lado en un instrumento del Estado, que lo precisa para ejercer su influencia en los procesos de transformación".

Gerscovich Carlos G. Ob. Cit.

Judith Marisol Ledezma Chirino "Apuntes de Derecho Económico II". Publicación Web.

293 **Hans Goldsmith.** " El Derecho Económico" Revista La Ley Tomo 61, 15.11.52, pag. 754. Citado por Héctor Cuadra. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 2.

294 **Savy. R.** " Derecho Público Económico.". Paris. 1972. Pag. 11. ." Citado por Héctor Cuadra. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 9.

295 Derecho de la empresa" Kirally. " El derecho económico. Ciencia independiente dentro de la Ciencia Jurídica." Citado por Héctor Cuadra. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 2.

296 **Justus Wilhelm Hedemann.** "La evolución del derecho Económico". Revista de Derecho Privado. Vol 35. Numero 415. Año 1951.

297 **Justus Wilhelm Hedemann.** Alemania 1939. Citado por Héctor Cuadra. Reflexiones sobre el Derecho Económico. Edición Web. Pag. 2.

Es un instrumento para el logro de justicia social sin desmedro de la eficacia económica. Estudia los puntos de encuentro de las instituciones y relaciones económicas con la realidad social a la que afecta o modifica.

La Economía y el Derecho se enderezan, el primero a describir, y el segundo a ordenar, las elecciones y los repartos inherentes al hombre como ser social produciendo, distribuyendo y consumiendo bienes y servicios, procurando en conjunto la obtención en su interacción de los mecanismos mas justos y eficientes.

Es diversa la perspectiva que se ofrece para el derecho en el corazón de la revolución digital, espacial, multimedial y neoempresarial²⁹⁸.

La porción de la sociedad humana incluida, que acumula riquezas y que recibe los beneficios de estas transformaciones, que no ve ningún perjuicio inmediato en la dinámica del deterioro del derecho y de los estados nacionales periféricos, y para quienes el desarrollo de un poder coactivo universal del que se sienten partícipes, tiene una perspectiva en la que existen menos contradicciones que aquellas que esta idea suscita en la humanidad excluida que sigue viviendo en realidades nacionales, en el marco de los derechos nacionales que regulan aún con todas sus evidentes impotencias la vida cotidiana de sus habitantes.

Es difícil apreciar el beneficio que conllevan para un desocupado o un ciudadano de un país subdesarrolladas las medidas que aseguren velocidad y la seguridad en el comercio internacional, casi tanto como entender el porque de la indiferencia de muchos economistas y juristas cuando se trata de asegurar la efectiva vigencia y preeminencia de aquellos derechos fundamentales que aseguran mucho mas que el derecho de propiedad y la libertad política y contractual.

Por ello y en virtud de las contradicciones que resultan de la afirmación de la condición humana y de la genética cultural que dio lugar a la diversidad nacional, y a la constitución de los estados para asegurar una paz social con bienestar general, en la vida real el derecho sigue siendo el que cada país ha construido en su historia socio económica y jurídica, pero muchos hechos determinantes de la vida cotidiana han sido abstraídos de la esfera del poder de esos estados, para ser asumidos por la fuerza coactiva del derecho de los mercados universalizados.

Es congruente que los primeros avisoren un futuro desprovisto de orden público, de normas coactivas fundadas en el interés general, y por el contrario confíen en que la economía y los mercados se impongan e impongan el derecho.

Pero es en los países periféricos y en el desarrollo de las contradicciones que que se generan en los propios países centrales, que configuran mayoritariamente la población mundial donde reside la fuerza de la práctica social que construye derechos humanos, económicos y sociales universales, que sostienen el orden público socio económico de las naciones, y

²⁹⁸ Galgano Francesco "La globalización en el espejo del derecho". Ed. Rubinzal Culzoni. Editores. Santa Fe 2005. Pags.20 y sgts.

la construcción cooperativa de un derecho de integración regional con aptitud para transformar la realidad.

Ideología y Derecho Económico.

"Se ha afirmado que uno de los signos más característicos del Constitucionalismo contemporáneo es, sin duda, el de la constitucionalización de los principios reguladores de la economía".²⁹⁹ Analizar el derecho económico desde la realidad en Latinoamérica implica pensar en un orden público económico y social para el desarrollo económico, para el bienestar general, fundado en la justicia social, y esto supone un punto de vista ideológico, porque como lo sostiene Kelsen el derecho "no cumple una función científico - jurídica, sino una función jurídica - política".³⁰⁰

La abstracta neutralidad no es una categoría del derecho. La dama de la justicia en una mano sostiene una espada, y en la otra tiene una venda que no usa, su juicio reposa en valores que determinan un orden de repartos y esos valores responden invariablemente a "intereses".

Thering, explica que el derecho expresa un "interés reconocido por el legislador". Los derechos "se transforman en la medida que cambian los intereses de la vida. Intereses y derechos son de esta suerte históricamente paralelos"³⁰¹.

Pero además el derecho debe expresar necesidades y expectativas sociales en un fenómeno dialéctico en el que recoge la realidad para impulsar la condición humana. Cuando el derecho es y sólo conserva intereses su función esencial de "deber ser" deviene incumplida.

Nestor Sagues señala que las normas y los valores en los que se asientan y con los cuales se los interpreta "tienen distinta cotización según las diferentes ideologías.

Por ejemplo según se prefiera el valor libertad o el valor bienestar general podrá reputarse constitucional o inconstitucional una ley"³⁰².

Nino a su vez, ratificando este concepto hoy asumido por la doctrina, pone de relieve su punto de vista ideológico cuando interpreta que el sistema constitucional argentino tiene un "ideario o un techo liberal"³⁰³.

Es estrictamente política e ideológica la concepción del análisis económico del derecho maguer la naturaleza científica que sus sostenedores le asignan, porque toda valoración que incide en la política de repartos a la que

²⁹⁹ Cita de Perez Hualde. "Brewer - Carías, Allan R., "Reflexiones sobre la Constitución económica", en Martín -Retortillo, Sebastián, coordinador, "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría", t. V, 1991, Ed. Civitas, Madrid, p. 3840."

³⁰⁰Cita de: **Gastón Velásquez Villamar** "El Concepto del Derecho Económico". Publicación Web <http://pdf.rincondelvago.com/derecho-economico-mexicano.html>

³⁰¹ **Laquis Manuel A.**, "El derecho frente a las nuevas tecnologías", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre de 1989..

³⁰² **Nestor Pedro Sagues.** "Elementos de Derecho Constitucional". Ed. Astrea. 3ª. Edición. 2001. Tomo 1 pag. 47.

³⁰³ **Nino Carlos Santiago.** "Fundamentos de Derecho Constitucional. Analisis filosófico, jurídico político de la práctica constitucional". Ed. Astrea. 1992.

aludía el maestro Goldschmidt, que actúa en la base económica y social de la sociedad y en su superestructura política, es ideológica.

Es hipócrita la afirmación que reivindica naturaleza científica, y carácter universal a los conocimientos afirmados en el poder globalista de los oligopolios transnacionalizados, que instalan los caminos que conducen a la consolidación y multiplicación del orden de repartos que asigna la riqueza en contradicción con la condición humana. Se trata de ideología vestida de ciencia.

La valoración implícita en toda norma jurídica siempre es ideológica. Si preferimos la eficiencia económica a la equidad, estamos definiendo una política de repartos, si optamos por lo individual en reemplazo de lo social, estamos haciendo política, asumimos un punto de vista ideológico.

Desde la realidad y la experiencia de América Latina, es evidente la desnudez del rey, aunque la corte sostenga la magnificencia de sus vestidos.

"Una dramática transformación ha tomado lugar durante los años noventa. (El ocultamiento de lo ideológico en la pretensión científica).

Aseveraciones sociales y económicas que fueron anteriormente reconocidas como ideológicas han adquirido un "status" de verdad "científica".

Un nuevo determinismo social ha surgido, más profundo y alarmante que el anterior"³⁰⁴.

El reclamo fundamentalista de lo inmutable de sus proposiciones, abstraídas de la realidad emergente de los conceptos de espacio, tiempo, crisis y cambio, constituye una afirmación metafísica ideológica, lo que no se modifica por el hecho de usar leyes de la ciencia económica descontextualizadas y desarraigadas.

"La doctrina económica social que esgrime la microeconomía esta subordinada al objetivo pecuniario y a la franca avaricia a la que sirve.

La distribución de la renta en este sistema económico deriva en último término de la distribución del poder"³⁰⁵

Detrás del análisis económico del derecho (aunque el razonamiento econométrico sea útil para razonar y predecir aspectos de la realidad, si no lo utilizamos para valorar) se esconden sus fundamentos:

La apertura de los gallineros para que en ellos puedan entrar y salir los zorros.

"Pensar el derecho fuera de lo político, sería un absurdo, porque la interpretación jurídica es un acto político fundamental, que además responde a un contexto social y a una ideología determinada.

El rasgo esencial de la hermenéutica en la actualidad (abstracción hecha del ancho espacio ocupado por la dogmática jurídica y por el análisis económico del derecho), es el reconocimiento de que el intérprete está situado en el tiempo y se encuentra constituido por una ideología o una cultura. Y en principio toda ideología es un discurso que habla de una realidad, sobre una organización arbitraria de esta realidad.

³⁰⁴ Calixto Salomão Filho. Teoría legal del Conocimiento Económico. Publ. Web. Versión PDF. Pag. 1.

³⁰⁵ John Kenneth Galbraith. "Una sociedad Mejor. Ed. Crítica. Barcelona. Pag. 86.

No hay necesidad de enrolarse en el marxismo para aceptar que la economía tiene influencia fuerte sobre la política y el derecho y que estos interactúan sobre la economía.

No se trata de aceptar que lo económico conforma la estructura que "determina" a la superestructura, pero sí de reconocer que entre los factores o presupuestos del régimen político es imposible ignorar a los condicionamientos económicos.³⁰⁶

La interpretación única o matemática del derecho, en realidad no pasa de ser una mera ficción, por ello advierte Kelsen, que "La interpretación científico - jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto"³⁰⁷

El derecho es un debate permanente, recíproco e inestable desde las normas hacia la realidad socio económico y la axiología y viceversa.

La seguridad jurídica reposa en las normas, en el principio de legalidad, interpretadas en el contexto axiológico del sistema jurídico y con el contenido y la perspectiva de la realidad económico social.

"El Derecho Económico se encuentra indisolublemente ligado a disciplinas como la económica en el desarrollo de sus preceptos técnicos jurídicos (a fin de establecer los comportamientos, causas y efectos económicos), la Estadística o la Econometría (a fin de medir las consecuencias cuantitativas del modo económico prescrito) y la Sociología Jurídica (a fin de establecer las proyecciones de esos comportamientos dentro de escenarios que admitan en diverso grado la eficacia y secuelas de los presupuestos a sustentar)".³⁰⁸

El derecho económico asentado en el conocimiento del orden público económico y social es un instrumento imprescindible para organizar la economía de una manera eficiente que multiplique los beneficios que genera la revolución científica y tecnológica, preservando y asegurando el interés nacional y el interés social.

La teleología del derecho económico tiene rango normativo imperativo y exige:

"Consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. El ideal del ser humano libre sólo puede realizarse, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".³⁰⁹

Derecho Económico y Social.

³⁰⁶ Bidart Campos, Germán J., "El régimen político. De la politeia a la res-publica", Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 199: "La alucinación de la alienante economía".

³⁰⁷ Idem.. Ob. Cit. Acápites 12.

³⁰⁸ Idem. Ob. Cit. Acápites 29.

³⁰⁹ Preámbulo de la "Convención Americana Sobre Derechos Humanos". Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.054.

Descartando el debate acerca del carácter científico del derecho económico y asumiendo su naturaleza ideológico política, su naturaleza instrumental, cultural e histórica, y su profunda ligazón con las necesidades que plantea la estructura socio económica que debe regular, atendiendo a los requerimientos de esa sociedad, es que entendemos que en la actual etapa de desarrollo de la sociedad humana, en esta parte del planeta, el derecho económico está inescindiblemente vinculado al derecho social.

Conformando el Derecho Económico y Social, que partiendo del orden público normológico, sus principios y a la axiología normativa, recurre a la economía política y a la política económica al igual que a la sociología para clavar sus raíces en la realidad, para interpretarla y transformarle en el sentido del bien común y del interés general.

Retomando y adecuando a nuestra realidad conceptos de Hedemman proponemos un método normológico y axiológico realista, para la consideración del derecho Económico y Social que parte de sistematizar y extraer los principios y los imperativos que plantea el "orden público económico y social" emergente de nuestra sistemática jurídica.

Queremos y necesitamos un derecho económico y social positivo, realista, y comprometido con los derechos y las necesidades sociales, indisolublemente unido a los mandatos contenidos en nuestra Constitución Nacional y en los Convenios y Tratados de igual jerarquía que establecen con claridad la vigencia axial de los Derechos Humanos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirmar los Derechos Económicos y Sociales y las acciones enderezadas a asegurar su cumplimiento es condición para la efectiva realización de los derechos humanos.

Es imposible escindir a los Derechos Humanos de los Derechos Económicos y Sociales.

"Para la gigantesca obra de ingeniería social que comporta realizar los derechos humanos en el mundo real y cotidiano, las normas son indispensables pero no alcanzan. Realizar los derechos humanos comporta una inversión o un gasto social".

Realizar los requerimientos constitucionales de "vivienda digna, trabajo, educación, desarrollo de las economías provinciales, protección jurídica de las comunidades originarias, de las minorías, seguridad, etc." requiere inexorablemente del riguroso cumplimiento del orden público económico y social establecido a partir de la normativa y de la axiología constitucional y de los Convenios y Tratados incorporados con jerarquía constitucional³¹⁰.

El preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen en textos muy similares este concepto con meridiana claridad, cuando afirman que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano

³¹⁰ Barcesat Eduardo y Boico Roberto J. "Reflexiones sobre deuda externa, Derechos Humanos y Emergencia". La Ley 13.5.05. pag. 4 y 5.

libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

La Ley Fundamental confiere al estado, a los colectivos sociales y a todos los habitantes de la Nación responsabilidades, obligaciones y derechos para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y de los derechos económicos, sociales y culturales inescindiblemente ligados a su efectiva realización.

Si en una sociedad políticamente organizada alguien es postergado, es excluido o muere debido a la pobreza, a la desnutrición³¹¹, a una deficiente política sanitaria, ambiental o de protección al débil social, o a un inexistente desarrollo socio económico sustentable, esa sociedad debe ser considerada hostil a los derechos humanos.

Así lo entiende nuestro sistema jurídico ordenado jerárquicamente por la Constitución Nacional que impone a los órganos del estado una política socioeconómica de la que no puede substraerse, pero además confiere a los colectivos sociales y a los habitantes, derechos políticos, derechos subjetivos y derechos necesidades, dotados de acciones para que en la vida social impongan la efectiva vigencia de los derechos humanos y económico sociales en nuestro país, en las condiciones que resultan de la dialéctica de la vida social, de su inserción en el mundo, y de su historia real. (CN y DADDH Cap. 2do DUD art. 8 CADDH Parte 2da. PIDESC art. 2.).

La Normativa Constitucional consagra el derecho a la vida (art.33, 75 inc. 22 e inc.24 CN, DADDH Art. 1 DUD art.3 y 25, CADH art. 4,5,6 y 7 PIDESC art. 6,7 8, CPPSG) y ello implica imperativamente y conforme al orden público económico y social, en nuestra sistemática jurídica, el derecho a la salud y a la educación (art. 14, 75 inc. 19 CN, DADDH art.11, 12, DUD art.26 PIDESC art. 11, 12, 13, 14), a una vivienda digna (art. 14 CN), a la defensa del medio ambiente (art 41 CN), a la intervención del estado (art. 75, 99 CN) para promover el desarrollo y el progreso económico social, científico y cultural progresivamente y hasta el máximo de los recursos disponibles (art. 75 inc. 18, 19, DUD preámbulo, DADDH art. 26 PIDESC art. 2; CNI Art. 75 inc. 19, DADDH Art. 13 DUD art. 27 PIDESC art. 15) y a la autodeterminación soberana del estado nacional (arts. 27, 30, 31 75 inc. 22, art 99, art. 108 y 116 CN, PIDESC art.1 PIDCP art. 1).

El derecho y la correlativa obligación de proteger a los débiles y a los excluidos sociales (art. 16 CN, DADDH preámbulo, PIDESC art. 3), a la defensa del trabajador (art. 14 bis CN, DADDH 14,15 DUD arts. 23,24, PIDESC arts.6,7, 8), del consumidor (art. 42 CN), a la defensa de la competencia y de la parte débil en la relación contractual; a adoptar medidas y derechos para morigerar y corregir las desiguales de hecho (PIDESC prambulo, CISETFDR), de las mujeres, de los niños (art. 75 inc. 23 CN, DADDH art.7 PIDESC art.10, 24, CETFDCM, CSDN), de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17).

El sistema normativa garantiza la seguridad social (art. 14 bis CN DADDH art.16, DUD art. 22, PIDESC art. 9) y protege el ejercicio de estos deberes y derechos que deben ser asegurados en armonía con los derechos políticos y los derechos individuales, fundamentalmente del derecho a la libertad y el

³¹¹ Forsythe David. "Derechos Humanos y Política Mundial". Ed. Eudeba. Bs.As. 1998. Pag. 32.

derecho de propiedad (arts. 14, 17, 75 inc. 17 CN DADDH art.23 DUD art. 17 DADDH art.21 PIDESC art. 10,18) sostenidos también con firmeza por la ley fundamental.³¹².

Principios Esenciales de Derecho Económico y Social. Sistema normativo.

La afirmación de la condición humana social (inherente al Constitucionalismo Social) en una economía capitalista, es el eje esencial de nuestro sistema jurídico.

"Los intereses de la sociedad son superiores y anteriores en absoluto a los intereses individuales, y unos y otros deben concertarse en una relación justa y armónica".³¹³

Sólo de esta manera puede ser desentrañado el cable conductor que vincula al texto constitucional resultante de las sucesivas reformas introducidas a la Constitución de 1853, y las transformaciones vigentes que ha sufrido el derecho privado para conformar nuestra genética jurídica.

Las ideas legisladas, la jurisprudencia y la doctrina de la decadente revolución individualista y egoísta inspirada filosóficamente en el neoliberalismo son incompatibles con nuestro orden jurídico económico y social.

El imperativo económico y social ordena al legislador y al intérprete privilegiar las medidas que promuevan el "bienestar general" teniendo en mira el "bien común".

Pone al estado y al poder, al servicio del progreso económico y social.

Le ordena preservar y asegurar los derechos humanos, económicos y sociales de los sometidos o postergados por el sistema socio económico capitalista al que simultáneamente adscribe y sostiene.

Nos enseña el profesor Bidart Campos que "cuando a la Constitución se le adjudica un sistema axiológico y se le reconoce fuerza normativa vinculante estamos en condiciones de afirmar que todas las políticas económicas y sociales, que al enrolarse en el neoliberalismo capitalista discrepan con la Constitución y la vulneran, incurren en inconstitucionalidad."

"En pleno auge del Estado liberal decimonónico, la Constitución de 1853-1860 incorporó un sistema completo de política económica y así lo afirma su principal autor Juan B. Alberdi influido por las ideas de Mariano Fraguero³¹⁴".

³¹² Se utilizan con criterio convencional las iniciales de los Convenios y Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional conforme el siguiente detalle:

CN (Constitución Nacional).

DADDH (Declaración Americana de los Derechos del Hombre).

DUD (Declaración Universal de Derechos Humanos)

CADH (Convención Americana de Derechos Humanos).

PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

CETFDCM (Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

CSDN (Convención sobre los Derechos del Niño).

³¹³ Morgan (Ancient Society), citado por **Federico Engels**. "Origen de la Familia de la Propiedad Privada y del Estado. Edit. Claridad. Bs.As. Pag. 168.

³¹⁴ **Mariano Fraguero**. "Organización del Crédito" 1954..Editorial Raigal.

"La Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica"³¹⁵ que reposa en una visión del capitalismo vinculada a la acción del estado para asegurar el bien común.

Esta concepción se desarrolla y profundiza en la derogada reforma constitucional de 1949 y con las vigentes reformas de 1957 y 1994 que introducen y afirman la filosofía del "Constitucionalismo Social" asumiendo específicamente algunos de los conflictos socio económicos que trastornan a la sociedad postcapitalista globalizada.

La autorregulación irrestricta de todos los mercados, librados a la competencia por el juego espontáneo de la oferta y la demanda es inadmisibles en las actuales condiciones socio económicas, pero además es incompatible con la sistemática de nuestro plexo normativo.

La dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales no son objetos que entren ni deban entrar al mercado.

La presencia activa del Estado es indispensable para intervenir - sin detrimento de la libertad - a favor de la persona, de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de trato, del desarrollo, de la solidaridad, y del sistema axiológico de la Constitución".³¹⁶

Derechos Humanos, Derechos Sociales, Derechos Económico Sociales y Derechos Individuales. El ámbito normativo.

La categorización de los derechos en humanos, sociales e individuales es útil pero no absoluta.

Los derechos humanos se traducen y se realizan en derechos económicos y sociales y estos a su vez dan lugar a derechos individuales.

El sistema legal los protege y asegura su preservación en los tres niveles.

Los derechos económico sociales están enderezados a posibilitar la realización de derechos humanos inalienables que a su vez se expresan en derechos sociales e individuales, por lo que el orden en su jerarquización tiene el excluyente propósito de poner de relieve el orden normativo y axiológico constitucional que impide lesionar derechos humanos o sociales a partir del abuso de derechos individuales patrimoniales, porque ello además conduce a una inadmisibles deformación de los derechos individuales.

"Pierre Bourdieu proponía concebir el neoliberalismo como un programa de "destrucción de estructuras colectivas" y de promoción de un orden nuevo fundado en el culto del "individuo solo, pero libre".

"Todo descansa en esta sociedad, en el sujeto, en la autonomía económica, jurídica, política y simbólica del sujeto.

Pero al lado de las expresiones más pretenciosas de ser uno mismo, se encuentra la mayor dificultad de ser uno mismo.

³¹⁵ Alberdi, Juan B., "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina", t. 2 de la "Organización de la Confederación Argentina", 1913, El Ateneo, Madrid, p. 3, ver la Introducción.

³¹⁶ German J. Bidart Campos. "La Constitución Económica. (Un Esbozo desde el Derecho Constitucional Argentino), Publ. Web. Conc. Alberto Dalla Vía. Ob. Cit.

Las formas de la destitución subjetiva que invaden nuestras sociedades se revelan a través de múltiples síntomas: La aparición de fallas psíquicas, la eclosión de un malestar en la cultura, la multiplicación de actos de violencia y la emergencia de formas de explotación a gran escala³¹⁷, pero además y fundamentalmente en la violación de los derechos individuales de las grandes mayorías excluidas de casi todos los beneficios de la vida social, que reciben sólo derechos declamados que no pueden realizar mientras se les niegan derechos necesidades humanas y sociales básicas.

Propiciamos una aciología para el orden público que valore en primer lugar los derechos humanos, en segundo término los derechos sociales y económico sociales, que deben adecuarse a los primeros y finalmente los derechos individuales que en su ejercicio están axiológicamente enmarcados por los derechos humanos y los derechos sociales.

Sólo a partir de la vigencia de los derechos humanos y sociales pueden realizarse efectivamente los derechos individuales.

"Todo el orden socioeconómico, desde la constitución y los tratados internacionales hacia abajo, se enraiza en lo que es la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo: Los derechos humanos".³¹⁸

No existe un derecho individual que autorice o justifique la violación de un derecho humano o un derecho social.

Ello resulta no sólo de la jerarquía normativa y axiológica de nuestro sistema jurídico, sino que además las leyes que reglamentan su ejercicio están obligadas a impedirlo.

"Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son jerarquizados por encima de las leyes, no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado de que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino"³¹⁹

Aún en la década del 90 signada en la sociedad por la irrupción descontrolada de los valores de la globalización hiper capitalista y de sus vicarios nacionales, que sostuvieron a ultranza en nombre de la libertad la axiología del egoísmo individualista como camino excluyente para obtener eficiencia económica, se generaron importantísimas contradicciones que ratificaron en la Reforma Constitucional del 94 y en algunos fallos³²⁰, las ideas del Constitucionalismo Humanista y Social.

³¹⁷ **Dany-Robert Dufour.** "Esta nueva condición humana Los desconciertos del individuo-sujeto". Artículos especiales para el diplo.org Mayo 2001. Versión digital CD. del Diplo.

³¹⁸ **Bidart Campos Germán.** El Orden Socioeconómico.... Ob. Cit. Pag. 275.

³¹⁹ **CS,** "Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescoio SCA", 26.12.1995. Del mismo modo, la Declaración Socio laboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes C.N., art. 75, inc.24. Cita en Voto del Dr. Rodolfo Ernesto Capón Filas en fallo de la **Cam. Trabajo Capital Federal Sala VI** en autos López M. C. Panceri A. R. Y O. S. Despido.

³²⁰ Conforme lo ha sostenido la Corte Suprema, por vía de ejercicio del poder de policía y en tanto las medidas adoptadas sean razonables y justas con relación a las circunstancias que las han hecho necesarias, puede, salvando su sustancia, restringirse y regularse legalmente los derechos del propietario, en lo que sea indispensable para salvaguardar el orden público y el bienestar general cuya atención fundamenta esta jurisprudencia.

Capítulo 7

ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y SOCIAL

Y es obvio que estas restricciones y regulaciones razonables y justas pueden importar consiguientes restricciones a la actividad de los jueces, sin que por ello se afecte la independencia del Poder Judicial, pues es una inmediata consecuencia del principio según el cual la función jurisdiccional se halla regida, también, por la ley. (Voto del doctor Orgaz)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1959/05/15. Nadur, Amar c. Borelli, Francisco. Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), 135

La ley 24.283, es de orden público, el que tiende a resguardar es el económico, y contra una ley de orden público nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos cuando éstos se encuentran "in fieri", constituyendo una relación jurídica pendiente, es decir no consolidada por alguna de las formas extintivas de las obligaciones.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. 1994/12/01. Repetti, Oscar H. y otro c. Karamanian, María del Carmen. LLBA, 1996-256 - JA, 1995-II-514.

La ley 24.240 es de orden público, el cual se encuentra indisolublemente ligado al orden social en tanto conjunto de condiciones económicas, sociales, culturales e institucionales vitales para una comunidad humana. Por ende, aquella normativa predomina sobre los contratos, sin que las partes puedan alterar o modificar sus efectos.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I. 1999/05/20. Bica Coop. de Emprendimientos Múltiples Ltda. c. Trucco de Pacheco, Elvira. LLLitoral, 1999-1122 - RCyS, 1999-827.

El Derecho Nacional. Orden Público Económico y Social.

De buena gana, como Solón hubiera respondido al que le hubiere preguntado: ¿Qué cuál es la mejor Constitución?
¿Para quién y en que momento?

"Disraeli". Andres Maurois. Espasa Calpe. Bs.As.pag. 221.

El globalismo y la nueva tecnología han modificado en nuestro país, en América Latina y en el mundo las relaciones sociales, su espacio, su temporalidad, sus formas³²¹, y ello replantea la necesidad de desentrañar lo esencial y sistemático de nuestro sistema jurídico.

Es imprescindible buscar sus esencias normativas, sociológicas y axiológicas para encontrar los principios que conforman el orden público y sus explicaciones y aplicaciones en la realidad.

Para que el derecho interactúe con la realidad sustentando su transformación en el sentido del bienestar general y el bien común, es imprescindible entender el mundo real y valorarlo ideológicamente.

La sociedad hipercapitalista globalizada implica el "resurgimiento de una forma de neoliberalismo capitalista que subordina a la persona humana y condiciona el desarrollo de los pueblos a las fuerzas ciegas del mercado, gravando desde sus centros de poder a los países menos favorecidos con cargas insostenibles.

De este modo se asiste en el concierto de las naciones al enriquecimiento exagerado de unos pocos a costa del empobrecimiento creciente de muchos, de forma que los ricos son cada vez más ricos y los pobres cada vez más pobres"³²².

El orden público jurídico económico social que conforma la materia y la substancia del derecho económico y social en nuestro sistema normativo encierra valores ideológicos que debemos desentrañar para poder ordenarlo a partir de los imperativos normativos e ideológicos que sustentan la existencia de derechos humanos, económicos sociales e individuales inviolables y esenciales.

En la sociedad globalizada sólo a partir de las normas y de los valores sistemáticos esenciales de la legalidad vigente, el derecho puede ser útil y recrearse para la construcción de una sociedad enderezada a preservar los derechos humanos, sociales e individuales y a comprender como se relacionan e interactúan para incidir positivamente en la compleja y crítica realidad material.

Los requerimientos de la realidad socio económica:

El Atraso, la miseria, la exclusión, la corrupción y otras lacras que a los países sometidos le impone sus propias historias y la acumulación primitiva que persigue la globalización hipercapitalista, reclaman una reflexión jurídica que vaya mas allá de los lugares comunes del dogmatismo reiterativo,

³²¹ Farjat, Gerard, "Nuevas tecnologías y derecho económico", *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre de 1989, pp. 519-541

³²² Juan Pablo II. Visita a Cuba en enero de 1998. *La Nación*. 26.1.98, pag. 2.

desentrañando los principios ideológicos que sustentan nuestro derecho imperativo.

Orden público.

Las leyes de orden público son "aquellas normas jurídicas cuya observancia, no puede ser dejadas a un lado ". Es aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la sociedad.

"La ley es de orden público cuando con sentido de equidad ampara el interés general de la sociedad para la realización de una idea de justicia, con la finalidad de corregir abusos de derecho y evitar injusticias en la organización social"³²³.

El concepto de orden público tiende a corregir situaciones creadas, abusos del derecho e injusticias generales resultantes de la organización social, por lo que cumple una misión reguladora, de carácter institucional, y también una misión reparadora, y solidarista.

Reúne el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en la comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos³²⁴. Lo social se impone a lo individual para jerarquizar lo humano en cada individuo.

Orden público Social y Económico Social.

El orden público económico y social "es el derecho de la economía organizada, planificada, según un imperativo (el constituyente) que ningún Estado puede desatender"³²⁵.

En los países cuya juridicidad reposa en una historia genética de origen romanista, desarrollada a partir del código napoleónico y la filosofía del

³²³ **Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche.** 1987/02/19. Salazar, José L. c. Credence, S.A.DT, 987-A, 914.

³²⁴ **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C.** 1980/08/26. Olivera, Héctor J. c. Inmobiliaria Continental, S. R. L.LA LEY, 1981-A, 243.1980/11/06. Tobal, David E. c. Zampetti, Mario.JA, 981-III-539 - ED, 92-111 - JL, 981-12-1060.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 1997/01/24. Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Estado nacional -Poder Ejecutivo nacional. DT, 1997-A-506.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V .1993/11/23. Centro de Capitanes de Ultramar y Oficiales de la Marina Mercante y otros c. Estado nacional. DT, 1994-A, 739 - DJ, 1994-2-261.

El art. 1º de la ley 13.246, determina claramente el carácter de orden público de sus disposiciones, sancionado con la nulidad las cláusulas o pactos realizados en fraude a ella.

La característica expresada es la inmediata consecuencia de los fines propuestos por el legislador, esto es, la necesidad impostergable de tutelar la producción, que en gran medida se realiza bajo la forma de los contratos de empresa comprendidos en la ley; proteger igualmente a la parte económicamente más débil en la relación contractual, asegurándole la estabilidad en el predio y condiciones de vida y trabajo dignas.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV. 1979/05/14. Pesoa, Carmen E. c. Pesoa, Mario R. y/u otros. ZEUS, 979-17-173

³²⁵ **Cam. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 16/11/2001** - Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación.

contrato social de la revolución francesa y que transitó el constitucionalismo social del siglo pasado, el orden público fue diseñado y estructurado fundamentalmente a partir de las normas constitucionales y el orden jerárquico que ellas proveen estableciendo las pautas que ni el poder administrador, ni los particulares contractualmente pueden derogar.

La Supremacía de la ley fundamental está en la esencia de la sistemática jurídica.

El "orden público económico y social" construido por la deontología constitucional³²⁶ y la normativa dictada en su consecuencia, constituyen el eje a partir del cual se establecen cuales son los intereses que esa sociedad ha priorizado.

Son las pautas en la que se asienta el principio de legalidad, en el que descansa la seguridad jurídica y el punto de partida de la contradicción dialéctica a la que apuntaba Lasalle entre el poder real y el régimen constitucional.

Por ello "El análisis y la crítica de los conceptos e instituciones jurídicas, y de los hechos producidos por el derecho, se deben realizar, a través del derecho formal (y su axiología), y del derecho sustancial o "material", producido por las realidades de la vida humana que son sus premisas de hecho".

El derecho económico y social es la disciplina que puede y debe sistematizar el orden público económico y social, extrayendo los principios que lo informan para definir un concepto de lo justo congruente y emergente de lo normado.

Constitución Nacional y Orden Público Social y Económico Social.

En la interpretación constitucional primó durante muchas décadas, soslayando el contenido de las reformas que a través del tiempo se introdujeron en la ley fundamental y en la sistemática dictada consecuentemente, la idea equivocada a nuestro juicio, de que el eje de nuestro sistema jurídico reposa fundamentalmente en el derecho de propiedad, desarrollado a partir del concepto de los "derechos adquiridos".

El bienestar general, el bien común, y los derechos económicos sólo podían encontrar sustento en situaciones de emergencia. Lo humano y lo social devenía subsidiario de lo individual.

En la década del 90 este criterio que venía a coincidir con los objetivos del estado sicario de la acumulación y de la transferencia de la riqueza, fue llevado a sus extremos, poniendo de relieve su inconsistencia y afectando seriamente la seguridad jurídica.

³²⁶ Bidart Campos y Dalla Vía nos hablan de " Constitución Económica".

Dalla Vía, Alberto Ricardo, Derecho constitucional económico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999. :

Bidart Campos, Germán J., El orden socioeconómico en la Constitución, Buenos Aires, Ediar, 1999.

Ello suscitó la reacción coincidente de la más autorizada doctrina constitucional que venía buscando en las ideas del constitucionalismo social los valores axiológicos introducidos por la derogada reforma del 49 y la vigente reforma del 57.

La reforma del 94 desnudó definitivamente la precariedad de la concepción que descreía de la esencialidad de los derechos humanos y sociales que son previos y se traducen en derechos individuales, y plantea a la Corte en su nueva integración, la ardua la tarea de rescatar a partir de las necesidades de la realidad económica y de los valores que resultan del texto vigente en la ley fundamental, el derecho judicial del Superior Tribunal despojándolo de sus excesos individualistas para preservar la autoridad de su doctrina con una axiología humana y social.

Sólo así podrá responder a la dinámica y a las necesidades de la realidad socio económica contribuyendo a su transformación, porque de lo contrario sólo multiplicará la inseguridad jurídica congelando la fotografía del pasado reciente.

Normas y Jurisprudencia en la década del 90

La legislación, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y alguna doctrina en la década del 90, han sostenido con la fuerza del poder, valores y principios incompatibles con el "orden público económico social" de nuestro sistema normativo, que se traduce en el plexo constitucional, pero también en su historia genética.

Nos explica Néstor Sagues que no es cierto que "la interpretación constitucional practicada por la Corte Suprema durante más de una centuria es un trabajo previsible y sometido a directrices armónicas que empalman perfectamente entre sí como en un caso de relojería celestial. La consecuencia de que existan recetas tan disimiles en materia de interpretación en general y constitucional en particular es que la Corte puede suministrar a una norma concreta productos interpretativos harto diferentes"³²⁷. "Para la Suprema Corte la constitución permite ser interpretada de distintos modos" nos indica, referenciando un paradigmático caso de la década del 90 (Conf. Chocobar. J.A. 1997. II. 557) y cita la propia confesión que hace la Corte con esa integración cuando afirma que "no es recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de su aplicación racional" (Conf. YPF c. Corrientes. Fallos 3315:158).

El Superior tribunal ha recurrido sucesiva, simultánea y contradictoriamente a la interpretación literal, popular o especializada, a motivos de justicia y equidad, a la recta razón, a una interpretación orgánico sistemática, a la realidad, al espíritu de la ley, a la voluntad del legislador, a la interpretación historicista o telológica, a fundar sus resoluciones en fallos de la Suprema Corte de los EEUU, a la reiteración de sus propios precedentes, o a abandonarlos, etc. etc y con este pragmático criterio ha preterido el orden

³²⁷ Sagues Néstor P. "Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (el arsenal argumentativo de los tribunales Supremos). 26.11.03. J.A. 2003 IV Doctrina pags. 69 / 70.

público constitucional para afirmar en lo esencial como razón de estado los objetivos de la política socio económica liberal.

En el ámbito del derecho vigente, despojado de la maraña argumentativa que no se compadece con una estructura normativa establecida conforme la jerarquía ordenada constitucionalmente, y los principios, declaraciones y derechos que esta consagra, existen instrumentos que pueden contribuir para resolver la grave contradicción que erosiona la seguridad jurídica y obstruye el desarrollo económico y social.

Soslayados los prejuicios y la irracional ideología científicista neoliberal y sus producciones jurídicas, es necesario analizar en que medida algunas leyes y alguna jurisprudencia ordenadas para facilitar un orden de repartos más injusto, son compatibles con las normas, los valores y los principios en los que reposa nuestro sistema normativo y su axiología.

Es necesario preguntarse si es legítima esta política legislativa y judicial que ha transformado a nuestro país, asegurando el bien común y el bienestar general para unos pocos, y sometiendo a muchos a la exclusión, la miseria y al desempleo.

En que medida la legislación liberalizadora de los mercados, desreguladora, privatizadora, flexibilizadora de las relaciones laborales, la reestructuración del sistema financiero, el sometimiento de relaciones contractuales del estado a la normativa y a la jurisdicción de otros países o de organismos extranacionales para cuestiones excluyentemente patrimoniales etc. responden al orden público económico explicitado por nuestra Constitución Nacional o en su caso en que medida esas normas son inconstitucionales?

Conforman la "constitución real" al decir de alguna doctrina, o se trata de normas, comportamientos y resoluciones írritas, ilegítimas, inconstitucionales?

Que valor tiene el "stare decisis" cuando el Superior Tribunal fue partícipe imprescindible del vaciamiento Constitucional?

Debe prevalecer acaso por encima del texto constitucional y de los requerimientos que plantea la realidad socio económica?

El orden de repartos instalado a partir de valores opuestos a aquellos que substancialmente informan a nuestro derecho Constitucional Normativo corresponden a materia política no judicial?, o el orden público constitucional obliga a administradores, legisladores, magistrados y administrados a resolver en la realidad material esta contradicción afirmando la normativa y la axiología de la ley fundamental. Para cumplir con el "bien común" asegurar el "bienestar general" y hacer efectivos los derechos humanos y económicos sociales de todos los habitantes del sueldo argentino asegurando así los derechos individuales y los derechos "necesidades" que son su consecuencia, promoviendo un efectivo desarrollo económico y social y terminando con la exclusión, el desamparo y la miseria, empleando para ello "progresivamente el máximo de los recursos disponibles".

Asegurar en definitiva en la realidad los derechos individuales de todos los habitantes.

No sólo proteger los de los propietarios, que deben igualmente ser preservados, en tanto su ejercicio no devenga abusivo y vulnere derechos individuales que se asientan en derechos humanos o sociales. .

"Las normas dictadas en la década del 90 "consistieron en la desregulación de las actividades económicas, la privatización de empresas del Estado y la prestación indirecta de los servicios públicos a través de concesiones de su explotación a empresas privadas.

Se inauguró con La "Ley de Convertibilidad" (23.928), que sentó las bases jurídicas para una estabilidad monetaria que acompañó el proceso durante diez años; y se completó el cuadro con el dictado de la Ley de Consolidación de la Deuda Pública (23.982), que no fue otra cosa que poner en evidencia la real cesación de pagos del Estado frente a sus deudas internas, en especial, previsionales".³²⁸

El plan puesto en práctica culminó con la privatización en la explotación de los servicios públicos, la concesión del uso y explotación de los bienes productivos pertenecientes al dominio público (como las centrales generadoras de energía hidroeléctrica), la eliminación de registros de proveedores, de regulaciones sobre materia laboral, portuaria, etc.

Sin dudas, la privatización se ha encarado sobre la base de la convicción ideológica de que la búsqueda del lucro privado, en un régimen de competencia, sirve al orden social en general, reduciéndole al Estado - al mismo tiempo - el nivel social de exigencias³²⁹.

Los críticos sostienen que esta posición "nos lleva a aprobar a la vez, la conducta egoísta y la empresa privada"³³⁰.

Ninguna de estas medidas atendía a la axiología constitucional que fue sustituida por una doctrina ideológica incompatible con los intereses nacionales y económico sociales, y estuvo enderezada a revolucionar el orden de repartos.

Desentrañar que orden público y social consagra nuestra carta magna, cuáles son sus valores axiológicos, cuáles las consecuencias que ha tenido la política aplicada y que reclamos plantea en la vasta materia del derecho económico y social, impone a los hombres de derecho una ardua tarea, y es menester establecer categorías epistemológicas para poder razonar a partir de la realidad normativa, económica y social.

Si no entendemos los valores que sustentan la juridicidad de la organización nacional nuestra tarea sólo expresará un punto de vista subjetivo en el que la ideología sea todo y no sólo un componente de nuestro pensamiento, estaremos comprometiendo la seguridad jurídica aunque aseguremos la libertad

³²⁸ Ver Borda, Alejandro y Borda, Guillermo J., "El Estado en cesación de pago. La consolidación de la deuda pública interna y la llamada `ley del bono'", 1991, Ed. Abeledo-Perrot, donde los autores aconsejan ser "prudentes en la interpretación jurídica. No es posible confundir audacia económica con audacia jurídica. La situación que le toca vivir a nuestro querido país debe ser tenida muy en cuenta para interpretar la ley, pero siempre fundados en parámetros de justicia" (p. 12)

³²⁹ Palazzo, José L., Sesín, Domingo J. y Rolón Lembeye, Víctor A., "Transformación del Estado. Tendencias actuales, innovaciones en el derecho italiano y europeo", 1992, Ed. Depalma, p. 240. Citado por Pérez Hualde.

³³⁰ Starr, Paul, "El significado de privatización", en Kamerman, Sheila B. y Kahn, Alfred J. (compiladores), "La privatización..." cit., p. 31. Citado por Pérez Hualde.

de las transacciones si renunciamos al principio de legalidad substancial y sistemática.

Desentendiéndose de nuestra estructura normativa, de su axiología y de las necesidades que plantea la realidad económico social, "se presentó ese modelo, de indudable raíz y configuración liberal, inexplicablemente como "desideologizado".

Es a ese mismo modelo, al que hoy se visualiza como altamente comprometido en lo ideológico y también en los intereses concretos de algunas empresas fuertemente beneficiadas, al que se le atribuye ahora la profunda crisis".³³¹

Cual es la axiología normativa y socio económica, que establece las relaciones de contradicción y de jerarquía entre los derechos consagrados por la Constitución Nacional?

Como se sistematizan y reglamentan esos derechos y se transforman en un instrumento social, que permita atender en la dinámica y compleja realidad económico social de nuestro país al desarrollo económico, al bienestar general y al interés social?

Si consultamos la realidad socio económica y sus expresiones en la conciencia social verificamos que "entre nosotros los argentinos, se muestran hoy numerosas críticas al modelo liberal y se le atribuye en gran medida la profunda crisis económica social ocurrida a fines de 2001 y principios de 2002.

Comienzan a levantarse voces que defienden el intervencionismo del Estado en la economía, si bien no un intervencionismo a ultranza.

El conjunto social ha notado una verdadera ausencia de controles que sólo el Estado puede encarnar.

En materia de servicios públicos y de algunas industrias fundamentales, los inversores - normalmente extranjeros - han gozado de un descontrol absoluto que les ha permitido todo tipo de abusos que son inadmisibles en cualquier comunidad, aun en aquellas de convicción más liberal. Abusos que no cometerían en sus propios países de origen".³³²

Hemos vivido un proceso en el cual a partir del Superior Tribunal se difundió el excluyentemente ideológico apoyo a la política concentradora y extranjerizadora que empobreció al país, pauperizándolo, excluyendo y enfrentando entre sí a sus habitantes, tras despojarlos de los frutos de su trabajo.

Fuimos sumergidos en la afirmación implícita multiplicada por los medios, de que nuestro sistema jurídico establecía constitucionalmente una economía de mercado que no debía ser perturbada por la acción reguladora del estado, y ésta además de ser una falacia económica constituye una desnaturalización de nuestro sistema jurídico.

La ideología de algunos magistrados sustituyó a la ideología y a la letra, construida genéticamente por la sociedad, en la Constitución Nacional.

Incluso autores de la talla de Nino aluden a la ideología liberal de nuestra Constitución buscando sus orígenes en los principios de igualdad,

³³¹ Perez Hualde. Ob. Cit. Pag. 29.

³³² Perez Hualde. Ob. Cit. Pag. 15.

fraternidad y libertad, en la consagración del derecho de propiedad y en el régimen político democrático, soslayando que esta invocación al "liberalismo" tiene en nuestros países y en nuestro tiempo, notorias connotaciones socio económicas y axiológicas, y no condice con los valores jerarquizados por nuestra Constitución Nacional.

No tienen (ni ideológica, ni filosóficamente) ninguna relación el liberalismo del globalismo oligopólico transnacionalizado, con los ideales de igualdad, fraternidad y libertad, ni con el régimen político democrático.

Este notable autor hace la petición de principios y de seguido formula una sólida crítica formal a los pronunciamientos de la Suprema Corte neoliberal, que en la República Argentina ha producido "un claro desajuste entre la norma constitucional y la realidad económica, tan atormentada por cierto"³³³.

"Paradójicamente los tres ideales supremos del constitucionalismo liberal individualista, enunciados al producirse la revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad) quedaron desvirtuados y puestos en crisis por el propio sistema político - jurídico que los proclamaba".

a) Crisis de libertad": Porque la presencia de trusts, carteles, monopolios y oligopolios estrangula de hecho las bases del sistema económico liberal.

b) Crisis de igualdad: Las desigualdades económicas determinan las políticas, el ejercicio y la eficacia de los derechos que son bien distintos entre quienes disponen de los medios culturales y económicos para practicarlos y quienes carecen de ellos.

c) Crisis de justicia. (Las normas dictadas, su aplicación y juzgamiento estuvo presidido por un individualismo nada fraternal).

La libertad, la igualdad y la fraternidad, en la sociedad globalizada, sólo pueden realizarse socialmente, rescatando y asegurando los valores y los derechos humanos y sociales.

Así lo entiende nuestra sistemática jurídica estructurada a partir de la Carta Magna.

Hasta el propio liberalismo termina por aceptar la necesidad de una reformulación sistemática: El neoliberalismo que consiente las recetas de justicia social, de bienestar social a fin de restaurar la libertad en las transacciones y atender necesidades colectivas impostergables"³³⁴.

Axiología de la Jurisprudencia de la Suprema Corte en la década del 90.

Nada mas alejado del Orden Público Económico y Social que la razón de estado.

Durante mas de una década el Superior Tribunal subordinó la vigencia de los derechos humanos y de los derechos sociales a los objetivos de la política económica ordenada por los otros poderes del estado.,.

³³³ **Alberto Dalla Vía.** "La ideología de la Constitución Económica". Publ. Web. Pag. 40.

³³⁴ **Nestor Pedro Sagués.** Elementos de Derecho Constitucional. Ob. Cit. Pags. 12 y 14.

En todo ese período los fallos ponen de relieve que en el concepto de ese tribunal y con esa integración, fijar las políticas para obtener el bienestar general o el bien común era materia de la administración, que establecía cuáles eran las normas y los valores que debían ser jerarquizados y esta decisión no era justiciable, degradando y distorsionando así categorías y conceptos muy valiosos que la Suprema Corte había elaborado en su rica historia y normas expresas que el constituyente social había introducido en la Ley Fundamental.

El orden público económico y social, fue elaborado prescindiendo de derechos humanos y sociales.

La razón de estado sólo estaba limitada en la inteligencia de la Corte por el derecho de propiedad. El derecho a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo y los derechos humanos, sociales e individuales, fueron subordinados a la razón de estado con el excluyente límite de los derechos individuales patrimoniales, que a su vez sólo cedían a la declaración de emergencia.³³⁵

Se produjo lo que Carnota denomina la "presupuestarización de los derechos sociales".

Su vigencia quedó subordinada al orden axiológico fijado por la política económica que se desentendió de la axiología que imperativamente determinaba la Constitución Nacional.

Detrás de estos fallos "no latía la lógica jurídica de los antecedentes, sino la lógica política de la imposición del más fuerte, sobre grupos esencialmente débiles y vulnerables".³³⁶

La Corte decidió ideológicamente un trastocamiento de los valores de la Constitución Nacional cuando estableció de hecho que las crisis y las emergencias que suscitó el modelo económico neoliberal no debían afectar a los "propietarios de derechos adquiridos" de carácter meramente patrimonial, pero simultáneamente resolvió que no merecían igual protección los derechos de los trabajadores, de los jubilados, los derechos emergentes de la seguridad social.

Lo humano y lo social subordinado a lo patrimonial individual.

No obstante que ya en la década del 60 y en "Outon" la SCJN calificó al derecho a trabajar y a la libertad sindical como derechos

³³⁵ "Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad"

Corte Sup., "Peralta, Luis v. Estado Nacional", LL 1991-C-159 (JA 1991-II-556) (considerandos 37 y 43)

³³⁶ "Volver a las fuentes del Derecho Constitucional de la Seguridad Social. **Walter F. Carnota**. La Ley 20.5.05, pag. 1.

fundamentales³³⁷, en la década del 90 e invocando la emergencia fueron conculcados derechos previsionales.³³⁸

Se suspendieron convenios colectivos de trabajo mediante un decreto delegado.³³⁹

Fueron convalidadas rebajas de las remuneraciones de los empleados públicos.³⁴⁰

En "Tobar" en un forcejeo político el Superior Tribunal rechazó una disminución en las retribuciones y en "Muller" nuevamente consideró válida una disminución salarial de carácter general.³⁴¹

Los poderes del estado, incluida la corte, se ensañaron con los trabajadores y con los jubilados, el supuesto progreso económico se cimentaba explícitamente en la reducción de los costos laborales y sociales.

El retorno de la doctrina judicial del Superior Tribunal a la axiología de los derechos humanos y sociales de la Constitución Nacional.

En su nueva integración y en muy poco tiempo el Superior Tribunal, aún con vacilaciones, ha puesto en evidencia su decisión de preservar los derechos humanos, sociales, económicos y culturales vilipendiados por los magistrados de la década infame de los 90.

Los derechos previsionales de raigambre y regulación constitucional fueron particularmente desconocidos por la legislación y la Jurisprudencia de la Corte de los 90. "Chocobar"³⁴² es en ese sentido un fallo paradigmático porque soslaya el texto expreso del art 14 bis de la Constitución Nacional y la axiología constitucional, al sostener que la ley 23.298 había derogado legítimamente el ajuste por movilidad de las prestaciones previsionales.

Al abandonar esta doctrina el superior tribunal en "Sanchez"³⁴³ es concluyente:

"Debe rechazarse toda inteligencia restrictiva de la obligación de otorgar jubilaciones pensiones móviles, teniendo en cuenta que los tratados internacionales lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos".

³³⁷ **Suprema Corte de Justicia de la Nación.** Outón Carlos José y O s. Recurso de amparo. Fallos 2276: 215. (1967).

³³⁸ **Suprema Corte de Justicia de la Nación** Chocobar Sixto c. Caja Nacional de Previsión Social. 27.12.96. La Ley 1997 B pag. 247

³³⁹ **Suprema Corte de Justicia de la Nación** Cocchia Jorge c. Estado Nacional y Otro. (1993). La Ley 1994.B. 643.

³⁴⁰ **Suprema Corte de Justicia de la Nación** Guida Liliana c. PEN . C.S. (2000). LL 4.8.00.

³⁴¹ **Suprema Corte de Justicia de la Nación** Tobar Leonidas c. Contaduría General del Ejército (2002). Suplemento Especial de la Ley 27.8.02 y Muller Miguel A. C. PEN (C.S. 2003) La Ley 21.4.03.

³⁴² **Suprema Corte de Justicia de la Nación.** 27.12.96. La Ley 1997 B, 247, DJ 1997 I 751.

³⁴³ **Suprema Corte de Justicia de la Nación** 17.05.05. Sanchez María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social. La Ley 20.5.05. Pags. 1 a 3, con sendas notas de Walter F. Carnota y de Luis G. Bulit Goñi.

Los grandes objetivos de justicia social que persigue el art. 14 bis obstan a una conclusión que convalide un despojo a los pasivos..(Del voto de los Dres Zaffaroni y Argibay)

El principio de hermenéutica "in dubio pro justicia sociales" tiene categoría constitucional.

Las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas tienden a alcanzar el bienestar, esto es las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su dignidad". (Del Voto del Dr. Maqueda).

La doctrina que afirma la primacía normativa y axiológica de los derechos humanos y los derechos sociales parece encontrar cauce en el Superior Tribunal que ha comenzado a reconstruir el entramado social reivindicando algunos derechos injustamente conculcados a los trabajadores: En "Castillo" declaró inconstitucional el art 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo, en "Vizzotti" el tope indemnizatorio del art. 245 y del art. 39 de la ley 24.577 y en Itzcovich el art. 19 de la ley 24.463.

En el "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus"³⁴⁴ la Corte admite que el C.E.L.S se encuentra legitimado activamente para accionar en forma colectiva (art. 43 de la CN) interponiendo un recurso de hábeas corpus a favor de los menores de edad detenidos invocando la aplicabilidad de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El alto tribunal admite el "habeas corpus" colectivo con efecto a todos aquellos comprendidos en la clase de los menores de edad detenidos, y ordena al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, al Superior Tribunal de esa Provincia y a todas las unidades de detención del país medidas efectivas para hacer efectivos los derechos fundamentales de los menores de edad detenidos, disponiendo se haga cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante.

Sólo la plena vigencia de la normativa constitucional que para realizar el bienestar general, privilegia los derechos humanos y los derechos sociales consagrados por la ley fundamental y por los tratados y convenios internacionales de idéntica jerarquía, pueden proporcionar el norte normativo y axiológico en nuestro sistema jurídico".

Ninguno de los poderes del estado está por encima de la ley fundamental que ha incorporado Convenios y Tratados concernientes a los derechos humanos y a los derechos económicos, sociales y culturales otorgándoles jerarquía constitucional.

Supremacía Constitucional.

³⁴⁴ CSJN.; 03-05-2005.- Publicación en Aboga 2.

Nuestra Carta Magna en los arts 31³⁴⁵, 28, 75 incs. 22 y 24, establece la Supremacía Soberana de la Constitución Nacional y le confiere Jerarquía Constitucional a los Tratados y Convenios Internacionales que garantizan la vigencia de los Derechos Humanos y de los Derechos Económico Sociales, Sociales y Culturales, que expresamente enumera, a los que les asigna también por acto soberano, Jerarquía Constitucional previendo a su vez mecanismos de integración que deleguen convencionalmente competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad en tanto respeten el orden democrático y los derechos humanos.

Los restantes tratados y convenciones internacionales están por encima de las leyes pero por debajo de las normas constitucionales a las que se deben ajustar, es decir que tienen jerarquía infraconstitucional.

Este ajustado y preciso mecanismo de relojería que no admite interpretaciones diversas, somete a contralor constitucional a cualesquier otro tratado o convenio internacional y entra en contradicción con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impide invocar disposiciones de derecho interno para incumplir la Convención.

Así lo entendió el Superior tribunal que en Ekmekdjian hizo mérito del art. 27 de la Convención de Viena que obliga a los estados partes a no invocar el derecho interno para incumplir las disposiciones de un tratado,³⁴⁶ sosteniendo que "el principio del art. 27 introducido por la reforma del 94 mantuvo su plena eficacia y con él la preeminencia de la Constitución sobre los tratados con excepción de los Tratados de Derechos Humanos a los que el art. 75 inc. 22 declaró con jerarquía constitucional."³⁴⁷

En "Fibraca" la Corte condicionó la aplicación del art. 27 de la Convención de Viena a que previamente hubieran sido asegurados los principios de derecho público constitucionales.³⁴⁸

En nuestro ordenamiento son inadmisibles los Convenios o Tratados Internacionales que no se conformen a los principios y al orden público constitucional. (Art.27 del CN).

La tesis inversa, que afirma la Supraconstitucionalidad y rigidez de cualesquier tratado o convenio internacional asumido por el país es incompatible con el texto Constitucional y plantea conflictos de imprevisible trascendencia en los que el "imperium" del estado nacional puede ser puesto en entredicho por los actores del hipercapitalismo transnacionalizado.

Nuestro Sistema Jurídico y los Conflictos emergentes del sometimiento de las "inversiones" extranjeras al CIADI.

³⁴⁵ "El juez debe abstenerse de aplicar la ley cuando resulta incompatible con normas de rango superior en los términos del art. 31 de la Constitución Nacional, ya que hacer prevalecer el derecho fundamental constituye una cuestión de orden público, entendido como el conjunto de principios superiores a los que está ligada la existencia y conservación de la sociedad".

Tribunal del Trabajo Nro. 2 de Lanús . 2000/07/11. Díaz, Antonio y otros c. Compañía Andrade S. R. L.. LLBA, 2001-96

³⁴⁶ C.S..J.N. Ekmekdjian Miguel A c. Sofovich Gerardo y O . Fallos 315.1492. (1992).

³⁴⁷ María Angélica Gelli. Ob. Cit. Pag. 323.

³⁴⁸ Fibraca Constructora SCAc. ComisiónTécnica Mixta de Salto Grande. (1993) . ED 23.9.93. Cit. María Angelica Gelli.

La estructura de poder del capitalismo hipercapitalista neoliberal globalizado y el vaciamiento de la soberanía del estado y de los sistemas jurídicos nacionales se expresa con absoluta crudeza en el sometimiento a los tribunales arbitrales de la OMC.

El sometimiento a los tribunales del CIADI es claramente inconstitucional porque las leyes y los tratados, como condición de su validez, deben conformarse con la Constitución y los principios de derecho público por ella consagrados y porque el principio de la autonomía de la voluntad (la llamada soberanía del contrato) no puede infringir el orden público, la estructura institucional del Estado soberano y los derechos humanos.

Todo el sistema administrativo montado en la sociedad globalizada para resolver cuestiones judiciales repugna a nuestra ley suprema y a los principios esenciales que ella consagra:

a) Actos y políticas de gobierno y como tales de derecho público pretenden ser tratados por el CIADI como meras cuestiones de naturaleza comercial contractual.

Señala Hugo A. Corti³⁴⁹ que en la medida en que nos encontramos ante una Institución de Derecho Público resulta absurdo receptor la tesis transnacional que sostiene que las referidas operaciones revisten naturaleza comercial³⁵⁰, ajenas a la actividad gubernamental del Estado.³⁵¹

La jurisdicción es un atributo de la soberanía³⁵², que no resulta disponible.

b) Es contrario a nuestro plexo constitucional normativo y su axiología el privilegiar la intangibilidad de inversiones extranjeras por encima de la deuda social³⁵³ cuando están en juego derechos humanos y sociales económicos fundamentales³⁵⁴.

³⁴⁹ Hugo Arístides Corti. Derecho Financiero y Tributario y Derechos Humanos. Public. Web pag. 17

³⁵⁰ Precedente de la Suprema Corte de los EEUU fallo del 12.6.92 en "República Argentina c. Weltover". Carlos Botassi, "Contratos públicos y Emergencia Estatal". Suplemento Revista La Ley "El contrato administrativo en la actualidad" mayo 2004, pags. 39 y sgts y en especial pags. 42-48 y citas de dictámenes de la "Procuración Nacional del Tesoro" 27.99. En igual sentido los informes obrantes en la revista "Dictámenes" 224:49 y 60.

³⁵¹ En este sentido reconocidos juristas extranjeros (Jeze, Tgrotabas, Duverger, Ingrosso, Sainz de Bujanda y Sayagues Laso, etc) y argentinos (Luis María Drago, Giuliani Fonrouge, Fiorini, Bielsa, De Juano, Ahumada, etc). Cfr. Carlos M. Giuliani Fonrouge, Derecho Financiero volumen II 6ª edición Depalma 1997, pags. 1196 y sgsm. CSJN caso Brunicardi "fallos 319.2886, La Ley 1997 F pag. 620. Silvia Beichmar "Clarín" 5.12.02 y Miguel Esteban Hesayne. Le Monde Diplomatique año IV Numero 42, diciembre 2002 pag. 6.

³⁵² Fallos 176:218 sentencia del 16.11.36 en *Compte c. Ibarra*, con cita de un fallo de la Corte de Casación del Reino de Italia del 3.3.26 que decidió las cláusulas del contrato que anulan la competencia de los tribunales italianos son nulas como contrarias al orden público del que participa la organización de la jurisdicción y como contrarias a la soberanía del estado a quien esas cláusulas deniegan uno de sus atributos esenciales".

³⁵³ La CSJN en autos "Brunicardi Adriano c. BCRA el 10.12.96 (fallos 3192886) destaca la existencia de un principio de derecho de gentes que permite excepcionar al Estado de responsabilidad internacional "por suspensión en todo o en parte del servicio de deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable" haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación en el que se señaló que "...desde la primera mitad de este siglo (por el siglo XX) la práctica de las naciones evidencia la aplicación de una regla de

c) Es inadmisibles sostener el fundamento que sustenta a los tribunales del CIADI (la autonomía de la voluntad) sin tener en cuenta el "abuso de posición dominante" es la base en la que descansan estos tratados predispuestos y adhesivos y ello descarta la validez de esos convenios y la aptitud del tribunal "ad hoc" para examinar su propia ilegitimidad. En el ámbito de este nuevo derecho mercatorio establecido e impuesto por las transnacionales de la especulación, se pretende que la voluntad de estados cuya soberanía fue previamente restringida, concurrieron a la formación de un convenio inimpugnable, aunque viole el orden público internacional y nacional de los estados contratantes³⁵⁵. El sometimiento sicario que transitoriamente definió los contenidos de la política nacional es la única razón por la cual nuestro país se sometió a estos tribunales.^{356 357}

d) Nuestra Constitución Nacional invalida por su inconstitucionalidad a las prórrogas de jurisdicción que impliquen como en este caso, violación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio (art 18 CN), circunstancias que se configuran con la designación de tribunales "ad hoc"³⁵⁸, que se conforman para cada caso específicamente, con posterioridad a la denuncia que un inversor haga de alguna supuesta violación al tratado. No hay tribunales naturales, ni permanentes. El procedimiento previsto no admite recurso alguno contra las decisiones de estos "pseudo tribunales", árbitros omnipotentes e infalibles, no hay casación ni instancias de apelación, no hay tribunales superiores.

En los dichos de la Corte, la inexistencia de recurso contra la resolución arbitral da lugar a mayor amplitud en la revisión de constitucionalidad³⁵⁹ en el control de razonabilidad, pero es mucho más amplia

conducta uniforme y reiterada de parte de los Estados, con arreglo a la cual un país incurre en responsabilidad internacional si desconoce, repudia, anula, suspende o modifica el servicio de su deuda mediante acto legislativo o decreto, si no justifica estas medidas en razones de necesidad financiera o de interés público.

Gaston Jeze afirma que "es una norma de derecho internacional positivo el que un Estado se encuentra autorizado para dar prioridad al funcionamiento de sus servicios públicos esenciales sobre el pago de su deuda", así como también que "se justificaría que el gobierno suspendiese o redujese el servicio de su deuda pública cada vez que se hubiesen de comprometer o descuidar los servicios públicos esenciales para asegurar el servicio de la deuda. Cita de **Horacio M. Corti**. Derecho Financiero y Tributario y Derechos Humanos. Publicación Web pag. 17.

³⁵⁴ Zacharie puntualizaba que el estado no puede quebrar sus compromisos financieros sin razón, bien que destacando que el "...gobierno tiene un deber que es superior al de pagar sus deudas y que es el de mantener vivos a sus ciudadanos". **Eduardo a. Zalduendo**. "La deuda externa". Ed. Depalma 1988. Pags. 9-10.

³⁵⁵ **Tobías José W. Y Goldenberg Isidoro H.** "Abuso de posición dominante". La Ley 6.7.05. pag. 2.

³⁵⁶ La Argentina adhirió al CIADI por la ley 24.353, publicada el 2 de septiembre de 1994. Brasil, en la misma década en que Argentina firmó los tratados bilaterales, recibió muchas más inversiones y no firmó tratados similares",

³⁵⁷ Es por eso que María Angélica Gelli nos indica que el "juego vivo del poder impacta a escala mundial en los estados nación cuyas soberanías parecen en el ocaso".

María Angélica Gelli. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. 3ª. Edición. Ed. La Ley. 2005. (Prologo a la 3ª. Edición)

³⁵⁸ El BM constituye el tribunal para el caso concreto sometido a su consideración.

³⁵⁹ **CSJN**. Meller Comunicaciones S.a. UTE c ENTEL . La Ley 2003 B pag. 905 con nota de Colerio Juan P. "La revisión del laudo arbitral por recurso extraordinario.

aún cuando el laudo afecta al orden público y consecuentemente es inconstitucional e ilegal y en tal caso procede aun cuando hubiera mediado renuncia contractual consumada, sobre la base de la indisponibilidad de los derechos fundamentales (arts. 872 Cod. Civ) En este caso el derecho a la jurisdicción gira en torno al control de constitucionalidad.³⁶⁰

e) Se trata de tribunales administrativos que pretenden sustituir sin contralor ni recurso de ningún tipo a los tribunales judiciales que ordena la Constitución Nacional. La revisión de los laudos arbitrales es función indelegable de los tribunales nacionales.

Bidart Campos sostiene que "la actividad que cumplen los tribunales arbitrales no es una función estatal, porque tales tribunales no son órganos del poder judicial.

Por ello el considerando 14 del fallo Cartellone c. Hidronor contesta sin vacilación que el laudo será inapelable en caso de hacer una aplicación regular del derecho, pero que aún cuando las partes hayan renunciado a apelar el laudo, éste se podrá impugnar judicialmente cuando resulte inconstitucional, ilegal o irrazonable. El control de constitucionalidad del laudo arbitral siempre es viable.³⁶¹

En claros precedentes el Superior Tribunal, coincidiendo con lo que sostienen los tribunales cimeros de otras latitudes³⁶², ya se pronunció por la inadmisibilidad de la exclusión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal argentino revisor de los laudos arbitrales, ("Fallos 290:458, autos "YPF c/Sargo S.A.", y sentencia del 1/6/04, causa "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidronor S.A.") en orden a que la renuncia de la revisión judicial no puede extenderse a supuestos en los que los términos de los laudos arbitrales resulten inconstitucionales, ilegales, irrazonables o contrarios al orden público argentino.

f) Estos tribunales arbitrales conforme su anárquica jurisprudencia asumida como un uso y costumbre en la lex mercatoria, escogen arbitrariamente la ley que van a aplicar y soslayan incluso las disposiciones constitutivas del CIADI³⁶³, no se someten a la ley ni a los precedentes, no

³⁶⁰ CSJN. "Cartellone c. Hidronor". Nota al fallo de Andrés Gil Domínguez "El caso cartellone c Hidronor. La Corte Siuprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales. La Ley 23.8.04 pag. 3 y sgts.

³⁶¹ Germán Bidart Campos. "El control de constitucionalidad y el arbitraje". La Ley Tomo 2004 E pags. 393-4.

³⁶² El Tribunal Constitucional chileno ya falló sobre la delegación de facultades jurisdiccionales a tribunales internacionales.

El último dictamen sobre esta materia fue el Rol N° 312 del 3 de octubre 2000, que con relación a las facultades jurisdiccionales que los requirentes atribuían a la Comisión Administradora del Tratado Minero con Argentina, el Tribunal Constitucional dictaminó: 'La Presidente subrogante Ministro señora Luz Bulnes Aldunate, concurre al fallo en el entendido que los artículos 5, 18, 19 y 20 del Tratado no crean un tribunal con facultades jurisdiccionales. Queda en claro que la Comisión Administradora es sólo un mediador y las 'otras funciones' que se le pueden otorgar por el artículo 18 tendrán ese mismo carácter.

Si así no fuera, se trataría de un tribunal internacional al que se le habría delegado soberanía y sus resoluciones obligarían al Estado de Chile. Para ello sería menester que se reformaran los artículos 5, 73 y 79 de la Constitución Política

³⁶³ "El art. 42 del Tratado constitutivo del Ciadi dispone que el tribunal decidirá las diferencias de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo el tribunal

están obligados por la propia jurisprudencia de otros tribunales del CIADI y producen de hecho resoluciones contradictorias generadoras de inseguridad jurídica³⁶⁴.

g) Descontextualizan supuestas inversiones extranjeras desprendiéndolas del negocio jurídico substancial al que acceden y de la realidad socio económica en la que fueron hechas y aquella existente al tiempo del reclamo. (Ver fallo *Vivendi o Aguas del Aconquija*).

Aislan de tal manera su cometido que desechan la consideración de actos de corrupción para proteger el reclamo de los oligopolios transnacionales en torno a inversiones extranjeras.³⁶⁵

El profesor Farina³⁶⁶ pone de relieve algunas contradicciones del sistema de arbitraje compulsivo para la protección de las inversiones especulativas, evidenciadas en sus laudos. En *Azurix Corp c. República Argentina*³⁶⁷ el tribunal arbitral fue el recurso fraudulento por el cual la actora pudo soslayar fraudulentamente el pliego licitatorio que prohibía la intervención de inversores extranjeros, y le concedió la razón soslayando cláusulas atributivas de jurisdicción y cosa juzgada previa en el negocio substancial al que esa supuesta inversión accedía. Este caso pone en evidencia que no se trata de tribunales, sino de "grupos de tareas" de las corporaciones transnacionales. La prepotencia y el facto se imponen al derecho.

h) Los fallos del CIADI pretenden que el "acuerdo de voluntades" (sic) constituye una norma "supraconstitucional", pero invoca para ello la existencia de la Convención de Viena que tiene jerarquía suprallegal pero infraconstitucional.

i) Los tribunales nacionales no están obligados a despachar en la fase de ejecución, un laudo arbitral que soslaye la consideración del orden público internacional de los estados que podrían estar en relación con las partes (art. V2 del Convenio de Nueva York de 1958).

aplicará la legislación del estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de DIP y aquellas normas de derecho internación que pudieran ser aplicables. (930)".

No obstante lo cual de hecho estos tribunales cuando las partes no han acordado el derecho aplicable se abstienen de aplicar la legislación del estado que sea parte en la diferencia y no están sometidos a control alguna en la revisión de este y otros criterios.

³⁶⁴ Se han producido dos recientes pronunciamientos contradictorios de dos tribunales arbitrales en controversias basadas en hechos idénticos. (*Lauder Czech Republic 3.9.01* y *CME Czech Republic BV c. Czech Republic 13.9.01*).

Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del Ciadi y el Derecho Aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos "vivendi", "wena" y "Maffexini".

Guido Santiago Tawil. La Ley 2003 A pag. 914.

³⁶⁵ Haciendo referencia a un arbitraje de la CCI en Ginebra donde se discutía el derecho de Westcare (una consultora) de cobrar la comisión convenida con el gobierno de Kuwait por la venta de equipo militar, negándose a considerar una denuncia de cohecho formulada por la accionada. **Bernardo M. Cremades y David. J.A. Cairns.** "Arbitraje Internacional. Cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable". La Ley Tomo 2004 B sec. Doctrina. Pags. 1365 y sgts.

³⁶⁶ **Farina Juan M.** "El derecho comercial en el mundo globalizado. Neoliberalismo. Inversiones Extranjeras. Filiales. La República Argentina y el CIADI. Ed. Ad Hoc. 2005.

³⁶⁷ Decisión del Tribunal Arbitral del CIADI del 3.12.03, publicada en La Ley el 31.3.04 con comentario de Osvaldo Siseles.

"El quebrantamiento del orden público constituye un motivo para que los tribunales nacionales se nieguen a reconocer o ejecutar un laudo arbitral³⁶⁸.

j) La prohibición contenida en la Convención de Viena de incumplir los tratados contenida en forma genérica en su art. 27 se excepciona en ese país si "el consentimiento en obligarse ha sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, en tanto esa violación sea manifiesta y afecte una norma fundamental de su derecho interno" - art. 46 -

La Suprema Corte de los EEUU en "Reid V. Covert" dijo con el voto de Hugo Black. 354 US 1, 16 a 18. (1957) que "Ningún acuerdo con un estado extranjero puede conferir competencias al congreso o a otra rama del gobierno, que estén libres de los límites de la Constitución.

Las prohibiciones de la Constitución fueron establecidas para ser aplicadas a todas las ramas del Gobierno Nacional y no pueden ser anuladas por el ejecutivo o por el ejecutivo y el senado combinados (refiriéndose a la competencia de concluir tratados).

Sería manifiestamente contrario a los objetivos de quienes crearon la Constitución, así como de los que fueron responsables de la Declaración de Derechos incluso ajeno a la historia y tradición constitucional interpretar el artículo IV (la pirámide jurídica) como permitiendo a los EEUU ejercer poderes bajo un acuerdo internacional sin observar las prohibiciones constitucionales. Esta Corte ha tomado reiteradamente la posición de que una ley del congreso, debe cumplir con la Constitución, y está en absoluta igualdad con un tratado y cuando una ley posterior en el tiempo fuera inconsistente, la ley en cuanto es extensión del conflicto anula el tratado."³⁶⁹

k) Los fallos y el criterio mismo de sometimiento al CIADI reposa en el eufemismo de extender el concepto de inversión extranjera³⁷⁰ a límites conceptuales inadmisibles, y ello se traduce en el propio Ya el propio del Tratado de Inversiones recíprocas con EEUU de 1991 aprobado por ley 24.124 que importa un absurdo tautológico enderezado a atrapar en la figura cualesquier interés de un ciudadano de los EEUU de cualquier naturaleza en el país.

³⁶⁸ Bernardo M. Cremades y David. J.A. Cairns. Ob. Cit. Pag. 1367.

³⁶⁹ Juan Vicente Sola. "Constitución y Economía". Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. 2005. pags. 529-30.

³⁷⁰ En el ámbito de los negocios internacionales "inversión" significa incremento neto de capital mediante aportes de activos fijos en la actividad que una empresa desarrolla en otro país. Inversión significa contribuir al futuro de la empresa a largo plazo. Toda inversión debe conducir a un aumento de la capacidad de la empresa.

Villegas Carlos M y Villegas Carlos G. "Aspectos legales de las finanzas corporativas" Dikynson. Madrid 2001. pag. 12 y Le Boterf Guy. "Como invertir en formación" Eada Gestión, Barcelona 1991 pag. 32, citados por Juan M. Farina en "El derecho comercial en el mundo globalizado. Neoliberalismo. Inversiones Extranjeras. Filiales. La República Argentina y el CIADI. Ed. Ad Hoc. 2005. Omitimos un análisis detallado que si efectúa este prestigioso autor en la obra citada.

No obstante nuestro superior tribunal no ha sido todo lo contundente que estos atropellos disfrazados con el ropaje jurídico, reclaman^{371, 372}, aún en contradicción con sus propias decisiones.

Nuestra Ley Fundamental descarta la existencia de normas supra - constitucionales de mero contenido patrimonial, sometiendo a las normas constitucionales e infra - constitucionales, al orden jerárquico y axiológico que prioriza los derechos fundamentales.

Derechos Fundamentales.

No es pacífica en doctrina la definición de cuáles son los "Derechos Fundamentales" y existe un abismo entre aquellos que entienden, siguiendo arraigados criterios individualistas, -que se desarrollaron en los orígenes de la formación económico social capitalista, aún antes de haberse instalado el constitucionalismo social- que se trata de los Derechos Individuales de contenido patrimonial y de los derechos civiles y políticos, - (poniendo de relieve como tales fundamentalmente al derecho de propiedad y a la libertad contractual y a aquellos que aseguran la democracia formal) - y quienes sostenemos que la normativa y la axiología constitucional tras las reformas constitucionales identifican a los derechos humanos y a los derechos económicos y sociales, como derechos esenciales que se armonizan con los derechos individuales y que en el conflicto prevalecen axiológicamente sobre estos últimos. - (Garantizando efectiva y sustancialmente libertad, igualdad fraternidad y democracia) -

Existe una clara tendencia no pacífica, que sostuvo y sostiene que los derechos humanos, económicos y sociales son meramente programáticos y no justiciables

En la primera corriente se inscriben los sólidos argumentos, entre otros de Lorenzetti y Gelli, quienes congelan la esencia de nuestra Constitución en el individualismo que caracterizó a la norma en 1853, interpretando que las sucesivas reformas constituyeron agregados que no transformaron su esencia. Se trata de valiosos criterios que no enfrentan a nuestra carta magna y a su normativa con los requerimientos socio económicos y dialécticos que transforman en dialéctica y dinámica su interpretación.

"Hasta comienzos de los años 90, muy pocos autores sostenían explícitamente la existencia de derechos subjetivos de base constitucional referidos a la salud, a la vivienda, a la educación, a un medio ambiente sano a la situación de grupos o sectores sociales determinados".

"La tendencia adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la última década y reflejada claramente en el período 2003/4, viene

³⁷¹ C.S.J.N. Café la Virginia S.A. Fallos 317.1282. (1994).

C.S.J.N. Miguel A. Dotti y O s. Contrabando. Incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia. Fallos 321.1226 (1998).

C.S.J.N. Mercedes Benz Argentina S.A. c. Ana. Fallos 322.3193 (1999).

³⁷² J.V. Sola Ob. Cit. Pags. 544 a 547

a echar por tierra las especulaciones acerca de la supuesta no justiciabilidad de los derechos sociales³⁷³.

Courtis puntualiza el abanico de casos en los que la corte identifica obligaciones relativas al derecho a la asistencia sanitaria, al acceso a la educación, a igualdad de oportunidades educativas, al reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas, etc, que marcan un cambio esencial en las pretéritas y ya perimidas concepciones que conferían a estos derechos fundamentales naturaleza meramente programática.

Pero sin embargo todas estas transformaciones se están produciendo en una infinidad de casos puntuales sin que el Superior Tribunal establezca una doctrina constitucional que respondiendo al texto escrito de la ley fundamental jerarquice adecuadamente a los derechos de tercera y cuarta generación y delimite su contenido.

Desde el ámbito de los derechos humanos nace y se desarrolla una concepción absolutamente congruente con el texto normativo, pero que además está comprometida con los imperativos que ordenan la defensa de la condición humana:

El derecho a la vida, a la salud, a la educación y al desarrollo social en todos sus aspectos no pueden realizarse y son inevitablemente postergados en la sociedad del hipercapitalismo globalizado, si no son preferidos y sustentan los límites a los derechos patrimoniales.

Luigi Ferrajoli sostiene que "Los derechos fundamentales comportan el carácter inalienable e indisponible de los intereses substanciales en que los mismos consisten.

Estos derechos no son alienables o negociables, sino que corresponden a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.

Y apunta a los siguientes rasgos

- a) La radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes, los unos a enteras clases de sujetos, y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás.
- b) Los derechos fundamentales al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la dimensión substancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal de ésta.
- c) Los derechos fundamentales de la misma manera que los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones o prohibición³⁷⁴.

De la estructura normativa vigente como producto de su evolución hacia el Constitucionalismo Social, resulta por aplicación del principio de legalidad, un orden axiológico que priorizando los derechos y la condición humana reclama el bien común, el bienestar general, el derecho al desarrollo y

³⁷³ Christian Courtis. "La Corte Suprema ante los derechos sociales", en "La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003/4. Edit. Siglo XXI. Pag. 328 y sgts.

³⁷⁴ Ferrajoli, Luigi. "Derechos y Garantías". Ed. Trotta. Madrid. España 1997. Pag. 43.

la justicia social, jerarquizando los derechos humanos por encima de los derechos sociales y a los derechos económico sociales por encima de los derechos y garantías excluyentemente individuales³⁷⁵ sin perjuicio de priorizar dentro estas las que tienen un contenido personalísimo, social o político por encima por encima de las que responden a intereses excluyentemente patrimoniales.

Todos ellos conforman los derechos fundamentales que no pueden ser soslayados en ningún caso pero que deben ser armonizados para que la realidad económico social encuentre correspondencia con la Constitución formal.

Los derechos fundamentales incluso los derechos económico sociales, no pueden ser preteridos, pero ello no significa que no puedan ser limitados.

Todos los derechos encuentran límites en el proceso de inclusión en el sistema jurídico y en su encuentro contradictorio con la realidad socio económica, a condición de que sea respetada la jerarquía normativo axiológica constitucional y sus esencias.

Ese proceso de armonización, sin soslayar el contenido de esos derechos, impone los límites que resultan del sistema normativo, de la realidad socio económica y de los presupuestos axiológicos de la ley fundamental. Se trata de un proceso dinámico y progresivo que consulta permanentemente la relación entre el ser y el deber ser.

El "deber ser" del orden jurídico que establece nuestro sistema constitucional proporciona instrumentos jurídicos para que los poderes del estado y los ciudadanos produzcan en la realidad económica social las transformaciones socio económicas que aseguren la efectiva vigencia "del deber ser" y una interpretación axiológica de los derechos fundamentales debe estar enderezada en este sentido.

Martín Borowski³⁷⁶ nos indica que las funciones de los derechos fundamentales garantizan en toda su diversidad derechos restringibles, y los criterios para que se produzcan restricciones legítimas son siempre los mismos, aún en relación a los derechos de prestación y de igualdad (derechos económicos y sociales), y consisten en la aplicación del principio de proporcionalidad congruente con el de racionalidad.

Aún en las condiciones y con las limitaciones que le plantea la globalización, a un estado de derecho soberano, pueden tener progresiva y efectiva vigencia los derechos humanos, los derechos económicos sociales, los derechos sociales y los derechos individuales.

³⁷⁵ Por vía del ejercicio del poder de policía, y en tanto que las medidas adoptadas - en el caso por la ley 22.229, - sean razonables y justas en relación a las circunstancias que las han hecho necesarias, se puede, salvando su sustancia, restringirse y regularse legalmente los derechos del propietario, en lo que sea indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. 1980/08/14. Egarrat, Lázaro D. c. Prensa del Oeste, S. A. SP LA LEY, 980-650

³⁷⁶ **Martin Borowsky.** La Estructura de los derechos fundamentales. Edit. Universidad Externado de Colombia. Ed. 2003.

Hacer que "la constitución formal" sea el paradigma de "la constitución real" es función de la sociedad y de los tribunales.

Se trata del mito posible que traduce la justicia, reclamada por la soberana voluntad popular, expresada en el sistema constitucional³⁷⁷, conforme al estado de derecho, y para ello está obligada a utilizar todos los procedimientos y recursos que el sistema legal pone a su disposición.

Rechazamos jurídica e ideológicamente la pretensión contenida en las corrientes interpretativas que discriminan a algunas cláusulas constitucionales (justamente a aquellas que proclaman derechos fundamentales) a las que denominan programáticas, para restarles eficacia y privarlas de acción.

Las desnudan del yelmo y la coraza de los que hablaba Couture, para restringir su vigencia al mundo de las ideas.

En sentido absolutamente inverso entendemos que los derechos de raigambre constitucional deben ser respetados y armonizados en su totalidad, y su orden jerárquico y axiológico impone una visión legiferante e interpretadora que armonice el plexo constitucional privilegiando conforme ese conjunto normativo lo ordena: Los derechos Humanos, los Derechos Socioeconómicos y los derechos individuales.

Señala Ferrajoli la incongruencia que implica confundir derechos y garantías, negando la existencia de los primeros en ausencia de las segundas,

"Los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, tienen claras diferencias estructurales:

a) Los derechos fundamentales son derechos universales, mientras que los derechos patrimoniales son derechos singulares. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, los otros son exclusivos y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.

b) Los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. - (Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado) -.

En cambio los derechos patrimoniales - de la propiedad privada a los derechos de crédito - son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

c) Mientras que los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas.

En el estado democrático de derecho, si las normas formales se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que expresan la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ella, bajo

³⁷⁹. 15. Art. 1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

pena de invalidez la sustancia o el significado de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia substancial³⁷⁸.

Tampoco tiene sustento la pretensión que afirma la primacía de los derechos civiles y políticos por encima de los derechos económicos, sociales y culturales: "La indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos (Res. 32.130 de la Asamblea General de la UN del 16.12.77) ha vuelto a ser proclamada por la conferencia Mundial de Derechos humanos celebrada en Viena (13.6.93).

Por lo tanto actualmente a pesar de la distinción entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos económicos, sociales y culturales por otro, sus diferencias deben ser analizadas a la luz de las disposiciones en torno a la profunda interrelación que debe existir entre ambos tipos de derechos. La defensa de la dignidad humana necesita inexorablemente de ambos tipos de derechos.

Los derechos de tercera generación (derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad o a la asistencia humanitaria), requieren en grado mayor de la solidaridad.

En la opinión de Gros Espiell los derechos de la solidaridad son prerequisite para la existencia y ejercicio de todos los derechos humanos"³⁷⁹.

Algunos juristas administrativos, comercialistas, civilistas o constitucionalistas, hartos creativos para desarrollar acciones no reguladas cuando se trata de proteger el individual derecho de propiedad, no aplican idéntica diligencia para reconocer los remedios procesales que la propia Constitución Nacional³⁸⁰ los Convenios Internacionales incorporados con jerarquía constitucional y las leyes sustanciales y rituales preveen para hacer efectivos los derechos humanos y los derechos económicos y sociales.

Los derechos de raigambre constitucional reglamentados o no, confieren a los particulares derechos y obligaciones y una jerarquización axiológica exigible en justicia a partir de todas las acciones emergentes del régimen procesal asentado en el derecho al debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

³⁷⁸ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pag. 47.

³⁷⁹ Gómez Isa Felipe y Pureza José Manuel . "La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. En Humanización Net, Universidad del Deusto Bilbao. España 2003. Pags. 43 y 45.

³⁸⁰ C.N. Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Es difícil entender los valores y la idea de justicia, que ordena criterios, lamentablemente muy arraigados en la conciencia jurídica de autores y jueces, que están en abierta contradicción con aquellos explicitados en la cúspide de nuestra sistemática pirámide jurídica.

La raíz capitalista de nuestra sistemática jurídica no es incompatible con la preeminencia de los valores humanos y sociales sostenidos por la legalidad normativa.

El capitalismo que defiende nuestro sistema jurídico no es el que afirma el hiper capitalismo globalizado.

El derecho de propiedad y la libertad negocial deben ser enmarcados en el contexto sistemático jerarquizado a partir de la Constitución Nacional.

Jerarquía Normativa.

La Constitución de la Nación argentina sancionada por el Congreso General Constituyente e. 1º de mayo de 1853, reformada y concordada por la Convención Nacional el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994, es la expresión tangible de la soberanía nacional.

A los principios que ella consagra normativamente, del bienestar general, del bien común, del desarrollo económico, de la justicia social y del derecho a la libertad con el objeto de asegurar inalienables derechos humanos, en el ámbito de su territorio, se subordinan todas las normas y todas las conductas jurídicamente relevantes de gobernantes y gobernados y de todos aquellos que quieran habitar, el suelo argentino.

El texto constitucional impone un claro orden normativo piramidal, en el que los principios y normas constitucionales (la propia Constitución Nacional) conforman la cúspide normativa que subordina y armoniza a las normas que también se ordenan de seguido conforme el orden jerárquico que la carta magna establece:

En primer término se incorporan las convenciones internacionales con jerarquía constitucional³⁸¹ y de seguido les suceden las convenciones y los

³⁸¹ C.N. Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación;

CN. Art.75 inc. 22. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Por ley 24.820, el Congreso de la Nación otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 75, inc. 22 in fine).

tratados y leyes en sentido formal y las restantes normas infraconstitucionales³⁸².

En su virtud los restantes tratados internacionales celebrados con otras naciones o con organismos internacionales, tienen jerarquía infraconstitucional pero superior a las leyes (art. 75, inc. 22 primer párrafo)³⁸³.

"Las normas inferiores a la constitución o se someten a ella, o no son normas: No ingresan en la pirámide".³⁸⁴

Jerarquía axiológica.

La Constitución Nacional contiene una axiología, una escala de valores explícita que responde a la idea del Estado Social, del Estado que procura el bien común, el bienestar general, el desarrollo humano económico y social, que concibe a la justicia como justicia social.

Juan XXIII dice en la encíclica "Pacem in terris" que "el bien común se considera realizado cuando se han salvado los derechos y los deberes de las personas.

La economía al servicio del bien común tiene que conferir efectividad a los derechos del hombre, incluidos los derechos sociales"

"Nuestra Corte Suprema tiene dicho, (con relación a los Derechos) que la igualdad jerárquica reside en la estructura de facultades constitucionales (y luego, en su axiología), siendo el primer criterio resolutorio de conflictos la "armonización" (fallos 255:293; 264:94).

Ese mismo tribunal ha adoptado como criterio subsidiario de aplicación cuando no es posible armonizar los derechos en juego, la priorización

³⁸² C.N. Art. 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

C.N. Art. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

³⁸³ "Tratándose de una solicitud de extradición regida por la Convención de Montevideo de 1933, no procede alegar que la prescripción, en cuanto se integra al concepto de la ley penal al que se refiere la Constitución Nacional y es parte del derecho público patrio, actúa como condicionante para la aplicación de la ley extranjera, pues la citada convención, que postula un análisis de la prescripción a la luz de la normativa foránea, también forma parte del orden público interno con jerarquía superior a las leyes" -art. 75, inc. 22, Constitución Nacional- (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo)

Corte Suprema de Justicia de la Nación . 2000/11/14. Vera Maldonado, Juan L.. LLO

Es inconstitucional el art. 103 bis, de la ley 20.744 (t.o. 1976) -texto según ley 24.700 (Adla, LVI-D, 4657)- en cuanto asigna carácter no remuneratorio a los "tickets" o vales de comida, pues pretender acotar el concepto remuneratorio excluyendo a dichos tickets, so pretexto de que se trata de un beneficio social, es desconocer el concepto de remuneración que recepta la ley laboral y el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado que ostenta jerarquía superior a las leyes en virtud de su ratificación por la República Argentina (del voto en disidencia parcial del doctor Capón Filas).

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI 2004/06/15. Corba, Omar A. c. A.P.S. S.A. Argentina y otro. LLO, 2004/04/29..Rodríguez, Gustavo A. c. S.A. Organización Coordinadora Argentina. LA LEY, 2004/05/18, 6

³⁸⁴ **Nestor Pedro Sagues**. La Interpretación judicial de la Constitución. Ed. Depalma 1998. Pag. 14.

relativa al derecho más apreciado (esto es referido a un interés más valioso), lo cual supone reconocer la diferencialidad axiológica (caso Ponzetti de Balbín, Indalia y otro c/Editorial Atlántica S.A., fallos306:1892).

De tal forma, concluimos en que de no poder armonizar adecuadamente los valores contrapuestos, debemos dar primacía al que surja como jerárquicamente superior en el plexo estimativo constitucional

El conflicto de valores debe resolverse de acuerdo a la jerarquía objetiva existente entre éstos y de una manera circunstanciada, considerando algunos valores (dignidad de la persona Humana, bienestar general, etc.) como prevalentes".³⁸⁵

Los criterios que buscan fundamento axiológico en nuestro sistema jurídico, para sostener la necesidad de hacer desertar al estado, de esterilizar la soberanía nacional, las ideas que afirman libérrimos derechos individuales absolutos que pueden prevalecer y no deben ser armonizados con los derechos humanos y sociales no encuentran asidero normativo³⁸⁶.

No son jurídicos, son actos de fuerza ideológicos.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina que sostiene la prevalencia del mercado en interés de la globalización de los oligopolios financiarizados y transnacionalizados, no se corresponde con los valores esenciales de nuestro sistema jurídico. Son inconstitucionales.

Los valores privilegiados por la ley fundamental, están explicitados en su texto y en los tratados con jerarquía constitucional, pero además han

³⁸⁵ Maximiliano Rafael Calderón. "Los valores en la Constitución argentina". efnp@onenet.com.ar. Pag. 7 y 9.

³⁸⁶ La reglamentación legislativa de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Nacional está condicionada por la necesidad de armonía y orden con el ejercicio de los derechos de defender y fomentar la salud, la moralidad, la seguridad, la conveniencia pública y el bienestar general. La medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar determinará la medida de las regulaciones en cada caso.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1944/09/01/ Inchauspe Hnos., Pedro c. Junta Nac. de Carnes Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), 117

La gravedad y extensión de la crisis económica verificada justifican la creación de la ley 11.741 puesto que todas sus disposiciones pretenden la salvaguarda del interés público comprometido por esa gravísima situación. Así, la moratoria dispuesta para el pago del capital y los intereses tanto como la limitación a la tasa de interés aplicable es justa y razonable como reglamentación o regulación de los derechos contractuales.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1934/12/07. Avico, Oscar A. c. De la Pesa, Saúl. Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), 95

Por vía del ejercicio del poder de policía, y en tanto que las medidas adoptadas -en el caso por la ley 22.229, - sean razonables y justas en relación a las circunstancias que las han hecho necesarias, se puede, salvando su sustancia, restringirse y regularse legalmente los derechos del propietario, en lo que sea indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. 1980/08/14. Egarrat, Lázaro D. c. Prensa del Oeste, S. A. SP LA LEY, 980-650

Los derechos que la Constitución Nacional reconoce, no son absolutos, sino relativos, pues son susceptibles de reglamentación y de limitación sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral pública, etc. Ello surge del propio art. 14 de la misma Constitución, donde refiriéndose al goce de los mismos señala "... conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio..." mientras tal reglamentación o limitación sea "razonable" (art. 28).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala 1ª. 1983/04/21. Bertolotto, Juan, suc.. ED, 105-478 -JA, 983-IV-90

sido reafirmados por la jerarquización normativa que establece claramente un orden axiológico.

Efraín Richard con cita de Norberto Reich señala que "El jurista que piense que hay que poner a disposición de los procesos de mercado instrumentos jurídicos para su organización o mantenimiento, no puede invocar una pretendida neutralidad científica del derecho.

Tampoco actúa de forma neutral aquel que pretende transformar el derecho en un instrumento para la consecución de fines de política social.

La decisión última no puede ser, sin embargo, premeditada, sino que debe ser consecuencia de una teoría constitucional del Estado social:

La teoría constitucional tendrá que aclarar de que modo es dable contemplar la relación entre el Estado y el derecho frente a los procesos de mercado y cuál deba ser aquí la posición del jurista"³⁸⁷.

A tal efecto el preámbulo nos introduce teleológicamente indicando que la unión nacional se establece para "promover el bienestar general"³⁸⁸ y este concepto se desarrolla en las Convenciones Internacionales incorporadas con jerarquía constitucional que consagran la "dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

La necesidad de que se asegure que el "ser humano (sea) libre", y para ello debe ser liberado "del temor y de la miseria, y crearse condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

Es obligación de los estados que han incorporado estos convenios internacionales asegurar un "régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".³⁸⁹

El texto articulado de esas normas reitera y profundiza este horizonte normológico y axiológico y nos indica con absoluta claridad que lo justo no es lo que cada uno de nosotros piensa arbitrariamente al respecto, sino que nuestro sistema jurídico establece con claridad las pautas dikelógicas conforme a las cuales debe ser modificado, aplicado e interpretado.

La Constitución establece un orden de prioridades que obliga al estado a utilizar el presupuesto, a sancionar leyes y a juzgar "proveyendo lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo", "a la

³⁸⁷ Richard Efraín Hugo. Publicación web indicada con cita de Norberto Reich en "Mercado y Derecho"

³⁸⁸ El ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende en nuestro país a la protección no sólo de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1990/12/27. Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-). LA LEY, 1991-C, 158, con nota de Alberto B. Bianchi - LLC, 1991-666 - DJ, 1991-2-219 - ED, 141-523.

³⁸⁹ Coinciden en esta aseveración los Preámbulos del "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), y la " Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.054.

investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento" y que somete la validez de las normas infraconstitucionales a su adecuación a estos principios.

Bidart Campos que señala márgenes elásticos para entender las pautas socioeconómicas de la constitución que se enderezan a asegurar el bienestar general, (que debe ser presente y actual para hacer posible que quienes vivan aquí y hoy estén en condiciones de participar de él), puntualiza no obstante, que existe en la misma un cerco, un perímetro vinculante que no puede ser violado, y entiende que los principios fundamentales que lo informan son:

- a) El principio de derechos humanos (incluidos los derechos sociales) y de libertad.
- b) El principio de igualdad real de oportunidades y trato.
- c) El principio de desarrollo integral. (social, económico y humano).³⁹⁰

Normas de jerarquía Supraconstitucional.

La ley fundamental no prevee genéricamente la existencia de normas supraconstitucionales. Sólo consiente con carácter absolutamente excepcional y restrictivo en la celebración de "tratados de integración" que se celebren "con el excluyente propósito de delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales" en tanto se establezcan condiciones de reciprocidad e igualdad, y sometiendo su validez, al respeto al orden democrático y a los derechos humanos (art. 75 inc 24).

Sólo en "tratados de integración" y sujeta a las condiciones establecidas en la norma fundamental, pueden celebrarse tratados que deleguen competencia y jurisdicción.

Ni la Convención de Viena, ni los tratados celebrados en el marco de la OCDE tienen este carácter ni naturaleza.

El derecho "supraestatal" resultante de convenios, tratados o concordatos con jerarquía constitucional o infraconstitucional, celebrados con intervención del congreso de la Nación "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

"Es una regla interpretativa de la jurisprudencia de la Suprema Corte que la exégesis de las normas inferiores a la Constitución debe conformarse con el espíritu y la letra de ésta, vale decir que debe preferirse la exégesis de tales reglas sub constitucionales que mejor concuerden con las garantías y los principios de la Constitución Nacional"³⁹¹.

La decisión de la Corte Interamericana de Justicia —en su opinión consultiva número 10— respecto del art. 27 de la "Convención de Viena" que estableció que un Estado que forma parte de un tratado no puede incumplirlo ni desobligarse invocando su derecho interno, legitima inconstitucionalmente un derecho supraestatal y obliga al Estado a cumplirlo aunque se trate de un

³⁹⁰ Bidart Campos G. "El orden socioeconómico.." ob. Cit. Pag. 83 y 236.

³⁹¹ CS . J.A. 18.1973.271, 1977 II 426, 1996 IV, etc. Citados por Nestor Sagués. Ob. Cit. Pag. 68.

convenio que afecte derechos fundamentales humanos o derechos socioeconómicos de la sociedad nacional.

Afecta derechos fundamentales y fundacionales consagrados por las cartas constitutivas de los organismos regionales e internacionales y puede perjudicar los derechos esenciales inherentes a la condición humana que constituyen el corazón de los convenios, tratados y acuerdos regionales e internacionales³⁹². (Derecho a la autodeterminación, al desarrollo, a la justicia social, derechos humanos y sociales).

Este criterio interpretativo en contradicción con expresas disposiciones constitucionales vigentes, no es vinculante ni se ajusta a nuestro sistema normativo.

Conforme la Constitución Nacional los derechos y garantías fundamentales no pueden ser preteridos por las justas necesidades del comercio internacional y los derechos individuales patrimoniales que son su consecuencia.

Cuando los poderes del estado actúan fuera de la competencia substancial que les asigna la constitución no ejercen la representación de la sociedad, Es inadmisibles en nuestro sistema jurídico un compromiso contractual patrimonial que afecta derechos y garantías constitucionales o asegurados por los tratados o convenios regionales o internacionales. Las normas fundamentales se imponen a los estados nacionales y también a las relaciones internacionales.

Pero no sólo son externas las agresiones que sufre la pirámide jurídica sustentada en la Supremacía Constitucional.

Una práctica legislativa y judicial corrupta ha admitido que el estado Nacional incumpla con su obligación esencial en un estado de derecho, que es la de someterse al mandato constitucional y asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos y económico sociales. El estado no puede privar a la población del derecho a una vida digna, a alimentarse, educarse, contar con vivienda y servicios básicos y elementales, alegando la no judicialidad de las decisiones que con la forma de ley o de decisión administrativa y en la elaboración del presupuesto o en la asignación de los recursos públicos, restan los recursos indispensables para hacer efectivos esos derechos.

³⁹² El art. 56 de la carta de las Naciones Unidas dispone que todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la ONU para la (art. 55) promoción de niveles de vida mas elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos.

Estas disposiciones son la base legal para la actuación de órganos y agencias de la UN en el ámbito de los derechos humanos, aun en ausencia de disposiciones convencionales específicas que la autoricen expresamente.

Los derechos colectivos de la humanidad entera como el derecho al desarrollo, al medio ambiente sano y a la paz son denominados como derechos de tercera generación.

El ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos como condición para que se configure el estado de derecho.

Nikken Pedro. Estudios sobre derechos Humanos. Ed. Fespad San Salvador 2004, Pags. 46, 48, 49.

Es acaso "legítimo que el respeto a los derechos constitucionales básicos no sea irrestricto, al depender su efectividad de las decisiones públicas presupuestarias".

Es claramente inconstitucional la ley 24.463 cuando en su art. 16 dispone "que el Anses podrá articular en su defensa la limitación de recursos" o el art. 1 cuando limita "el pago de las prestaciones de dichos sistemas hasta el monto de los créditos presupuestarios expresamente comprometidos para su financiamiento por la respectiva ley de presupuesto".

Constituye una clara tergiversación de nuestro sistema constitucional la pretensión establecida por una ley del congreso de condicionar "la efectividad de los derechos declarados por la Constitución a lo que decida la ley de presupuesto".

Conforme lo puntualiza Horacio G. Corti³⁹³, esta norma pretende producir "una mutación en las jerarquías de nuestro orden jurídico" de indudable gravedad.

Las cárceles podrían no ser sanas ni limpias, los jubilados morir de hambre, desaparecer la educación pública gratuita, la salud pública desaparecer etc. etc, si el presupuesto no asignara partidas suficientes para hacer efectivos esos derechos. Este es un absurdo inadmisibles sostenido no obstante con toda claridad por esa norma que pone al legislador que sanciona el presupuesto mas allá del contrato social.

Orden jurídico formal y orden socio económico real.

Los problemas constitucionales al decir de Lasalle no son primariamente problemas de derecho, sino de poder³⁹⁴, y por ello no admiten una visión estática.

El poder es producto de lucha y caso que permanentemente confronta con la vocación de rigidez del derecho. Ambos dependientes e independientes uno del otro, ceden y se afirman respondiendo a múltiples factores.

Las contradicciones que la globalización hipercapitalista genera en su propio seno y en relación a los países periféricos y los fenómenos socio económicos vinculados con la inclusión o exclusión de buena parte de la humanidad genera formidables tensiones y para su dilucidación, los países centrales, sus organizaciones comerciales y financieras internacionales, las empresas transnacionales, y los propios países sicarios periféricos, conforman un poder omnisciente que actúa y confronta con el acotado pero aún importante poder remanente de cada uno de los estados periféricos y de sus manifestaciones jurídicas, con los excluidos del planeta, y con las necesidades de la humanidad, en lucha desigual.

Los sistemas normativos nacionales y aquellos que genera la integración cooperativa de las naciones tienen un muy importante rol que

³⁹³ Corti, Horacio G. "Crítica y Defensa de la Supremacía de la Constitución". La ley 1997.F.1033.

³⁹⁴ Cita de **Nestor Pedro Sagues**. "La interpretación Judicial de la Constitución". Edit. Depalma. Pag. 115, que cita el trabajo de **Fernando Lasalle** "Que es una Constitución" Ed. Siglo XX. Pags. 48 y Sgts.

cumplir en la tarea de someter a esas fuerzas de hecho (que invocan fraccionada y tendenciosamente el derecho), a la normativa y a la axiología sistemática establecida a partir de sus normas y derechos fundamentales que deben recobrar plena vigencia restableciendo la concordancia de la constitución real con la constitución formal, sin perjuicio de que la inestabilidad inherente a esta relación vuelve a manifestarse en un plano distinto una vez superada la contradicción presente.

Las contradicciones del ser y el deber ser se dilucidan en el ámbito de la realidad socio económica, y por eso los poderes del estado y los que de hecho ejercen las empresas transnacionales, y los tribunales nacionales o internacionales son actores fundamentales en la proclamación y en la afirmación del programa social, y por ello participan activamente de una dialéctica que debiera orientar al "ser" en dirección al "deber ser" resultante de las normas fundamentales que priorizan los derechos humanos y los derechos económico sociales y los derechos individuales personalísimos por encima de los derechos individuales meramente patrimoniales.

La mercantilización y la consecuente privación a regiones, países y a sectores de la población de los recursos básicos indispensables para satisfacer elementales e impostergables derechos humanos plantea el absurdo de sostener que un inviolable derecho de propiedad protege de manera absoluta derechos adquiridos sobre la tierra, el aire, el agua o la energía. Su explotación esta siempre condicionada a que no colisione con derechos inalterables del hombre y del ciudadano.

Frente a los conflictos que plantean las medidas tomadas por el gobierno boliviano en los primeros meses del 2006, bueno es recordar que "El derecho a la energía constituye una premisa básica para la vida del hombre y el desarrollo sustentable. Resulta imposible pensar cualquier progreso social sin fuentes energéticas. Si bien la energía puede ser un bien transable en el mercado , su carácter y relevancia en el desarrollo humano lo excluyen de por sí de toda aplicación automática", de los institutos de la propiedad y de la libertad contractual con carácter absoluto e irrestricto " porque se trata de un derecho humano, social, universal y colectivo".³⁹⁵

Legislación, jurisprudencia, derecho consuetudinario y comportamientos contra legem.

La seguridad jurídica sólo puede descansar en el principio de legalidad substancial.

"El tiempo de los derechos es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad mas profunda e intolerable. De suerte que frente a esta enorme diferencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo, es el constitucionalismo democrático el que corre riesgo."³⁹⁶

³⁹⁵ Suplemento de Derecho ambiental. "El acceso a la energía como derecho humano fundamental". El dial.com. Biblioteca Jurídica on line.

³⁹⁶ Luigi Ferrajoli. "Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización. La Ley 6.12.05 Pag. 2.

Los criterios que invocando la seguridad en las transacciones y la autoridad de la doctrina de la Corte pretenden desde diversas vertientes, que se ha generado un derecho consuetudinario que sostiene válidamente los comportamientos "contra legem", no constituyen una respuesta adecuada a nuestro sistema legal, a su axiología y a las necesidades que plantea la realidad socio económica.

Cuando el jurista afirma que algunas disposiciones "del art. 14 bis se transformaron en derechos programáticos sin vigencia efectiva alguna"³⁹⁷ está afirmando la prevalencia y eternización de una situación de poder de hecho que se ha impuesto al derecho.

Esta visión fotográfica renuncia a la "lucha por el derecho" transformándolo en un apéndice mecánico de las relaciones de poder instaladas en la estructura social.

La globalización hiper capitalista ha socavado en los países sometidos, el poder del estado y desquiciado la administración de justicia.

Ha profundizado la naturaleza adjetiva del derecho multiplicando las denominadas "leyes privilegio" en desmedro de las "leyes generales".

Sectores crecientes de su población son arrojados al individualismo egoísta, la informalidad económica y a los comportamientos ilegítimos. Se multiplica en los sectores medios de la sociedad la economía "negra" y en los sectores más postergados la marginación y el delito.

Para afrontar todas estas cuestiones la solución que propone la ideología cultural globalizada es la exclusión. La arquitectura propone fronteras físicas internas (countries, shoppings, etc), mientras que el análisis económico del derecho incluye a los globalizados en el derecho formal (para proteger el derecho de propiedad y la libertad contractual) y plantea para los excluidos una "normativa extralegal" contra legem.

En ambos casos la descripción de la realidad es fotográficamente certera.

Esto es lo que está ocurriendo en nuestra realidad socio económica. Esta es la solución que proponen los factores de poder para preservar y asegurar una sociedad que asume que el pensamiento único es el fin de las ideologías, que la orgía de los mercados financieros ha terminado con las contradicciones sociales, que arribamos al fin de la historia.

Por ello los reclamos de seguridad jurídica vienen acompañados de una demanda de aplicación de los usos y costumbres de los mercados globales aún "contra legem", o de la sustitución de la norma por el principio de eficiencia. Por ello se sostiene la actuación del juez imponiendo su subjetivo criterio dikelógico a la norma. E incluso en otras variantes que soslayan la realidad y los avances del Constitucionalismo Social, se sostiene el principio de legalidad formal que escinde a cada norma del sistema y lo desvincula de su sumisión a los derechos fundamentales y al orden público Constitucional.

La sociedad globalizada somete el poder coactivo del estado y de la ley al poder de facto de oligopolios, holdings y cartels y prescinde de los

³⁹⁷ **María Angélica Gelli.** Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. 3ª. Edición. Ed. La Ley. Ed. 2005. Pag. 73.

valores fundantes del contrato social en cada nación desnaturalizando a la ley en sentido formal. Por ello es menester profundizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad sustanciales que se apoyan en los derechos inherentes a la condición humana para poder afirmar los derechos de cada individuo.

La seguridad jurídica que afirma el principio de legalidad substancial en nuestro sistema jurídico, pone el acento en una sociedad capitalista orientada al bienestar general, que respeta inalienables derechos humanos y sociales.

Es eventualmente aplicable a la generalidad de los habitantes y afirma posibles límites al estado y a los particulares, implicado en el orden público que se impone a la voluntad individual.

Provee de una axiología que descansa en valores sociales.

Del principio de legalidad resultan los mandatos de desarrollo social, de plena vigencia de los derechos fundamentales a obtener las prestaciones básicas inherentes a la vida en su acepción más amplia, a la salud, a la educación, a la vivienda, etc. y de igualdad que permitirán con la acción del estado, de las organizaciones sociales de interés social y de la solidaridad de la actividad privada, sostener a los sectores discriminados para incorporarlos en una sociedad que jerarquice la condición humana.

La seguridad y la propiedad privada solo pueden realizarse con seguridad jurídica, en una sociedad que proclame simultáneamente la libertad, la fraternidad y la igualdad.

La claudicación del principio de legalidad abre puertas en las que la lógica del poder carece de límites.

Con cita de doctrina española Enrique Ghersi trae a colación el paradigma de los costos jurídicos de transacción que conlleva informalidad en la actividad económica para justificar eficientemente con criterio económico la "normatividad extralegal:

"El estudio de la informalidad ofrece el contexto preciso para examinar cómo el costo de la legalidad conduce a su ineficiencia por discriminar a la mayoría de la población y favorecer el rentismo, lo que a la postre provoca su falta de vigencia social.

Sin embargo, permite descubrir también que en estos casos los individuos que se dedican a actividades informales han sido capaces de reemplazar las leyes que no funcionan por un conjunto de reglas alternativas - la normatividad extralegal - a fin de abaratar sus propios costos de transacción.

De esta manera queda claro que no todas las decisiones económicas se toman en el mercado, sino que, además de mercado, hay en toda sociedad, un metamercado..³⁹⁸

Este metamercado al que alude Enrique Ghersi se integra con las transacciones que llevan adelante los excluidos más miserables en la sociedad globalizada, que no pagan impuestos, no pagan royalties o derechos de marca,

³⁹⁸ Pedro Schwartz y Alfonso Carbajo Isla, "Teoría Económica de los Derechos de Apropriación". En Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía (Madrid: Ed. Forum Universidad-Empresa, 1980). Cita de Enrique Ghersi "Estudios Públicos" Pags. 82/3/4. Public. Web.

no están sometidos a control de sanidad o salubridad y funcionan hasta que afectan a los mercados sostenidos por el poder de las leyes que sanciona el estado, en cuyo caso la normatividad extralegal no otorga ningún derecho.

También están excluidas de las reglas generales del mercado, en el otro extremo, las empresas "of shore", el "dog bussines indirecto" y otras formas que desnaturalizan la regulación societaria, y la competencia y que operan también con una meta legalidad en la que no existen restricciones reglamentarias o impositivas.

Coincidimos en que la ley no es la única fuente normativa, pero en nuestra sistemática jurídica existe una jerarquía normativa que reclama la adecuación de las sentencias judiciales, de los contratos, de los usos y costumbres, etc. a las normas de orden público.

Creemos que no existe derecho sin ley en sentido substancial.

Las conductas que contrastan con la ley son ilegítimas aunque circunstancialmente y en el caso específico puedan parecernos justas. La lucha por el derecho puede implicar la negación de la ley cuando es injusta y ello proclama la necesidad de su modificación, pero no su abrogación de hecho.

Prescindir de la ley en la sociedad oligopolizada sólo fortalece a esos factores de poder auto denominados "mercados" dominados por las empresas financiarizadas y transnacionalizadas, no a la sociedad civil sojuzgada.

Cuando la economía sólo abre puertas a la informalidad es necesario modificar la política y la legislación económica o impositiva para que la solución eficiente y justa sea además general y legal.

La divisoria, entre los incluidos para quienes la juridicidad debe proveer derecho de propiedad sin cortapisas y un derecho contractual que garantice seguridad jurídica, aunque atendiendo a maximizar sus beneficios se substraigan de ella con arbitraria facilidad mediante subterfugios (por los cuales incumplen sus obligaciones impositivas o legales celebrando o ejecutando en tiempo real fuera del país los contratos que en la realidad se celebran en él, o utilizando arbitrariamente la forma societaria, o la desmaterialización de la riqueza) que proveen los avances tecnológicos y jurídicos de la globalización, y los excluidos que son sometidos coactivamente a la normativa vigente (en la que el contrato adhesivo sustituye a la ley) y tratados con la dureza de una ley penal de tolerancia cero, engendra una aparente contradicción que sólo se puede resolver en la práctica social y a través de las normas fundamentales, mediante la Constitucionalización del derecho que con fundamento en la normativa esencial ponga el acento en el bienestar general que sólo puede ser engendrado por el Desarrollo Humano.

La situación de hecho que emana de una realidad que no reconoce igualdad y libertad efectiva, ni fraternidad solidaria, carece de respaldo normativo coactivo en la ley fundamental, se trata de la imposición del facto de la sociedad globalizada que algunos autores con excluyente formalismo confunden con el derecho.

La visión que sostiene que la imposición global de hecho o los usos y costumbres que se establecen como su consecuencia, en contradicción con las normas fundamentales justifica los comportamientos "contra legem", y dice

que conforman derecho, confunde el contenido de nuestra legislación y las consecuencias que la interpretación formal conlleva:

Un régimen impositivo injusto genera evasión, no normatividad extralegal, el mega negocio internacional de la comercialización de estupefacientes provoca consumo y de nada sirve la labor jurídica si se limita a describir este hecho sin procurar soluciones entendidas desde lo socio económico pero orientadas con criterios dkelógicos y axiológicos.

Nuestra ley fundamental reclama la discriminación inversa para que la libertad y la igualdad sean hechas efectivas en forma progresiva y atendiendo al máximo de posibilidades con las que cuenta la sociedad.

La fotografía de la norma conduce inexorablemente en esta sociedad a la sustitución del derecho por los hechos.

Lo admite Ghersi quien afirma que "las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la legalidad deberán asumir los costos involucrados. De no estar en condiciones de hacerlo, puesto que se ha encarecido por encima del nivel sufragable, sencillamente no podrán aprovechar el sistema legal" lo que es estrictamente cierto, pero cristalizar en este punto al derecho implica que para los excluidos se propone también la exclusión de lo legal, aunque se afirme que ello conforma normatividad extralegal.

La injusticia inherente a la vida social, que se acentúa gravemente en nuestra formación socio económica no se resuelve ni mitiga difundiendo la ilegalidad.

El constitucionalismo nació de la necesidad de limitar el poder real. El principio de legalidad en la sociedad globalizada es imprescindible para establecer reglas de juego obligatorias para todos, que no transforman a una sociedad injusta en sociedad justa, que no niega los derechos del estado y de los poderosos, sólo le pone límites.

No dejamos de advertir que en la realidad, a la justicia sólo pueden recurrir generalmente los poderosos y que el derecho legal o extralegal se ha adecuado para responder a los ganadores del mercado, no creemos que sólo por el hecho de haber sido dictada conforme a los procedimientos democráticos la ley sea justa, sólo refleja y confronta al poder social al que mediatiza, pero son los cambios que se operen en la realidad social los que producen las modificaciones sustanciales que dan lugar a cambios en la legislación y en el derecho los que permiten afianzar el programa y los contenidos normativos y axiológicos constitucionales y realizar el mito de una sociedad que proporcione trabajo y condiciones humanas dignas de vida para toda la población.

Admitir que la reiteración de fallos o de conductas deroga a la ley, es quizás el mas grave ataque a la seguridad jurídica.

Las normas se modifican o derogan por los mecanismos constitucionales y la doctrina judicial o autoral en nuestro sistema normativo debe jerarquizar la norma, sus valores y las necesidades que impone la realidad y no el precedente.

Sólo son valiosos los precedentes dictados conforme a la sistemática y a la axiología de nuestra normativa.

Los tribunales utilizando caóticamente mecanismos de interpretación de la ley adecuados en cada caso a un preconcepto ideológico, consintieron, produjeron y normalizaron conductas y comportamientos "contra legem" y esos criterios no pueden ser sostenidos invocando su autoridad prevalente.

El "stare decisis" invocado para perpetuar una década de corrupta degradación económica y social no constituye un reaseguro para la seguridad jurídica. Es un claro ejemplo de ello la interpretación que el Superior Tribunal hizo de la normativa previsional, soslayando expresamente lo que disponía el art. 14 bis de la C.N y las leyes dictadas consecuentemente³⁹⁹.

En cada oportunidad en la que los tribunales se pronuncian en forma excluyentemente ideológicamente, soslayando los valores de nuestro sistema normativo expreso, recurren a un orden público que existe en su pensamiento, pero que es claramente incompatible con el que propician los textos expresos de nuestra Constitución Nacional.⁴⁰⁰

Acciones judiciales para asegurar la vigencia de los derechos humanos, económicos y sociales.

Los derechos humanos, económicos y sociales destacados por la Constitución Nacional confieren a sus titulares acciones individuales, colectivas y sociales para reclamar su cumplimiento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación "ha afirmado, con particular referencia al art. 14 bis de la Ley Fundamental, que esta última, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano. Agregó que los

³⁹⁹ El art. 17 de la Constitución Nacional no impide que los beneficios jubilatorios sean disminuidos por razones de orden público e interés general, siempre que la reducción no se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporción que debe existir entre las situaciones de actividad y pasividad en forma confiscatoria o injustamente desproporcionada

Corte de Justicia de la Provincia de Salta. 1996/04/15. Esnal, Carlos c. Provincia de Salta. LA LEY, 1996-E, 481 - DJ, 1997-1-403 - LLNOA, 1998-117

El contenido económico de los beneficios previsionales puede ser disminuido, sin violación de la garantía constitucional de la propiedad - en el caso, se cuestiona la validez y aplicación del dec.-ley 1800/63, en cuanto deroga la escala instituida por el dec.-ley 1152/63-, si median razones de orden público o beneficio general y en tanto no sea confiscatoria, arbitraria o desproporcionada.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1966/12/21. Florio, Lucio J. LLO,

⁴⁰⁰ En lo relativo a la reparación del infortunio laboral mediante prestaciones de dinero, la ley 24.557 a modo de disposición de Orden Público General, establece primeramente que las prestaciones dinerarias de la ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos, que son irrenunciables, y que no pueden ser cedidas ni enajenadas, y luego, a título de Orden Público Económico Neoliberal, establece que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra facultado a mejorar las prestaciones dinerarias establecidas por la ley cuando las condiciones económicas financieras generales del sistema lo permitan; ello es así desde que al sujetar la mejora de las prestaciones a la permisibilidad de esas condiciones económicas, no está haciendo otra cosa que estar protegiendo el comportamiento del mercado - y de las empresas que en operan en él: A.R.T. y Compañías de Seguros de Retiro- antes que a los damnificados propiamente.

Tribunal del Trabajo Nro. 1 de Necochea. 1999/08/23. Amar, Cecilia A. c. La Buenos Aires-New York Life Seguros S. A. LLBA, 1999-1184 - DT, 2000-A, 1147.

derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución.

De lo contrario, debería admitirse que ella enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último".⁴⁰¹

"Es regla de derecho que toda persona puede reclamar de sus semejantes un paquete estandar de bienes básicos o esenciales: Vivienda, educación, cuidado sanitario, etc. Esto es el mínimo social".⁴⁰²

Con los avances en la doctrina de la Corte asistimos en primer lugar a una afirmación del derecho constitucional que asume no sólo formalmente, su rol de Ley Suprema en el derecho interno.

Ya en "Ekmedjian" la Corte señaló que las normas que reconocen derechos humanos (y que se traducen para su efectivización en derechos económicos, sociales y culturales) se presumen operativas porque tales derechos no dependen de ninguna disposición legislativa.

El respeto a los derechos del hombre son el eje del derecho Internacional de los Derechos Humanos⁽⁴⁰³⁾.

El estado Nacional ha asumido ese compromiso, al incorporar a los tratados, convenios y pactos expresamente enumerados e inherentes a los derechos humanos y económicos y sociales con jerarquía inconstitucional⁽⁴⁰⁴⁾.

Las acciones jurídicas tutelares de los derechos económico sociales son operativas en un proceso de armonización sistemática con los derechos individuales y su consideración es imperativa para todos los tribunales atendiendo a los parámetros de progresividad, razonabilidad y hasta el máximo de los recursos disponibles.

"Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y

⁴⁰¹ **C.S. J.N.** en "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", sentencia del 14.09.04 considerando 8º, párrafos 3 y 4 y en "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios" 17-05-2005.-

⁴⁰² **Lorenzetti Ricardo Luis.** Las normas fundamentales de derecho privado. Ed. Rubnizal Culzoni. Santa Fe 1995. Pag. 273.

⁴⁰³ **CSJN.** Ekmedkian Miguel A. C. Sofovich Gerardo . LL 1992. C. 543.

⁴⁰⁴ **Daniela Ugolini.** Ob. Cit. Cita diversos fallos vinculados con los derechos a la salud, a la vivienda o a la alimentación en los que la jurisprudencia se hizo cargo de la plena operatividad de los derechos económicos y sociales.

DBAP c. Estado Nacional s. Medida cautelar. 21.6.02. Juzgado Federal de la Plata Nro 4. Sala 1ª. Cam Fed. La Plata del 10.10.02. (La Cámara ordenó una cautelar que permitió que un niño carente de recursos fuera operado).

SMG y Otros c GMBAs s. Amparo 28.12.01. CCA y T Sala 1ª. (La Ley 2002 C 177) y ESG y O c. GCBA s. Amparo. 28.12.01. . (Fallos en los que la Cámara ordenó a la ciudad de Bs.As. que brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional hasta tanto puedan los amparistas superar el estado de máxima crisis padecida).

Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial s. Amparo. Juzgado 4 de familia y Menores del Paraná y Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos del 9.4.03. (En ellos el Superior Tribunal ordena que la Provincia provea de alimentos a tres niñas menores de edad.

efectividad y, por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional⁴⁰⁵.

La CSJN el 3.5.05 en Verbitsky Horacio, reitera la doctrina fijada por el alto tribunal en el caso Siri⁴⁰⁶ en el sentido de que "Las garantías existen por el sólo hecho de estar en la Constitución e independientemente de las Leyes reglamentarias".

Es doctrina del Superior Tribunal que cuando media inconstitucionalidad está facultado y obligado a declarar la invalidez de la norma o del acto jurídico también de oficio y aunque no medie requerimiento de parte.

En "Banco Comercial Finanzas S.A. en liquidación BCRA s. Quiebra" la Corte dilucida su vacilante criterio previo, y establece claramente "su potestad de proceder a la declaración de inconstitucionalidad de oficio"... y ratificando simultáneamente el principio sentado por la ley 24.463 conforme al cual "los fallos del Superior Tribunal son de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en causas análogas..⁴⁰⁷

Consecuentemente sus normas tienden a ser aplicadas en todos los tribunales que verifican y que ajustan gradualmente su visión de la realidad y de lo justo, a los preceptos de la ley fundamental interpretada por el Superior Tribunal, o por ellos mismos en el caso concreto.

En cualesquier caso al declarar la inconstitucionalidad o en su defecto al apartarse de un fallo de la Corte que lo estableció es imprescindible la fundamentación fáctica⁴⁰⁸.

Se están produciendo en todos los sentidos modificaciones muy profundas y en sentidos diversos en el derecho adjetivo, motor y espada, del derecho sustantivo.

Asistimos conforme nos lo indica el profesor Morello al "tránsito del proceso individual al colectivo.

"Las acciones colectivas se diferencian de las acciones tradicionales porque pretenden que la decisión judicial trascienda el marco de un caso individual y pueda resolver directamente el conflicto de un grupo o una situación extendida de violación de un derecho humano fundamental.

La voluntad del constituyente del 94 quiso asegurar con la creación de esta figura la defensa de la igualdad, de los derechos de incidencia colectiva, del medio ambiente y los derechos de usuarios y consumidores".⁴⁰⁹

La Suprema Corte admitió, con vacilaciones e incongruencias en casos en los que se discutían cuestiones de contenido económico y específicamente impositivo, la actuación de asociaciones de entidades que invocaron la representación de titulares de derechos de clase, o de los

⁴⁰⁵ Ferrajoli Luigi. Derecho y Garantías. La ley del mas débil. Pag. 35. Ed. Trotta Madrid España 2005.

⁴⁰⁶ CSJN. Siri Angel. 1957. La ley 89.531.

⁴⁰⁷ "Gordillo Agustín. La Pregresiva expansion del control de constitucionalidad de oficio. La Ley 27.8.04. pag. 2.

⁴⁰⁸ Gordillo Agustín. "Introducción al derecho" edición digital en www.gordillo.com.

⁴⁰⁹ Asociación por los Derechos Civiles. La Corte y los Derechos. Informe 2003.4. Edit. Siglo XXI. Pag.59. y 77.

Defensores del Pueblo, en numerosos casos en los que se promovieron acciones colectivas⁴¹⁰ asegurando la provisión de medicamentos a portadores de VIH, impidiendo la realización de una obra de dudoso impacto ambiental, prorrogando el vencimiento de facturas telefónicas, o suspendiendo un aumento en una tasa aeroportuaria, etc.

Ello requiere despojarnos de preconceptos, teorías e interpretaciones herméticas. También de actitudes que inmovilizan, taponando el acceso a lo inédito, que desea respuestas originales a problemas nuevos". Se afirma la concientización de la verdad jurídica objetiva.

Se produce el reconocimiento de múltiples e importantes legitimaciones:

Irrumpe la acción popular (Ley General del Ambiente 25675, art. 30, *in fine*). Y se afirma y sostiene el reconocimiento de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Se opera el ensanchamiento en la figura del "afectado" en el amparo del art. 43 CN. dando continua cabida a intereses indirectos o reflejos que se legitiman para ejercer esa garantía tan expedita y rendidora; su dilatación es notable.

Lo mismo acontece en el área de los derechos de incidencia colectiva con el defensor del pueblo (art. 86 CN.).

"El control de constitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad procede - en principio y en general - en todos los tribunales judiciales, incluso de oficio, y es difuso, pues cualquiera de estos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria".

Cualesquier norma sustancial o material puede ser confrontada con un derecho fundamental de raigambre constitucional mediante esta acción y ante cualesquier tribunal.⁴¹¹

Nos indica María Angélica Gelli que el preambulo dispone la plena juridicidad del texto constitucional y nos recuerda que German Bidart Campos⁴¹² asume el valor de la Constitución como norma con plena obligatoriedad y operatividad para sus destinatarios, ligados imperativamente por todas y cada una de sus normas⁴¹³.

Así lo entendió el Superior Tribunal en Pérez de Smith⁴¹⁴

⁴¹⁰ CSJN.1.6.00 Asociación Benghalensis y Otros c. Ministerio de Salud y Acción Social.
23.5.00. Daneri Jorge c. PEN.
15.8.02. Camuzzi Gas del Sur S.A. s. Solicita Intervención Defensor del Pueblo c. Telecom.
4.7.03. Deuco Defensor de Usuarios y Consumidores c. Provincia de Neuquen s. Amparo.
4.7.03. SADOP c. PEN.
30.9.03. Asociación Neuquina de Discapitados y Diminuidos físicos y Motores
27.5.05. Camara de Comercio Industria y Producción de Machagay c. Afip s. Medida Cautelar.
11.5.04. Defensor del Pueblo de la Nación c. PEN s. Proceso de Conocimiento.

⁴¹¹ María Angelica Gelli. Ob. Cit. pag. 369.

⁴¹² Bidart Campos German J. "La fuerza normativa de la Constitución". Ed. Ediar Bs.As. 1995.

⁴¹³ María Angelica Gelli Ob. Cit. pags. 1 y 2.

⁴¹⁴ CSJN. Perez de Smith Ana y O. S. Pedido Fallos 300.1282 (1978.) La Ley 1979 A pag. 430.

Es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales (derecho a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, etc. etc), considerar que sólo el Estado está obligado a satisfacer esos derechos.

Los particulares pueden ser sujetos pasivos en la acción que procura la no violación o la restitución de derechos humanos, económicos, sociales o culturales aún en desmedro de los derechos individuales patrimoniales. (de propiedad y de contratar libremente entre otros).

Los derechos humanos se traducen en derechos económicos, sociales y culturales y ambas categorías engendran derechos individuales, por lo que nuestra ley fundamental, y nuestro sistema jurídico proporcionan por una parte acciones individuales o colectivas contra el estado y.o contra colectivos, sociedades y.o particulares, en el ámbito de la justicia nacional, y cuando la violación implica la afectación de un derecho humano o económico social o cultural, da lugar asimismo a la jurisdicción de tribunales internacionales, conforme a los pactos y convenios incorporados al texto constitucional.

El estado nacional tiene una responsabilidad de primer nivel en "respetar", "proteger", "asistir", "satisfacer", "garantizar" y "promover" la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales ⁽⁴¹⁵⁾ y puede ser compelido judicialmente a que cumpla con estas obligaciones.

La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente.

La no judiciabilidad de las decisiones políticas cede cuando el acto o la omisión viola expresas disposiciones constitucionales.

"En todos estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales:

Acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios"⁴¹⁶, además de aquellas que ha incorporado expresamente el art. 43 de la CN en la reforma del 94 y las que los jóvenes como el maestro Morello proponen para defender derechos humanos, sociales, económicos y culturales.

El art. 43 conforme la reforma del 94 introduce las garantías específicas del amparo, el hábeas data y el hábeas corpus.

⁴¹⁵ Eide, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights" en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres (1995), págs. 21-49, en especial págs. 36-38. V. también Eide, A., "Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43 (1989).

Van Hoof, G. H. J., cit., p. 99. V. también de Vos, P., "Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African's 1996 Constitution", *13 South African Journal on Human Rights*, pp. 223 y ss.

⁴¹⁶ Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos*. Public. Web: http://www.palermo.edu.ar/derecho/clinica_juridica/clinica_juridica_biblioteca.html.

El Amparo significó el no sometimiento del poder judicial al poder legislativo, ante la omisión de éste en el establecimiento de la norma tutelar, de la garantía procesal expresa para resguardar los derechos vulnerados.

La consagración del procedimiento de amparo comprende las diversas formas que esta tutela genérica de los derechos fundamentales puede asumir;

- 1) Amparo individual. Que cualquier persona física o jurídica puede promover ante la lesión de sus derechos subjetivos alegando un daño concreto.
- 2) Amparo colectivo. El art. 43 implica el reconocimiento jurídico de los llamados derechos de pertenencia colectiva o difusa.

Se trata de los derechos de incidencia colectiva en general y legítima para accionar al afectado en derechos de pertenencia colectiva o difusa, al defensor del pueblo y a las asociaciones de defensa de aquellos fines. El ministerio público también está legitimado (art.120 CN).

Señala Morello que "Son intereses difusos aquellos compartidos, expandidos, o compartibles, expansibles, por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolecen de falta de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en su tutela material y procesal"⁴¹⁷

- 3) Acciones de clase.⁴¹⁸
- 4) Acciones populares⁴¹⁹, que son al decir de Calamandrei, citado por Morello, un lujo del derecho.

Simultáneamente la reforma del 94 introdujo en el texto constitucional los mecanismos de legitimación y actuación de los derechos de incidencia colectiva, regulando expresamente el amparo, el "hábeas data", el "hábeas corpus" y la acción de inconstitucionalidad, que permiten reclamar del estado o de particulares por la violación o la no aplicación de derechos humanos o económico sociales.

Esta tutela procesal específica de los derechos de incidencia colectiva parte en la doctrina de la corte de diferenciarlos de aquellos derechos patrimoniales puramente individuales⁴²⁰.

La norma legitima la acción judicial de particulares afectados, del defensor de pueblo o de asociaciones a la protección de "los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general" y los efectos de la resolución se extienden "erga omnes".

⁴¹⁷ **Morello, Augusto M.** Intereses colectivos - Intereses difusos. Lexis N° 1001/003429

⁴¹⁸ La acción de clase en el derecho anglosajón permite que un representante solicite al juez ser tenido como el actor que conduce (solo o con otros) el juicio de todo un conjunto de posibles damnificados en casos de hecho y derecho común.

Así en el fallo de la Corte de Distrito de Nueva York en decisión del Juez Griesa del 30.12.03 en *Urban Horst W c. República Argentina*, el tribunal declaró admisible la acción de clase pero rechazó la pretensión de la actora. La Ley. 2004 - B pag. 217, con nota de **Douglas R. Elespe**. "Acción de clase y deuda externa: A propósito del reciente fallo del Juez Griesa.

⁴¹⁹ **Maria Angélica Gelli**. Ob. Cit. Pags. 480/492 y 493.

⁴²⁰ **Julio Cesar Rivera y Julio Cesar Rivera (h)** . "La tutela de los derechos de incidencia colectiva". La Ley 7.3.05. pag. 1 y sgts.

La acción de defensa de intereses colectivos se ha traducido jurisprudencialmente en la afirmación de la supremacía normativa y axiológica de los derechos humanos y económicos sociales⁴²¹ y abre importantes cauces a la defensa solidaria de la condición humana y de los valores constitucionales a particulares afectados, al defensor del pueblo y a las ONG y otras instituciones interesadas en su vigencia.

En su nueva etapa la Corte además, se hizo del hecho de que, cuando se ventilan causas de trascendencia institucional o que resultan de "interés público"⁴²², lo que interesa a la sociedad en su conjunto o a un colectivo, legitima la participación en el pleito de terceros, que ofrezcan a los jueces argumentos relevantes para la decisión de la causa, modificando substancialmente la concepción procesal individualista introduciendo una axiología solidarista en el procedimiento judicial.

Las acciones colectivas del art. 43 de la CN conforme las denomina la CSJN son el instrumento idóneo para preservar "erga omnes", derechos humanos conculcados.⁴²³ Y la acordada 28.04 de la CSJN viene a legitimar la práctica que otorgaba intervención coadyuvante al denominado en la doctrina anglosajona, "amicus curiae", el "amigo del tribunal" cuando puede ayudar a la solución de la causa aportando su versación en la materia.

⁴²¹ La CS ("Portal de Belén - Asociación Civil sin fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social . La Ley 2002.B.520) ordenó al Estado Nacional que deje sin efecto la autorización y prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "inmediat" por sus efectos abortivos. La CNContenciosoadministrativo Sala 4^a. El 2.6.98, ordenó al estado que cumpla con el compromiso de producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina. (Viceconte Mariala CC c. Ministerio de Salud y Acción Social. La Ley 1998. F. 305).etc. etc.

⁴²² **Mazzocchi Augusto**. "El amigo del tribunal ha llegado, démosle la bienvenida". La Ley Suplemento de Derecho Constitucional. 23.8.04. pag. 3 y sgts.

Julio Cueto Rúa. "Acerca del amicus curiae". La Ley 1998.D pag. 721.

⁴²³ "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" - CSJN.; 03-05-2005.-Public. Electrónica Aboga 2.

CAPITULO 8

DERECHOS HUMANOS

8. Derechos Humanos.

Los derechos humanos, han sido consagrados por la comunidad internacional como inalienables y constituyen la única categoría de derechos, en la que el constituyente además de imponer su vigencia irrestricta en el territorio nacional, se somete a la jurisdicción de los tribunales internacionales que aseguran su preservación, poniendo de relieve de esta manera, que en la escala axiológica esencial de nuestra normativa la condición humana es el valor supremo al que se somete el propio estado nacional.

La efectiva vigencia de los derechos económicos y sociales que progresivamente se definen como derechos humanos conforman con estos últimos una unidad dialéctica en la que estos se realizan y enriquecen, y son en la praxis social el termómetro de su efectiva vigencia.

En la práctica de los derechos económicos y sociales se realiza el derecho a una vida digna, a la aspiración a la libertad y a la igualdad substancial. Es con la praxis de los derechos económicos y sociales que el ideal de fraternidad se traduce en cooperación y solidaridad.

Nuestra carta magna prioriza claramente los derechos humanos y los derechos económicos y sociales cuando incorpora con jerarquía constitucional como "derechos y garantías" a aquellos consagrados por la "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"; la "Declaración Universal de Derechos Humanos"; la "Convención Americana sobre Derechos Humanos"; el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" que ya en su preámbulo⁴²⁴ y en muchas cláusulas y a partir del concepto de desarrollo integral incorpora como derechos inalienables e imprescriptibles e inherentes a la condición humana a los derechos económicos, sociales y Culturales; "la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio"; la "Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial"; la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer"; la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes" y la "Convención sobre los Derechos del Niño"; en las condiciones de su vigencia.

⁴²⁴ "El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto".

La ley fundamental establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley y la admisibilidad en los empleos (condenando cualquier forma de discriminación) sin otra condición que la idoneidad.⁴²⁵

Protege a los derechos sociales e individuales enderezados a asegurar la vida en condiciones dignas, con salud, educación, cultura, vestido, habitación, agua, luz, gas y proveyendo y asegurando la satisfacción de todas aquellas necesidades inherentes a la condición humana, que han devenido indispensables en este estadio de desarrollo material y cultural de la humanidad.

Por ello establece el derecho al desarrollo económico, social y cultural y crea categorías colectivas para asegurar la protección a los sectores sociales oprimidos, postergados, o sometidos. (Trabajadores, niños, ancianos, mujeres, consumidores, excluidos del consumo y de la sociedad, etc.)

La visión que invocando la libertad, incluye al trabajo como mercancía, como mero factor de producción en el mercado, repugna a los derechos humanos que protege nuestro sistema normativo.

La pretensión generalizada que reduce los derechos constitucionales al derecho de propiedad es incompatible con nuestro sistema constitucional, y constituye un lugar común sin sustento en la axiología normativa.

La Suprema Corte todavía integrada en el 2003 con los supervivientes de la segunda década infame, sostuvo en "Provincia de San Luis c. Gobierno Nacional" un criterio en el que "la propiedad es un "sancta sanctorum" inviolable, que más que respeto merece veneración.

Independientemente de calificar como justa o injusta la decisión adoptada en ese fallo, es evidente en su razonamiento que se colocó a la propiedad por encima de todo otro derecho individual y aún por encima de los derechos de la comunidad, olvidando por entero las exigencias del bien común.

Es este un pensamiento crudamente individualista, no acorde, por cierto con los criterios contemporáneos del constitucionalismo social.

La convivencia social para el logro de sus fines, exige el encauce de la conducta del hombre, traducido en necesarias restricciones de sus derechos individuales".⁴²⁶

El constituyente social reclama de la constitución real que asegure el derecho humano y social que tienen todos los habitantes para que se les garantice "igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"⁴²⁷, pero también el de aquellos sumergidos en el desempleo, la indigencia y la exclusión social.

Ello implica en primer lugar que el sistema jurídico impone a los órganos del estado (ejecutivo, legislativo y judicial) la obligación de establecer

⁴²⁵ CN Art. 15 y 16.

⁴²⁶ Casiello Juan José. "La Corte y el derecho de propiedad. Caso San Luis. Es inconstitucional la pesificación?. La Ley 27.8.04. pag. 9 y sgts.

⁴²⁷ CN Art. 73 inc. 23.

políticas sociales universalistas destinadas a la totalidad de la población en forma homogénea, aún cuando estas impliquen un alto costo económico.

Los derechos humanos y los derechos económicos y sociales que les proporcionan contenido real, jerarquizados y priorizados deben ser asegurados de manera progresiva y hasta el máximo de las posibilidades del estado.

En el actual estado de nuestra sociedad nacional el estado no puede desertar de su obligación de asegurar la vida, la salud y la educación, a todos sus habitantes, y puede y debe ser constreñido a hacerlo en cumplimiento de sus compromisos esenciales con la condición humana y con el sistema jurídico convencional internacional.

Su reemplazo por políticas asistencialistas, imprescindibles atento el grado de descomposición de las salvaguardias sociales que sucedieron a las políticas neoliberales, no puede ser sostenido en el tiempo porque implican una regresión respecto a derechos que la sociedad Argentina detentó en épocas no tan pretérita, y ello contradice abiertamente la regulación esencial en materia de derechos humanos y el carácter progresivo que deben tener los mismos.

Simultánea y progresivamente el estado debe incorporar políticas universalistas, a la totalidad de los derechos humanos que se expresan en muchos casos en derechos económicos y sociales.

Su adecuación a la realidad, su razonabilidad, su proporcionalidad y su progresividad son los parámetros que determinan la judiciabilidad, que tienen, cuando de reclamar políticas universalistas se trata.

Expresados como derechos sociales, derechos colectivos, individuales o derechos necesidades estos mismos criterios habilitan el reclamo asistencial destinado a paliar riesgos inmediatos a través de cualesquiera de los instrumentos procesales que el sistema arbitra al efecto.

El derecho se origina en intereses y en necesidades individuales, colectivas, sociales y humanas, pero al incorporarse en un sistema, se produce su superación y jerarquización y por ello la protección jurídica de un interés o de una necesidad se determina atendiendo a la realidad socio económica y a la axiología normativa.

Derecho a la Vida. Derecho A la Salud.

Los derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales conforman un plexo interdependiente y en permanente relación de construcción e intercambio.

"Los derechos sociales son también derechos humanos. De nada sirve reconocer los derechos a la vida o a la propiedad si las condiciones socioeconómicas imperantes generan miseria y enfermedades que excluyen a los individuos del ejercicio de esos derechos"⁴²⁸

⁴²⁸ Daniela Ugolini. "Los derechos sociales y la emergencia". La Ley Tomo 2004 C Sec. Doctrina pag. 1520. Con cita de Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. T. 1 cap. 3 pag. 23 8ª. Edición.

El derecho a la vida tiene individualidad, pero es inconsistente la visión que lo desprende de los restantes derechos humanos. "Se afecta el derecho a la vida no solamente cuando se priva de ésta, sino también en los casos en que no se brindan las mínimas condiciones para que el sujeto pueda vivir con dignidad"⁴²⁹.

Morello entiende y sostiene que el derecho a la vida es el derecho a una vida digna.⁴³⁰

Ferraoli apunta que la garantía de los derechos sociales es atento a los cambios que se produjeron en la relación del hombre con la naturaleza una necesidad vital, que ha hecho que los derechos sociales a la supervivencia - a la subsistencia, a la alimentación básica, a la salud y a la educación - sean un corolario de la primera razón social del contrato de convivencia.

Mucho más que en el pasado la supervivencia del hombre en su plenitud -desde el trabajo a la migración, desde la casa hasta la alimentación básica- es confiada a su integración social, es decir a condiciones materiales y a circunstancias jurídicas y sociales de vida que van mas allá de su libertad de iniciativa⁴³¹.

"VIH/SIDA, paludismo y tuberculosis matan a más de seis millones de personas al año, la mayoría en África sub Sahariana y Asia meridional, las regiones con los índices más elevados de subnutrición y pobreza extrema, y donde se encuentran los grupos de población más vulnerables.

Millones de familias ven como sus condiciones de deterioran a causa de la enfermedad y la muerte de quienes son el sostén de la familia y debido a los costos de la atención a los enfermos, los funerales de los difuntos y el hacerse cargo de los huérfanos"⁴³².

En la Argentina la cuestión social "tiene especial relevancia debido al grave contexto de exclusión social e inequitativa distribución de la riqueza.

En el 2º. Semestre del 2004 el 41% de la población se encontraba debajo de la línea de pobreza y el 15% bajo la de indigencia.

Esta realidad impide que casi la mitad de los habitantes puedan acceder a derechos básicos como la salud y la educación y se agravan ciertas desigualdades y surgen otras nuevas:

La desnutrición infantil que causa discapacidades intelectuales que dificultarán la inclusión social de los niños reforzando el circuito de marginalidad."⁴³³

En el pico de la crisis los datos eran aún de mucho mayor gravedad y muestran la profundidad del deterioro socio económico y de las condiciones de vida en la Argentina mucho mas gráfica y dramáticamente aún:

⁴²⁹ Mizrahi Mauricio Luis. "Globalización, familia y derechos humanos". La Ley Actualidad . 2.12.04. pag. 1 sgts. Con cita de Gialdino Rolando E. "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida.." J.A. 2003.1.1079.

⁴³⁰ Morello Augusto M. "El derecho fundamental a la vida digna". ED 24.11.00. Cit. por María Angelica Gelli.

⁴³¹ Ferraoli Luigi. Democracia y Derechos Fundamentales. Ob. Cit. Pag. 2.

⁴³² <http://www.fao.org/newsroom/es/news/2005/1000151/index.html> .El hambre frena el progreso hacia los Objetivos del Milenio. Nuevo informe sobre la situación alimentaria urge a los gobiernos a tomar medidas.22 de noviembre de 2005, Roma -

⁴³³ Asociación por los Derechos Civiles. "La Corte y los Derechos". Edit. Siglo XXI. Pag. 337.

"A fines del 2002 casi el 60% de la población se encontraba bajo la línea de pobreza y el 27,5% por debajo de la indigencia.

En el 2001 casi el 50% de la población no tenía ningún tipo de cobertura médica".⁴³⁴

Proteger la vida es preservar el medio ambiente físico y cultural, es asegurar salud, educación, trabajo, incluir a los excluidos y preservar a los débiles sociales de la brutalidad.

Se advierte claramente esta relación cuando asumimos que el derecho a la vida está íntimamente ligado al derecho a la salud y ambos al orden público económico social.

La globalización hipercapitalista plantea una multiplicidad de cuestiones y urgentes requerimientos que los estados nacionales individualmente y asociados en marcos de solidaridad y cooperación deben inexorablemente afrontar.

La legislación dictada y los acuerdos y tratados celebrados como consecuencia de las imposiciones de los organismos comerciales y financieros internacionales, deben ser revisados constitucionalmente en tanto afectan gravemente el derecho a la vida y la salud.

El Superior Tribunal de la Nación se ha pronunciado reiteradamente aplicando el derecho subjetivo a la vida y a la salud con resoluciones asistenciales, pero resta establecer la doctrina sistemática que recoja el derecho a demandar del estado nacional y de sus tres manos (legislativa, ejecutiva y judicial) la legislación, la administración y los fallos que con los parámetros de progresividad, razonabilidad y hasta el máximo de las posibilidades emergentes de la realidad socio económica establezcan las políticas universalistas que aseguren el efectivo cumplimiento de la manda constitucional.

La Corte ha dado pasos muy importantes en el camino de establecer esa doctrina sistemática y un ejemplo de ello lo constituyen algunos fallos recientes:

La resolución de condena, que en "Baliarda" garantizó el derecho a la prescripción de medicamentos por su nombre genérico rechazando una presentación de la Cámara de Especialidades Medicinales y de un conjunto de laboratorios, que invocando el régimen de la ley de marcas cuestionaba la constitucionalidad de la Ley de la Provincia de Buenos Aires que tiene su correlato en la ley 25.649 y que arbitra los medios para que el paciente elija el medicamento de menor costo,⁴³⁵ se inscribe en ese camino.

El tema es central en los tiempos de la globalización, y es un punto de contradicción y conflicto que abarca a todo el planeta y su comprensión nos permite entender la importancia que el tema tiene en nuestro país.

a) La Universalización del conflicto que opone a la salud de la población mundial la voracidad de los oligopolios farmacéuticos, está operando

⁴³⁴ **Asociación por los Derechos Civiles.** Ob. Cit. Pag. 340 con citas de www.colectivo-infancia.gov.ar.m, del INDEC EPH, oct. 2002.

⁴³⁵ **CSJN.21.08.03 Baliarda SRL y Otros c. Provincia de Buenos Aires.** Citado en la ob precedentemente indicada.

una formidable y criminal mercantilización de la salud que afecta gravemente el futuro de la condición humana.

Sin perjuicio de que los avances sociales, científicos y tecnológicos que han permitido multiplicar la expectativa de vida del ser humano en todo el orbe, se ha producido también en este plano un divorcio entre los que han recibido esos beneficios en calidad de vida, y una gran cantidad de habitantes de la población mundial que excluidos, soportan y fundamentalmente soportarán, si no se produce una reversión de este proceso condiciones sanitarias inadmisibles en el siglo XXI.

"El planeta asiste a la reaparición de enfermedades casi olvidadas, como la tuberculosis.

Mientras cientos de millones de personas en el mundo carecen de acceso a los medicamentos, las grandes multinacionales farmacéuticas disponen a su antojo la oportunidad de introducción y precio de mercado de fármacos que podrían aliviar los sufrimientos la humanidad.

Muchas enfermedades que se creían erradicadas están regresando masivamente y con más virulencia que nunca -el paludismo (malaria), la enfermedad del sueño o la tuberculosis- porque los antiguos medicamentos ya dejaron de ser siempre eficaces debido al incremento de bacilos multiresistentes, mientras que los nuevos resultan muy costosos".

La mercantilización de la actividad vinculada con la salud es parte importante del proceso de acumulación hipercapitalista, y se viene acelerando en virtud de mecanismos globales que se imponen a las sociedades civiles y a los estados. El desmantelamiento de las estructuras estatales de salud y el empobrecimiento, y aniquilación inducidos por el propio estado sicario, de las alternativas del tercer sector de la economía (obras sociales, mutuales, cooperativas, asociaciones, etc.) configura una primera instancia que resume al ámbito de la salud en la lógica del costo beneficio.

Pero además y no es un tema menor, la presión que han generado los grandes oligopolios farmacéuticos transnacionales, utilizando a la Organización Mundial de Comercio, que viene modificando no sólo en los países periféricos, las políticas sanitarias y fundamentalmente el régimen de propiedad de los descubrimientos, inventos e incluso proyectos de modificaciones y sistemas de creación, producción, comercialización y utilización de fármacos y de la propia sustancia viva, a partir de la manipulación biogenética.

Sólo la relación costo beneficio pasa a determinar la política de investigación, producción y comercialización de medicamentos y de la investigación o utilización de descubrimientos biogenéticos⁴³⁶.

⁴³⁶ **Boulard** en el artículo que se cita en el punto siguiente acredita este aserto con los sigs. Ejemplos.

La enfermedad del sueño está en pleno recrudecimiento. Transmitida por la mosca tsé-tsé, mata a 150.000 personas por año, especialmente en Africa. Existe un fármaco para su tratamiento -la eflornitina (Ornidyl)- desarrollado en 1985 por la firma estadounidense Merell Dow. Vendido al principio a un precio muy alto - por lo tanto inaccesible para las poblaciones más afectadas- fue dejado de lado después.

A partir de 1994, los países miembros de la OMC fueron conminados a acatar los acuerdos sobre los Adpic ("Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relativos al comercio")⁴³⁷ con medidas coercitivas⁴³⁸ que alternativamente han aplicado los estados centrales y las propias empresas farmacéuticas, y ello ha implicado la mercantilización de derecho, de situaciones que de hecho se habían operado en los mercados no sólo de los productos farmacológicos, sino también de los descubrimientos biogénéticos esenciales.

Hasta 1994, cada nación podía definir su política de salud y producir medicamentos genéricos, sin esperar que la patente ya fuera del dominio público.

Así fue como India, Egipto y Argentina, por ejemplo, pudieron implementar una política de sustitución de importaciones y crear una industria farmacéutica local⁴³⁹.

Hasta hace pocos años, "se establecía la diferencia entre los conocimientos -que se descubren y constituyen un bien común - y los productos o procedimientos - que se inventan y son patentables".

"Vamos camino a una monopolización de lo viviente, acompañada de la confiscación de la diversidad genética, por parte de un puñado de firmas"⁴⁴⁰

Es imprescindible pensar y establecer legislativamente que las investigaciones sobre el genoma humano y sobre la biodiversidad forman parte de los bienes públicos mundiales.

Es ineludible para los países periféricos evitar que la creciente presión de los organismos internacionales permita el acceso gratuito de los grandes monopolios de la salud de la flora y la fauna de los países periféricos, y que utilice a su población como conejillos para reducir costos de investigación mediante la realización de experimentos de prueba y error con medicamentos o material genético.

Es necesario eliminar de la regulación de patentes, la adjudicación de meros proyectos o de variedades del mismo producto, con distintas formas y componentes para alargar las patentes.

Sólo si los países excluyen definitivamente la aplicabilidad del régimen de patentes en caso de necesidades sociales o de urgencia sanitaria⁴⁴¹

La molécula contra la leishmaniosis, enfermedad parasitaria frecuente en Africa, que provoca gravísimas lesiones cutáneas o incluso la muerte, existe en los registros de laboratorios, pero no se ha comenzado a producir puesto que no está garantizada "la recuperación de la inversión".

A pesar de que cada año se contaminan de tuberculosis 8 millones de personas, no se realiza ninguna investigación seria para encontrar una vacuna que sustituya al buen BCG. Cada diez segundos muere un ser humano de tuberculosis en el planeta

⁴³⁷ **Martine Bulard.** "El apartheid sanitario" . *Le Monde Diplomatique*. Edición Cono Sur Número 9 - Marzo 2000.

⁴³⁸ China está amenazada de represalias comerciales por violación de las reglas del comercio internacional, a causa de que prevé reducir por decreto los precios de los medicamentos, que representan el 60% del total de los gastos de salud, contra un 10 a 15% en la mayoría de los países desarrollados

⁴³⁹ **Martine Bulard.** Ob. Cit.

⁴⁴⁰ **Jean-Paul Maréchal,** "La biodiversidad asimilada a una mercancía", *Le Monde diplomatique*, Edición Cono Sur, diciembre de 1999.

o en situaciones en las que se pone de relieve una actuación oligopólica o cartelizada que impide el libre juego de la oferta y la demanda en un país, puede morigerarse el sentido de la inhumana regulación impuesta para el patentamiento de descubrimientos, inventos, o productos medicinales o genéticos, por los organismos sicarios internacionales.

De lo contrario se acentuarán "aún más los desequilibrios: los países desarrollados, muy solventes, dispondrían de terapias de avanzada, onerosas y protegidas por el derecho de propiedad intelectual; los demás, e incluso las propias poblaciones excluidas en el norte rico, podrían beneficiarse de ellas una vez extinguidos los derechos de patente. 20 años más tarde y después de miles de muertos.

De ningún modo se puede ubicar el derecho de patentes por encima de las necesidades elementales de la humanidad"⁴⁴².

b) La pobreza, la miseria y la exclusión están íntimamente vinculadas a la situación sanitaria en los países periféricos, pero también en los estados centrales esta generando retrocesos importantes en el tratamiento de muchas enfermedades epidémicas, e incide decisivamente en las condiciones en las que nace, crece y muere la mayor parte de la población mundial.

Masnatta grafica la íntima vinculación de la pobreza con la salud y la de los derechos humanos con los derechos económicos y sociales, cuando explica que "no se beneficiarán de los conocimientos epidemiológicos de enfermedades transmisibles como cólera (por agua contaminada); chagas (por vinchucas); dengue y fiebre amarilla urbana (por mosquito), quienes no tienen agua potable y cloacas, viviendas de material o eliminación de recipientes con agua estancada; es decir, en Argentina, millones de personas"⁴⁴³, al igual que en todo el mundo periférico.

Y es Favalaro quien profundiza el concepto al puntualizar que en un mundo con " más de 1.000 millones de pobres (tres veces la población de la Comunidad Europea), 100 millones de indigentes (la suma de las poblaciones de Francia, España y Bélgica), 800 millones de hambrientos, 2.000 millones sin agua potable, se registran en el grupo más vulnerable (menores de 5 años de edad), 4 millones de muertes diarias y 150 millones de desnutridos"⁴⁴⁴ que afrontan condiciones de salud precaria, por lo que es condición previa del derecho a la vida y a la salud asegurar el derecho al desarrollo humano y a la justicia social que asegure que la revolución científico tecnológica implique mejores condiciones de vida para el hombre y no sólo para algunos hombres privilegiados.

⁴⁴¹ En la conferencia ministerial de la OMC del 13-11-01 en Doha (Qatar) los países en vías de desarrollo que poseen industria farmacéutica lograron finalmente el derecho a fabricar copias menos costosas de los medicamentos cubiertos por patentes, aunque únicamente en caso de crisis de la salud pública y sin derecho por ahora para exportarlos a países pobres que no pueden producirlos

Jean Loup Morchane. La OMS asociada con las multinacionales farmacéuticas. *Le Monde Diplomatique*. Edición Cono Sur Número 37 - Julio 2002

⁴⁴² **Martine Boulard.** Ob. Cit.

⁴⁴³ **Guillermo Masnatta.** "Variable en el desarrollo humano - Mejor prevenir que curar..." *Le Monde Diplomatique*. Ed. Cono Sur Número 21 - Marzo 2001.

⁴⁴⁴ **René Favalaro.** "Ciencia, educación y desarrollo", conferencia en la Universidad de Tel Aviv, mayo 1995. Citado por Masnatta en Ob. Cit.

De esta manera pone de relieve la íntima relación que existe entre el derecho a la vida y a la salud y los derechos económicos y sociales que los sustentan.

Con relación a nuestro país señala Vinocour que "el 5 o el 10% (según el lugar) de los niños nacerá con bajo peso, dato que determina suerte dispar en cuanto a las oportunidades de sobrevivir, crecer y desarrollarse normalmente.

Que entre el 25 y el 40%, según la zona, habitará en condiciones desfavorables (vivienda precaria, sin agua potable ni saneamiento), lo que aumenta la tasa de morbilidad por enfermedades infecciosas y parasitarias.

Que es muy probable, si no son modificadas las condiciones de desarrollo humano sobre base de la vigencia de los derechos económicos y sociales, que sea desnutrido crónico, un porcentaje de la población que es del 12,7% en Mendoza; del 12,5% en Neuquén y 10,6% en Salta"⁴⁴⁵

Harlem Brundtland, insiste en que "si queremos mejorar la salud erradiquemos la pobreza".

Pobreza que suele ser "estructural", referida a vivienda, aguas y cloacas, transporte, comunicaciones, justicia, recreación.

Que frecuentemente están asociadas a la pobreza personal, dependiente de cuatro variables básicas: trabajo (indicador tasa de desocupación), alimentación (indicador de canasta familiar, que determina línea de pobreza o indigencia), salud (indicadores de mortalidad infantil y en menores de 5 años, expectativas de vida) y educación (indicadores deserción escolar y porcentaje de jóvenes entre 18 y 24 años que no completaron el secundario).

Favaloro propone consecuentemente y por ello un nuevo contrato social que implique afirmar cuatro principios:

Derecho a trabajar, lucha contra la pobreza, protección contra el riesgo social y avance en la igualdad de oportunidades⁴⁴⁶.

Este contrato social está establecido en nuestra constitución nacional, sólo resta que los juristas sistematicen los mecanismos para su efectiva vigencia y que la práctica social determine su cumplimiento.

El derecho a la vida y el derecho a la salud requieren para su afirmación de políticas nacionales, regionales e internacionales que tomen conciencia de los requerimientos y de las contradicciones y peligros que plantea esta época para la condición humana, pero además en el plano estrictamente nacional exige y reclama una política legislativa, ejecutiva y judicial que aplique efectivamente el reclamo contenido en el orden público económico y social constitucional y su axiología.

En un importante avance para configurar la doctrina que propiciamos y que se sistematiza a partir del derecho económico y social, desde antaño y aún antes de asumir el plexo de los derechos económicos y

⁴⁴⁵ Pablo Vinocour, "Salud y pobreza", Salud para todos, Buenos Aires, N° 87, 2000. Citado por Masnatta en ob. Cit.

⁴⁴⁶ Confrontar . R. G. Favaloro, "Recuerdo de Paul Dudley White. Una mirada a la práctica médica actual y nuestra sociedad". Conferencia en la reunión anual de la Asociación Americana de Cardiología, Dallas, EEUU, 9-11-1998.

R. Petrella, Los límites de la competitividad. Cómo se debe gestionar la aldea global, Universidad Nacional de Quilmes, Ed. Sudamericana, 1996. citas de Masnatta en ob. Cit.

sociales, el Superior Tribunal venía anteponiendo el derecho a la salud por encima de los derechos meramente patrimoniales⁴⁴⁷.

La Corte enfatizó el carácter de la vida como primer derecho preexistente a toda legislación positiva, doctrina que reiteró en repetidas oportunidades.⁴⁴⁸ y la reforma del 94 al conferirle jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre derechos humanos, (art.14) lo consagró explícitamente.

Asegurar el derecho a la salud es una obligación del estado, que cada habitante o colectivo tienen derecho a reclamar. El derecho a la salud es un derecho humano, social e individual.

El derecho a la salud y a la integridad psicofísica, íntimamente vinculada con el concepto inherente a la calidad de vida, es un bien y un derecho humano fundamental tutelado por acciones individuales, sociales y por las obligaciones que la Constitución pone en cabeza del estado y de los particulares.

La promoción de la salud apunta a satisfacer un bien social primario.

El estado no puede disponer libremente del presupuesto, ni los privados pueden desenvolverse en las actividades inherentes a la salud con los criterios de mercado, que excluyen la necesidad de asegurar socialmente el derecho a la vida.

El orden público constitucional fija prioridades y jerarquías a las que se deben adecuar sujetos públicos y privados.

El ámbito de lo político no judicializable sólo nace cuando están asegurados los derechos humanos y los derechos socio económicos establecidos imperativamente por la Constitución Nacional y por los Convenios y Tratados con igual jerarquía normativa y axiológica.

El derecho a la salud "es una derivación del derecho a la vida, y la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, mas allá de las obligaciones que pesen sobre las obras sociales públicas o privadas⁴⁴⁹ conforme lo han establecido reiteradamente nuestros tribunales.

El estado debe supervisar y fiscalizar las prestaciones sanitarias de las obras sociales"⁴⁵⁰.

El derecho a la salud incorporado a nuestro orden público socioeconómico en la opinión de Bidart Campos, implica el derecho a una situación de bienestar físico, psíquico, mental y moral.

⁴⁴⁷ La protección de intereses sociales tales como la salud llevó a la corte a sostener que ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, o de su profesión o industria.. **CSJN**. Los saladeristas podestá c. Provincia de Bs.As., Fallos 31.273. (1887). Citado por Margía Angelica Gelli. Ob. Cit. pag. 82.

⁴⁴⁸ Saguir y Dib. Fallos 302 . 1284. (1980) Amante Leonor y O c. Asociacion Mutal Transporte Automotor (1998) ED 136.678. Cita de **María Angélica Gelli**: Ob. Cit. pag. 385./7.

⁴⁴⁹ **C.S. J. N.** Campodónico de Bevilacua AC c. Ministerio de Salud y Acción Social. Con nota de Morello Augusto. ED 24.11.00.

⁴⁵⁰ **María Angelica Gelli**. Ob. Cit. pag. 389.

Derecho a alimentos, medicamentos, medio ambiente sano, vivienda, agua potable, redes cloacales, y hospitales públicos dotados del equipamiento y la tecnología necesarios, e incluye la recolección de residuos, y la vigilancia sobre la prestación de servicios estatales y privados⁴⁵¹.

Cuando entidades privadas prestan servicios que atienden a la satisfacción de necesidades garantizadas por el orden público económico social, las obligaciones a su cargo (sin perjuicio de aquellas que sólo se vinculan con el derecho privado) se asimilan a las del estado.⁴⁵²

Frente a epidemias o endemias u otras plagas sociales, e incluso frente a situaciones sociales graves el estado, los particulares o los colectivos, pueden reclamar que los particulares, en condiciones de prestar estos servicios, lo hagan cumpliendo un mandato de solidaridad social.

Ni la libertad de contratar, ni la autonomía de la voluntad, ni el derecho de propiedad tornan inconstitucional la imposición estatal del deber de atención a situaciones sociales trascendentes.

La prestación de servicios públicos y de actividades de interés público, por particulares está sujeta al orden público económico social, por mandato constitucional, mas allá de la relación contractual que estableció la concesión, o de las relaciones individuales o colectivas que se establezcan con los usuarios.

La iniciativa, la planificación y el control de los servicios públicos y de las actividades que se desarrollan afectando el interés público, es función del estado, de los colectivos autorizados, de los particulares que los prestan y de los consumidores que los padecen, quienes deben encuadrarse y desarrollar su actividad en el marco de las políticas públicas.

"Cuántas veces entren en colisión el derecho a la salud y la libertad económica, habrá que echar mano a la escala axiológica para preferir el bien jurídico mas valioso que es la salud individual y pública y limitar toda actividad económica que hace impacto o causa peligro o daño a la salud"⁴⁵³

Pedro Hooft⁴⁵⁴ cita numerosos casos jurisprudenciales en los cuales los tribunales han establecido estos principios y no menos importante doctrina.

En algunos casos obligando al estado o a distintas obras sociales u otro tipo de prestadores a proporcionar cobertura de medicación, y.o de

⁴⁵¹ **Bidart Campos German**. El Orden Socioeconómico en la Constitución. Ed. Ediar. 1999. Pags. 308/9.

⁴⁵² **Carnota Walter**. "Los valores constitucionales y la medicina prepaga". Suplemento de Derecho Constitucional de la Ley. 14.12.89.

⁴⁵³ **Bidart Campos German J.** "El Orden Jurídico Socioeconómico..." Ob Cit. Pag. 312.

⁴⁵⁴ **Pedro Federico Hooft**. "Derechos Individuales vs. Derechos colectivos en salud: Ética y Justicia" La Ley Tomo 2004 - C Sec. Doctrina. Pags. 1321 y sgts. "Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos. Ed. Depalma Bs. As. 1999. Con citas de fallos reseñados por **Bidart Campos G.** "Los derechos no , enumerados". Lexis Nexis J.A. 18.9.02; "La tutela Médica del Estado providente y la privacidad del matrimonio. ED 145.439; "Navas" Una prestación de salud justamente discernida por la vía del amparo" ED 144-225; - A de A ML La Ley 1991. E. 565. Nota de **Susana Albanese**. "La Autorización Judicial para una intervención quirúrgica frente a una situación límite". **Morello Augusto Am y Morello Guillermo C.** "Los derechos fundamentales a la vida digna y a la Salud. Ed. Platense 2003. Tinat Eduardo. "El derecho a la salud. Encrucijada bioética y jurídica". DJ. 200-1-498/503.

prácticas quirúrgicas, priorizando el derecho a la salud por encima de consideraciones económicas, en tanto el reclamo y la obligación implicada sean racionales, pero además aplicando el principio de la realidad emergente de los avances en la bioética para resolver situaciones en las cuales normas inferiores conspiran contra el principal derecho a la salud.

La Asociación por los Derechos Civiles señala que la tremenda crisis de fines de los 90 y de los primeros años del 2000 deterioró gravemente las condiciones de prestación de los servicios médicos más elementales para preservar el derecho a la vida y a la salud de la población:

A las condiciones de pobreza, indigencia, miseria y desnutrición, se añadió el hecho de que "el 33% de los hospitales debió cerrar alguna de sus áreas por falta de insumos. La casi totalidad admitió limitaciones en la disponibilidad de drogas básicas.

El 80% presentó déficit severo o franca inexistencia de drogas irremplazables (antituberculosis o antirretrovirales).

El 91% redujo las practicas de laboratorio convencionales, y de los hospitales que realizaban vacunación, el 70% refirió provisión insuficiente o períodos sin provisión alguna. El consumo de medicamentos cayó el 41% en febrero del 2002."⁴⁵⁵

Esta situación determinó una judicialización de la temática de la salud que fue adecuadamente asumida por el Superior Tribunal que partir de tres fallos⁴⁵⁶ que reafirmaron en los años 2000/1 el deber inexcusable del estado de satisfacerlo para todos los habitantes, profundizó el paradigma y avanzó en importantes cuestiones puntuales en los años 2003/4.

Aplicó el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, la Convención de los Derechos del Niño, y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación por incapacidad, para establecer el derecho a obtener una tutela preventiva dejando de lado los formalismos y buscando una solución urgente, que garantice la obligatoriedad del estado y de las entidades privadas o semi públicas (de medicina prepaga u obras sociales) que por desarrollar su actividad en un ámbito en el que se comprometen derechos fundamentales, deben atender todos los requerimientos que aseguren el derecho a la salud, haciendo referencia específica al tratamiento de enfermedades endémicas, tratamientos prolongados por discapacidades, el tratamiento a portadores de VIH- Sida e impidiendo la suspensión de este tipo de tratamientos por parte de entidades privadas, el derecho a recibir medicación adecuada, etc. y estableció la aplicación de "astreintes" para asegurar el efectivo cumplimiento de estas obligaciones.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ **ADC** Ob. Cit. Pag. 341 con cita de Medicos del mundo. El impacto de la crisis en el sistema sanitario argentino. E informe de ISALUD en www.msal.gov.ar

⁴⁵⁶ **CSJN**. 1.6.00. Asociación Benghalensis c. Ministerio de Salud y Acción Social.

24.10.00. Campodónico de B.. A. C. C. Ministerio de Salud y Acción Social.

Y 16.10.01. Monteserin Marcelino c. Ministerio de Salud y Acción Social.

⁴⁵⁷ **ACD**. Ob. Cit. Pags. 344 **ACD**. Ob. Cit. Pags. 344 y sgts.

CSJN. 25.3.03 Díaz Brígida c. Provincia de Buenos Aires.

11.5.04 Sanchez Norma c. Estado Nacional.

21/9/03. Neira Luis c. Swiss Medical Group.

8/6/04. Martin S.G. c. Fuerza Aerea Argentina. S. Amparo.

Derecho a la Educación.

La educación forma parte del proceso de humanización en el que se da el despliegue y la construcción del sujeto⁴⁵⁸, ello implica en la inteligencia de nuestra Ley Fundamental que no sólo el escalón inicial de la alfabetización, sino que todos los niveles de la enseñanza e incluso el acervo y la diversidad cultural y el patrimonio artístico, son bienes intensamente protegidos.

Los derechos humanos inherentes a la educación adquieren en la sociedad global, y en virtud del carácter inmediatamente productivo que tiene el "saber" y su aplicación tecnológica por una parte, y su relación con la inclusión y la exclusión social por la otra, una amplitud y una complejidad creciente engendrando una muy importante trama de derechos socio económicos e individuales.

Nuestra Constitución impone la protección de la identidad y la pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor (tomando partido en un tema central inherente a la globalización); del patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales" (arts. 41,42, 75-inc. 19 CN).

Este criterio incontestable, compatibilizado armónica y axiológicamente con el que contiene el art. 17 última parte, guardan profunda relación con la temática de marcas, patentes, licencias y derechos de autor, y propone sustento a una normativa y a una práctica social congruente con el orden público económico y social y las necesidades nacionales.

El estado debe fijar políticas para "introducir y enseñar las ciencias y las artes" (art. 25 CN). Y proveer lo conducente "a la formación profesional de los trabajadores".

La Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales que a ella se han incorporado establecen un orden público económico y social que contiene un mandato inderogable que establece fines y modalidades universalistas.

El proceso educativo es un complejo mecanismo de interacción en el que participan el estado en todas sus instancias, organizaciones de la economía social y de la economía lucrativa, la familia y los particulares, pero es en los poderes públicos en los que el orden constitucional ha delegado excluyentemente la fijación de las políticas específicas, la distribución de los dineros públicos al efecto, y la fijación de los contenidos inderogables de la educación⁴⁵⁹

23.11.04. Maldonado S.A. s. Amparo.

2.12.04. VWJ. C. OSECAC. S. Sumarísimo. Conforme lo establecen las leyes 23.798 y 24.754.

18.12.03. Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud.

9.3.04. Laudicina Angela Francisca c. Provincia de Buenos Aires s. Amparo.

⁴⁵⁸ Dr. Jorge Horacio Gentile."Educacion y Constitución".<http://www.profesorgentile.com.ar/publi/educ.html>

⁴⁵⁹ Ley 24195. Ley federal de educación Artículo 2 - "El Estado nacional tiene la responsabilidad principal e indelegable de fijar y controlar el cumplimiento de la política educativa",

La Carta Fundamental establece con meridiana claridad los ejes políticos sobre la base de los cuales se deben estructurar la legislación y la práctica educativa:

Toda persona "tiene el derecho a que, mediante la educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado"⁴⁶⁰

"La educación -en el mandato constitucional- tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos"⁴⁶¹

La Ley Fundamental impone al Congreso el mandato de "Proveer lo conducente(...) al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria(...)" (art. 75 inc. 18 CN).

Debe "Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren las responsabilidades indelegables del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

En nuestro país todos los habitantes de la Nación tienen derecho a enseñar y a aprender. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas..."

El texto constitucional establece en dialéctica y contradictoria armonía el derecho de los particulares a recibir educación y a escoger para sus hijos aquella que consulte sus convicciones, y la obligación de todos los ciudadanos de sostener la educación pública imponiendo su gratuidad.

Sin perjuicio de la trascendencia fundacional que para la política educacional y cultural fija la Constitución Nacional, el núcleo duro del mandato constitucional impone al estado que "la organización de la educación, respete los principios de gratuidad y equidad en la educación pública en todos los niveles de la enseñanza". (art. 75 inc. 19 C.N.)⁴⁶², yendo aún mas allá de lo que establecen las Convenciones, Tratados y Convenios Internacionales en la materia.

La escuela obligatoria y gratuita (establecida a partir de la ley 1.420) ha constituido un paradigma esencialmente positivo en la construcción de nuestra sociedad. Por ello afirma Bidart Campos sumergiéndose a partir de la cúspide de la pirámide jurídica, en las polémicas que ha generado la política educativa y el marco global, en las últimas décadas, que "el arancelamiento en los estudios

⁴⁶⁰ (Art. 12 de la "Declaración Americana de los Derechos del Hombre).

⁴⁶¹ Art.26 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.

⁴⁶² **María Angélica Gelli**. Ob. Cit.pag. 93.

de grado es inconstitucional porque viola el art. 75, inc. 19 que define e impone la gratuidad y equidad de la educación pública estatal.

La gratuidad jamás puede descartarse so pretexto de que hay que compaginarla con la equidad, como si entonces pudiera hacerse viable el arancel para quienes se hallan en situación económica de poder afrontar su pago. El argumento que se esgrime en sentido contrario es falso: La educación pública estatal siempre debe ser gratuita porque lo manda la constitución. La equidad es, un "plus", que exige añadir a la gratuidad algo más en el caso de un estudiante que precisa agregar otro tipo de ayuda; por ejemplo, recursos mediante un subsidio para comprar libros"⁴⁶³

Las situaciones de desigualdad socio económica no se resuelven "in pejus", exigen medidas de desigualdad inversa como medidas urgentes de restitución del equilibrio cuando la norma o el tribunal tropiezan con desequilibrios inadmisibles.

La educación como derecho humano, como derecho social debe ser asegurado por el estado sin perjuicio de que como derecho individual cada individuo tiene a reclamarlo.

Este principio ha estado presente en la Constitución formal y también en la Constitución real que alimentó lo mejor de nuestra sociedad y este paradigma de nuestra organización social es incompatible con la sumisión de las áreas de la educación y de la cultura a las fuerzas del mercado.

En las últimas décadas las políticas educativas y el marco socio económico plantean contradicciones en la interpretación del marco constitucional y de las jerarquías axiológicas que este ordena.

"Con la crisis del estado de bienestar, surgen propuestas de tipo "neoconservadoras" que postulan pasar de las prestaciones estatales a subsidios dirigidos a los individuos, para que de esta manera, cada uno pueda comprar sus servicios en el mercado.

El resultado es que el Estado ya no garantiza la educación a todos los sectores sino sólo a los de alto riesgo y sólo en lo atinente a un mínimo de instrucción básica.

Al delegar su responsabilidad en nuevos actores sociales, éstos se harán cargo de elevar la calidad educativa, en tanto tengan recursos para hacerlo. Un sistema que predetermina el acceso al conocimiento en base al poder adquisitivo del grupo familiar. Calidad para pocos no es calidad, es privilegio"⁴⁶⁴

Lo que sucede, (y que requiere ser revertido con fundamento en nuestro orden público económico y social), en resumidas cuentas, es el desmantelamiento de la educación como derecho social, y la consideración de la misma como mercadería a la cual sólo tienen acceso quienes cuentan con los medios económicos".

En ese marco se produce el aún no saldado debate en torno a la Ley Federal de Educación" (24.195) que viene siendo objeto de una importante crítica, que la ha cuestionado con dureza, afirmando entre otras cosas, no sin

⁴⁶³ Entrevista al Dr. **Germán Bidart Campos**. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones>

⁴⁶⁴ **Alicia Herbón, Claudio Roman y María Eugenia Rubio**. "Transformación del sistema Educativo en Argentina a partir de la nueva Ley Federal de Educación". <http://www.apdh-argentina.org.ar/comisiones/educacion>.

razón, que en el sistema educativo conformado a partir de esa norma y de las políticas estructuradas en su consecuencia, las escuelas públicas están limitadas, porque en el marco de la crisis socio económica y el ajuste presupuestario su implementación tuvo consecuencias distorsivas.

Absorbió todos los esfuerzos en adecuaciones formales, trastocando el proceso de formación docente en forma abrupta, y destrozó sin transición las estructuras existentes.

Las consecuencias fueron que la educación habría dejado de cumplir las funciones que venía cumpliendo que no eran sólo las específicas, porque en nuestro país se había transformado en el principal motor de integración social y este objetivo se deterioró grandemente.

En sentido contrario y en defensa de la normativa vigente se afirma⁴⁶⁵ que sin abrir juicios sobre la idoneidad en sí del sistema educativo la implementación de la ley federal de educación ha producido resultados positivos en cuanto a la extensión de la escolarización - en tanto amplía a 10 el número de años de educación obligatoria- y ha generado una reducción de los índices de repitencia y deserción escolar.

Un estudio del CIPPEC⁴⁶⁶ acerca de la instrumentación de la ley revela que en la EGB las tasas de escolarización aumentaron del 74,5% de los jóvenes en 1997 al 82,8% en el 2000, y pone de relieve profundas diferencias entre las provincias que no han implementado la Ley Federal de Educación y aquellas que sí lo hicieron. Siendo las primeras las que exhiben peores resultados en materia de tasas de escolarización.

Es difícil determinar relaciones de causa efecto porque la normativa está indisolublemente ligada a la crisis y en consecuencia la mejoría en los índices puede ser consecuente con el cambio en las funciones de la escuela, no todas resultantes de la Ley Federal de Educación.

Las entidades escolares ofrecen en la coyuntura, una deficiente educación gratuita, un magro almuerzo y un mínimo acceso a la salud, cumpliendo en primer lugar un imprescindible y humanitario rol de asistencialismo social, que contribuye a morigerar importantísimos problemas que otras instancias estatales no logran resolver, pero la sociedad y el presupuesto deben ser reordenados para universalizar aquellos derechos que hoy son parcialmente garantizados con criterio asistencial.

El Superior Tribunal en su anterior integración, tomó partido en este debate, y en un fallo obligó a la provincia de Tucumán a avanzar en la implementación de la ley, no obstante las resistencias que esta oponía, porque afirmó, que esta norma sostiene los objetivos constitucionales de igualdad de oportunidades y de no discriminación.

En una resolución que contiene muchas otras implicancias mucho menos cuestionables en relación a los derechos económicos y sociales, porque ratifica la vigencia y preeminencia de los pactos internacionales en materia de derechos humanos y económicos sociales, y reitera que los derechos que de

⁴⁶⁵ A.D.C. Ob. Cit. Pags. 358 y sgts.

⁴⁶⁶ Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. "Mirada comparada sobre los efectos de la reforma educativa en las provincias. Documento Nro 2 diciembre del 2003. www.cippec.org.ar

ellos se desprenden deben tener un carácter progresivo⁴⁶⁷ en afirmación que trasciende el tema educativo..

En la etapa de transición la Suprema Corte dictó en materia educativa otro importante fallo en el que establece que el derecho a la educación "comprende el derecho a recibir prestaciones positivas por parte del Estado que remuevan los obstáculos para su ejercicio fáctico" al resolver que los padres de un menor discapacitado que carecen de recursos económicos, tienen derecho a exigir un subsidio estatal para pagar su educación y transporte⁴⁶⁸.

Un capítulo aparte pero enmarcado en la misma problemática, conforme lo señalara Bidart Campos, lo conforma la educación universitaria pública que está siendo sometida en el mundo globalizada al particularizado fenómeno de su mercantilización.

La Universidad por una parte ha sido degradada como consecuencia de los recortes presupuestarios, y simultáneamente por su aptitud para generar "saber" esta siendo mercantilizada, en fenómeno global que la expone a ser tomadas por asalto por las empresas privadas.

"La lógica del lucro se despliega con particular agresividad en la Universidad.

Bajo la envoltura de "mercado de las ideas", la competencia por las disciplinas "que atraen dinero" multiplicó en Estados Unidos los conflictos entre la docencia, la investigación y el mundo de los negocios"

"En los países centrales la búsqueda del saber, la investigación desinteresada, la curiosidad intelectual, quedan relegados a un segundo plano.

Los rectores universitarios, cuyo rol se asimila hoy al de viajeros de comercio, son evaluados ante todo por su capacidad para reunir fondos"

La investigación *sponsorizada*, en los países centrales, enjuicia la credibilidad de la ciencia.

Los estudios sesgados y el secreto comprometen la reputación de la ciencia así como su objetivo de búsqueda de la verdad.

Los profesores universitarios remunerados por la industria actúan como expertos en el Congreso y en los organismos de regulación, sin revelar sus relaciones con el mundo de los negocios." ⁴⁶⁹

El constituyente ha establecido barreras en protección de la Universidad Pública en nuestro país, que proporcionan instrumentos para afrontar las contradicciones que la realidad nacional, las carencias que de ella emergen, las necesidades vinculadas con la investigación y el saber y la mercantilización global, engendran.

La autonomía y la autarquía de las Universidades del Estado es otro de los principios con jerarquía constitucional desde 1994, (art. 75 inc. 19 CN.) que debe conjugarse con la libertad de cátedra derivada del derecho a enseñar (art.14 CN), el de la estabilidad docente (art. 14 bis CN), que es extensible a todos

⁴⁶⁷ CSJN. 12.8.03. Ferrer de Leonard Josefina y O. C. Superior Gobierno de la Provincia de Tucuman. S. Amparo.

⁴⁶⁸ CSJN. 15.6.04. Lifschitz Graciela c. Estado Nacional s. Sumarísimo.

⁴⁶⁹ Ibrahim Warde. "Matrimonio por dinero en Estados Unidos - La educación superior, vampirizada por las empresas" Le Monde Diplomatique. Cono Sur Número 22 - Abril 2001

los niveles del sistema educativo, y al acceso a las cátedra por concurso para evaluar la condición de idoneidad (art. 16 CN).

La obligación del estado de asegurar el principio de gratuidad en la educación pública se compatibiliza y armoniza con el derecho que tienen los padres a reclamar libertad para escoger para sus hijos, escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas, siempre que satisfagan las normas mínimas que el estado apruebe en materia de enseñanza, y el de decidir para sus hijos, la educación religiosa o moral acorde con sus convicciones⁴⁷⁰.

Estas normas han sido claramente interpretadas por el Superior Tribunal que estableció que: "Según las normas incluidas en los tratados que ostentan jerarquía constitucional los Estados tienen el deber de garantizar el derecho a la educación y son responsables internacionalmente por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por dichas normas"⁴⁷¹.

El derecho a la preservación del medio ambiente físico y cultural.

El derecho a vivir en un ambiente sano viene entendiéndose como una ampliación de la esfera humana.⁴⁷²

El concepto se ha ensanchado progresivamente y comprende no sólo el derecho que tiene todo ser humano a que no sea afectado el ecosistema físico, sino que además lo faculta a reclamar la tutela del patrimonio artístico y cultural, el paisaje, la obra urbanística, etc.

La sociedad globalizada y mercantilizada que prioriza la maximización del beneficio económico aprovecha, manipula y destruye irracionalmente los recursos naturales y culturales de la humanidad, pone en peligro el derecho a la vida, a la salud y a la culturalización del ser humano, por lo que es función primordial de los Estados, de los sistemas jurídicos nacionales y de los Organismos Internacionales, proteger la vida social limitando e impidiendo cualesquier agresión al medio ambiente natural o cultural.

La cosmovisión de los oligopolios transnacionalizados potencia, al priorizar el máximo beneficio económico para generar la multiplicación de la acumulación primitiva los riesgos que genera el desarrollo tecnológico y la explosión demográfica, y ello determina que la preservación del medio ambiente natural y cultural sea un reclamo vital de la comunidad internacional y un punto de conflicto esencial en el que confrontan permanentemente los derechos humanos y los derechos socio económicos con el derecho de propiedad y con la tutela a la autonomía de la voluntad.

⁴⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales. Art. 13 punto 5.

⁴⁷¹ **C.S. J. N.** Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ Estado Nacional - declaración de inconstitucionalidad - sumario. Tomo: 322 Folio: 919. Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López. Disidencia: Fayt, Belluscio. Abstención: Petracchi, Bossert. 27/05/1999.

⁴⁷² **Morello Augusto M y Stiglitz Gabriel A.** "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos" Librería Editora Platense. La Plata 1986. Pag. 192. Citado por Bidart Campos. Ob. Cit.

"La explotación abusiva de los recursos naturales, la contaminación atmosférica, la degradación de la capa de ozono y el cambio climático, la desertización, la pérdida de diversidad biológica, el deterioro del suelo y del agua son algunos de los fenómenos que afectan al medio ambiente y merman nuestra calidad de vida.

Hoy existe una estrecha relación entre la protección del ambiente y la protección de algunos elementos vitales y necesarios de la salud humana⁴⁷³.

La generación de residuos peligrosos, la emisión de efluentes contaminantes, los desechos tóxicos, las filtraciones al suelo, al subsuelo y las napas de agua, la emanación de efluentes gaseosos que se absorben por inhalación; las poluciones perjudiciales para la flora, la fauna y el agua; las sustancias residuales que desaguan en las cuencas hídricas; los hornos que expelen gases y partículas sólidas; el derrame de hidrocarburos; la contaminación auditiva por ruidos molestos; la falta de una higiene elemental en el despliegue de actividades industriales, son algunos ejemplos entre posibles actividades socialmente lesivas de índole económica y el ambiente con repercusiones en la salud y la vida de las personas⁴⁷⁴.

Puntualiza Iturraspe que "el predominio en todo el planeta de un modelo de desarrollo basado en la explotación irracional de los recursos naturales (y de los recursos humanos también) y en la generalización de un consumismo desbordado para muchos países y capas de su población, y contradictoriamente, de pobreza y marginalidad para sectores crecientes, genera graves consecuencias ambientales.

Por otra parte, el incremento de la marginalidad y la pobreza también tienen repercusiones ecológicas preocupantes, como la tala de árboles y bosques para leña, prácticas contaminantes, la desaparición de especies y ecosistemas por la presión de la expansión demográfica⁴⁷⁵.

Existe un ámbito inexorablemente global para la defensa de los derechos de la comunidad humana que implicados en el "jus cogens" se expresan en "cinco elementos que son asociados usualmente con el concepto de herencia común de la humanidad: inapropiabilidad; manejo por parte de todos los pueblos; participación internacional en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales; uso pacífico incluyendo libertad de investigación científica en beneficio de todos los pueblos; y conservación para las generaciones futuras.

Aquí, por ejemplo, están involucradas cuestiones ambientales como la protección de la capa de ozono, la Antártida, los océanos; la exploración de

⁴⁷³ **Guevara Palacios Augusto**. "Algunos Aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado". La Ley Actualidad. 26.8.04 pag. 1 y sgts, con citas de Lopez Escudero M y Martin y Perez de Nanclares J. Derecho comunitario material. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 2000 y Mezzetti Luca. La protección jurídica del ambiente en el derecho comparado. En "La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español". Pag. 30.

⁴⁷⁴ **Bidart Campos German**. El orden Socioeconomico en la Constitucion. Ob. Cit. Pag. 325-

⁴⁷⁵ **Francisco Iturraspe** "Derecho y etica ambiental y laboral en la era de la mundializacion". Publicación Wev. Pag.4.

espacio exterior, la luna y otros planetas; las luchas contra la proliferación del armamento de destrucción masiva, etc⁴⁷⁶.

Coincidentemente en el ámbito nacional la Ley Fundamental establece con meridiana claridad y explícitamente una clara trama de obligaciones y derechos de los particulares y del estado imponiendo la operatividad de la declaración en el Art. 41 que consagra el derecho que tienen todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y le impone el deber de preservarlo.

Establece la obligación del estado de proteger este derecho y proveer a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, a la información y a la educación ambientales.

La norma prohíbe expresamente el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Es inconstitucional en nuestro sistema jurídico, la invocación de la inviolabilidad del derecho de propiedad para abusar y degradar el medio natural o cultural, nuestra Carta Magna y el Orden Público Económico y Social que de ella resulta establecen normológica y axiológicamente este principio con total claridad.

⁴⁷⁶ Santos Boaventura de Sousa: La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998. <http://www.uv.es/CEFD/3/Santos.html>

CAPITULO 9

DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.

9. Derechos Económicos Sociales_

Cuando Susana Sontag describe las imágenes más espeluznantes que le toco presenciar en Sarajevo dice:

"No había vida normal. No había agua, electricidad, teléfonos, las escuelas estaban cerradas.."

La Ley Fundamental, y los Pactos y Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional reclaman del estado y de los particulares el respeto irrestricto a los derechos humanos, y ello implica por una parte un programa ideológico que impone a los poderes públicos conductas positivas y abstenciones en ese sentido. A este norte debe subordinarse la legislación, la administración y la actividad del poder judicial.

La efectiva realización de los Derechos Humanos requiere de la implementación de una política socio económica congruente con el orden público económico y social que establece nuestro sistema normativo fundamental y el marco jurídico internacional incorporado al mismo como Ley Suprema.

Este es un rasgo de los nuevos tiempos y del desarrollo del concepto global recogido por nuestro Constituyente de los derechos humanos.

Hasta el presente la traducción jurídica de estos derechos que se expresaba exclusivamente en forma desprovista o con diverso contenido, no había cuestionado los modelos de desarrollo y los modelos de democracia resultantes de la violación en la realidad de los derechos económicos y sociales.

El tema adquiere consistencia en virtud de que son los paradigmas del desarrollo neoliberal y del modelo de la democracia formal desprovistos de los contenidos de igualdad, libertad y fraternidad efectiva, los que han conducido a esta sociedad capitalista, humana y económicamente inviable en estas condiciones, en un mediano y largo plazo, los que vienen a requerir el equilibrio al que parecen haber renunciado quienes disfrutaban de esta desigual y volátil instancia.

Se trata al decir de Boaventura de Souza Santos⁴⁷⁷ de sociedades políticamente formalmente democráticas pero socialmente realmente fascistas.

Otros aspecto en el que se están operando profundos cambios en el concepto inherente a los derechos humanos es que el paradigma histórico de los Derechos Humanos era bastante "estadocéntrico", trabaja sobre el Estado y sobre las instituciones, y por eso no sabe dirigirse a otros actores que son grandes violadores de los Derechos Humanos, pero que no son el Estado. El Estado es, muchas veces, cómplice de ellos pero no es el violador directo.

En su evolución las condiciones básicas del contrato social reclaman que estos derechos, universales, indivisibles, imprescriptibles y mínimos estén dirigidos a proteger al individuo social no sólo de las agresiones del estado, sino también de las que resultan de la actuación de particulares individuales o corporativos o de otros estados y el encargado de proteger a ese hombre es no

⁴⁷⁷ Boaventura de Souza Santos. "Derechos humanos y Foro Social Mundial" Ponencia presentada por Boaventura de Souza Santos, profesor portugués de la Universidad de Coimbra (Portugal) y de la Wisconsin- Madison University (Estados Unidos), en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH, Quito, 2 al 6 de marzo de 2004. Publicación Web.

sólo el estado nacional en el que habita, sino también la comunidad internacional que ha asumido la obligación y el derecho de protegerlos.

Un tercer aspecto que pone de relieve el magistral profesor portugués es la necesidad de conformar un mundo de derechos humanos que comprenda a incluidos y excluidos, que atrape sin sofocar a la herencia genético cultural de los hombres, afrontando la problemática que plantea la propuesta ideológicamente dominante del pensamiento único que también abarca al fenómeno jurídico y nos explica que en el contexto de la diversidad es imprescindible pensar a los derechos humanos como multiculturales.

"En Asia y en África se pueden trazar puentes con el concepto de "Uma" en el Islam, hay puentes entre Derechos humanos y el "Dharma" del hinduismo, hay puentes entre Derechos humanos y el concepto "Ubuntu", o el concepto de "Sugess".

Hay puentes entre los Derechos Humanos y la armonía cósmica de la madre tierra de los indígenas de este continente.

No es relativismo cultural, decir que todas las culturas son relativas, es una posición errada.

El problema es convencernos de que todas las culturas tienen algún problema con los Derechos Humanos. El concepto occidental, por ejemplo, ha creado asimetrías entre deberes y derechos, solo concedemos derechos a quienes podemos exigir deberes, por eso no nos permitimos acordar derechos a la naturaleza ni a las futuras generaciones"⁴⁷⁸

En nuestro país coincidentemente y en concordancia con los tratados internacionales incorporados con jerarquía Constitucional, la ley formal y la ley substancial imponen al Estado, que para establecer y ejecutar la política constitucional de Derechos Económicos y Sociales ponga a su servicio el máximo de los recursos disponibles, actuando en forma progresiva, y se autolimita y establezca el marco en el cual el interés de las organizaciones sociales y de los particulares colisiona con el interés general, el bien común y el bienestar general.

El estado establece los límites a su propio accionar pero además confiere a los particulares y a los colectivos, el derecho y la obligación de reclamar la aplicación del orden público económico y social constitucional y a obtener el dictado de leyes que aseguren su vigencia, relacionándose económicamente a partir de la axiología social expresada en la cúspide del contrato social.

La "Constitucionalización" de los derechos fundamentales cambió la naturaleza de la democracia, que ya no consiste sólo en la omnipotencia de las mayorías, y por lo tanto en su dimensión política o formal, sino también en los límites y vínculos de contenido que le impone como su dimensión sustancial, lo que podemos llamar "esfera de lo que no es posible decidir" : la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, esto es, la lesión de los derechos de

⁴⁷⁸ Boaventura de Souza Santos. Ponencia citada precedentemente.

libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio la no satisfacción de los derechos sociales"⁴⁷⁹.

Ningún poder o mayoría puede soslayar el orden público económico y social establecido en la base constitucional del sistema normativo, porque ello conlleva necesariamente a ignorar las condiciones jurídicas establecidas para la satisfacción de los derechos sociales, pero además en las condiciones específicas de Latinoamérica la realización progresiva de la política económica y social consecuente con los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales es un camino realista y excluyente para combatir el atraso, la exclusión, la pobreza, la miseria, el desempleo y los agudos déficits habitacionales, educacionales y sanitarios.

El orden público y el Derecho Económico Social son la única vía substancial y el extremo dialéctico que proporciona el mundo jurídico para generar y entender los cambios sistémicos en la armonización del "deber ser" congruentes con el reclamo del "ser" que impone la realidad.

Cuando el derecho económico y social se transforma en práctica social, constituye un punto de partida, que arraigado en la seguridad jurídica con fundamento normativo y estricto respeto al principio de legalidad, permite que las ideas de libertad, de igualdad y fraternidad en sentido substancial, establecida en la base del contrato social, no sean sustituidos por la libertad sólo para los negocios, por la igualdad formal que consolida las exclusiones y por la solidaridad trastocada en el individualismo eficiente para generar y acumular riqueza que resultan tanto de la exégesis dogmática como de las deconstructivas propuestas de la "lex mercatoria universal" o del substracto ideológico del análisis del derecho.

La amplia esfera de libertad garantizada a cada individuo, que comprende el derecho a que no le sea prohibido nada que la ley no le prohíba (principio de reserva del art. 19 de la CN), alude principalmente en el estado social, a los límites que impone fundamentalmente la Ley Suprema.

Nadie dentro o fuera del país, tiene derechos individuales inalienables en detrimento de los derechos humanos, de los derechos y de las necesidades económicos y sociales y de los derechos y garantías individuales, con el contenido y la trascendencia reconocidos por la sociedad universal y reivindicados por nuestro constituyente social.

Sostiene Courtis que lo que convierte al viejo sistema legal del derecho privado clásico en un nuevo derecho social, se evidencia en que mientras el contrato clásico era analizado como una relación inmediata entre individuos autónomos, en el concepto de contrato del derecho social la sociedad media entre las partes.

Se socializan las obligaciones en las que el nexo entre uno y otro individuo siempre es mediado por la sociedad, la que juega un papel regulatorio, mediador y redistributivo",

"El Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de que áreas de la interacción humana quedarán

⁴⁷⁹ Luigi Ferrajoli. "Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización". La Ley 6.12.05, pag. 1.

libradas al funcionamiento del mercado, y que áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas.

La orientación de esta acción estatal se dirige a redistribuir o estabilizar ingresos, haciendo accesibles bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideran indeseables.

Desmercantiliza o interviene áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etc", y ha incorporado otras funciones inspiradas en una orientación similar, como la de proteger las diferencias que se estiman valorables y promover el acceso de grupos sociales históricamente postergados a instituciones o actividades en los que estuvieran subrepresentados"⁴⁸⁰.

Lo económico instrumental en confluencia dialéctica con lo social deviene substancial. "Los derechos sociales son derechos prestacionales".

Bobbio habla de un proceso de especificación en los derechos sociales en el paso del hombre genérico al hombre específico, en la especificidad de sus diversos "status sociales".

Los derechos económicos y sociales no pueden definirse sin tener en cuenta las necesidades, y simultáneamente "son derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial.

Conforman el derecho a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser superada o limitada y promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos.

Si la libertad jurídica se convierte en libertad real sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales.

Esta participación es condición y presupuesto para la efectiva realización de la libertad"⁴⁸¹ y por ello es preciso que los derechos humanos y los derechos sociales propiamente dichos se materialicen en la efectiva vigencia de un derecho económico social que coadyuve a la resolución de la contradicción inherente a lo jurídico entre la norma y la realidad.

⁴⁸⁰ **Christian Courtis**. Ob. Cit. Con citas de Mazziotti, "función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales". Cfr. Mazziotti, M., "Diritti sociali", en Enciclopedia del Diritto, Milán (1964), p. 804.

Para un análisis comparado de la juridificación de las relaciones de trabajo y de las relaciones de consumo de acuerdo al modelo del derecho social, v. Abramovich, V. y Courtis, C., "Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo", cit., pp. 54-63

Sobre las continuidades y rupturas de la intervención estatal a favor de la redistribución de recursos y la intervención a favor del reconocimiento y promoción de la posición de grupos desaventajados, vale la pena repasar el debate entre autoras feministas como Iris Marion Young y Nancy Fraser. V. Young, I. M., La justicia y la política de la diferencia, Valencia (2000), y "Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal", en Castells, C. (comp.), Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona (1996), pp. 999-126; Fraser, N., Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista", Bogotá (1997), Caps. 1 y 8. Ver también Añón, M. J., "Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías", en de Lucas Martín, F. J. (dir.), Derechos de las minorías en una sociedad multicultural, Madrid (1999), pp. 43-118.

⁴⁸¹ **Luis Prieto Sanchis**. "Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial". <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>

Que impulse la afirmación de la constitución formal como constitución real.

El bienestar general y el bien común.

El Orden Público Económico y Social normológico, sometido al principio de legalidad que sustenta la Constitución Nacional contiene una afirmación axiológica primigenia en su preámbulo que desarrolla sistemáticamente su texto:

Los valores que prioriza nuestro sistema jurídico son sociales, y su eje teleológico es la realización del "bienestar general".

Procurando realizar el bien común es que organiza nuestra juridicidad y este es el valor prevalente que debe orientar la política legislativa y la interpretación legal, la vara de lo justo y lo injusto

"Como la Suprema Corte lo ha declarado, -el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el 'bienestar general' (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización".⁴⁸².

El valor esencial de nuestra constitución no es el derecho de propiedad.

Lo determinante es el bien común, el bienestar general.

Lo justo es procurar el bien común y con este parámetro deben necesariamente ser resueltos los conflictos que se suscitan en la sanción, la aplicación y la interpretación de las normas que no puedan ser armonizadas.

"Dicho bien común cohesiona el conjunto de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que hacen a la felicidad de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil o, en otros términos, refiere "a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal", y tiende, como uno de sus imperativos, a "la organización de la vida social en forma que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana"⁴⁸³.

El plexo constitucional nos proporciona el sustento normativo que asegura la legalidad de este criterio axiológico, pero además la realidad económica y social nos requiere inexorablemente privilegiar el bienestar general por encima de cualquier requerimiento de los mercados.

En el preámbulo quedó resumida esta línea de pensamiento: Junto al objetivo de asegurar los "beneficios de la libertad" reza el de "promover el bienestar general".⁴⁸⁴

⁴⁸² CSJN. 17-05-2005.- "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios

⁴⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC5/85, 1311/1985). Citado por Rodolfo C. Filas. Fallo Cam. Apel. Trabajo Sala VI. Citado.

⁴⁸⁴ Alberto Dalla Vía. Ob. Cit. Pag. 37.

No se sostiene en ningún plano del mundo jurídico nacional la política legislativa que privilegia lo eficiente, o el derecho de propiedad, o la libertad contractual, cuando estos valores entran en contradicción con el bien común.

"La Corte ha dicho que siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía. (Maantz O fallos 255.330 y SA Ultramar Petrolera Fallos 263.453).

Cabe privilegiar los intereses que revisten mayor interés público. (Orquín fallos 264.416).

En Bercaitz (fallos 289.430) la corte concluyó que el objetivo preeminente de la constitución es el bienestar general, es decir la justicia en su más alta expresión: La justicia Social".

El concepto de bienestar general coincide con el de bien común que consiste en el conjunto de condiciones de vida social que permiten la realización del hombre"⁴⁸⁵.

El estado y el derecho se justifican y se realizan cuando garantizan la condición humana social" y proporcionan el reclamado "bienestar general y el bien común que son los valores axiológicos esenciales de nuestro sistema jurídico establecidos como condición de la organización nacional.

La reforma del 58 y fundamentalmente la introducida en el 94 establecen además con substancial claridad cuáles son los caminos para atender a ese bien común.

El núcleo ideológico de la reforma del 94 está en el inc. 19 (párrafo 1º) del art. 75 ubicado a continuación de la cláusula del progreso. La nueva norma se ha dado en llamar "cláusula del nuevo progreso o cláusula del progreso económico social"⁴⁸⁶ donde se establecen como valores fundamentales a proveer por la legislación:

"El desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional, la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores, la defensa del valor de la moneda, la investigación y el desarrollo científico y tecnológico.. etc."

"Este concepto del desarrollo humano debe vincularse con la interpretación dada por la Naciones Unidas en tanto toma el índice de desarrollo humano con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc.

La constitución del 94 afirma el concepto de desarrollo humano, de justicia social y de igualdad real de oportunidades, al tiempo que consagra un derecho constitucional al ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras. (art. 41)"⁴⁸⁷

La intervención del estado.

⁴⁸⁵ **Sagues Nestor Pedro**. Elementos de Derecho Constitucional. Ob. Cit. Pag. 72.

⁴⁸⁶ Constitución Argentina, con prólogo de **Nestor Sagues**, Ed. Depalma Bs.As. 1994.

⁴⁸⁷ **Dalla Via**. Alberto. Ob. Cit. Pag. 47.

El derecho económico y social reestructura y afirma el orden público normativo a partir de la verificación de la realidad socio económica, para delimitar la intervención del estado, de las organizaciones de la economía social y de la iniciativa privada, garantizando que la armónica plena vigencia de los derechos individuales garantice, que conforme los parámetros de "proporcionalidad" y "progresividad", tengan plena vigencia los derechos económicos y sociales que aseguran la condición humana y el progreso social, determinando el derecho de los individuos y el deber de la sociedad de desplegar para ello los recursos económicos, jurídicos y políticos hasta el máximo posible.

"En sus orígenes se hablaba de derechos humanos para fortalecer la posición del individuo frente al estado.

Posteriormente se consagró específicamente lo que se ha dado en llamar el efecto horizontal de estos derechos, es decir su ejercicio y también su obligación con relación a otros particulares.

Los estados fueron requeridos primero de una actitud pasiva, es decir de mero respeto de esos derechos, pasándose después a otorgarles otra misión predominantemente activa por la que se obligan a introducir sus principios en la legislación interna, a dictar las medidas adecuadas para la concreción de esos derechos y a brindar el apoyo jurisdiccional necesario para su aplicación".

"Una sociedad verdaderamente humana no apela a la economía de la mano invisible, sino a una economía de tres manos.

La mano invisible del mercado con la empresa en el centro, pero también la mano de justicia del Estado..., para hacer mas y mejor lo que sólo él puede:

Hacer prevalecer el derecho, reprimir los abusos, asegurar los servicios sociales o colectivos que las señales de la demanda solvente sobre el mercado no son suficientes para promover, para preservar el medio ambiente, ofrecer a los agentes económicos las perspectivas de lo universal o de largo plazo, por los cuales también el mercado permanece balbuceante, garantizar la estabilidad de la moneda y del marco macroeconómico y financiero.

Finalmente la tercera mano, la mano fraterna de la solidaridad para reducir las desigualdades, combatir la pobreza.

Siempre hay algo para hacer para que estas tres manos converjan en la creación de una sociedad mas fraternal ⁴⁸⁸

La prescindencia del estado en la regulación de la vida social o económica de un pueblo, es un sofisma absolutamente divorciado de la realidad. En un sentido o en otro el estado siempre interviene.

La ley que fija derechos y deberes. Que establece necesidades o intereses protegidos, que se sostiene en el consenso, pero fundamentalmente en el poder coactivo del estado, establece un orden original de repartos que determina en la sociedad la existencia de ganadores y perdedores a priori.

⁴⁸⁸ **Alegría Hector.** "Humanismo y derecho de los negocios.". La Ley 25.8.04. pag. 3. Con citas de Ronald Dworkin "Los derechos en serio" Edit. Ariel Barcelona. 1984, Marguenaud Jean Pierre. "Corte Europea de Derechos Humanos".y Rodolfo Vigo. "Presente de los derechos Humanos y algunos desafíos". ED. 180.1408. y pag. 7 con cita de Michel Campesús.

Es el estado el que a través de sus órganos limita o libera a los poderes que conviven en una sociedad, nunca es neutro.

La doctrina de la subsidiariedad del estado en una sociedad globalizada dependiente, supone que los ganadores oligopólicos y cartelizados del estado se pueden hacer cargo de casi todas sus funciones, porque no existe en esa sociedad derecho a la igualdad y la libertad efectiva y se trata de una comunidad que prescinde de la fraternidad solidaria para sustituirla por el individualismo caníbal.

Richard pone de relieve que en estos tiempos (del hipercapitalismo oligopólico), la intervención del estado deviene imperativa y sus niveles deben guardar relación en primer término con las reales condiciones del mercado y en segundo lugar con la magnitud de necesidades básicas insatisfechas en la sociedad.

Existen de hecho múltiples formas para la intervención del estado y de sus órganos en la sociedad civil, de hecho la razón de ser y la necesidad de su existencia deviene como producto social, por lo que cada sector de esta sociedad encuentra justificación para delimitar su ámbito de actuación en las condiciones específicas que resultan de su realidad socio económica situada dialécticamente en tiempo y espacio y de las carencias y potencias que esta engendra en la sociedad local en relación también con las aspiraciones de la condición humana en ese segundo cósmico.

"La complejidad creciente de las sociedades globalizadas de fines del siglo XX y comienzos del XXI, con las sucesivas crisis de los modelos de estatalidad - bienestarrista y neoliberal, acompañadas de procesos de fragmentación socio - económica y cultural, con representación política deficitaria, ha puesto de manifiesto muchas veces que resulta insuficiente la regulación de situaciones de conflicto y/o inequidad con los instrumentos tradicionales basados solamente sobre el poder (lógico jerárquico del Estado) y la propiedad individual o corporativa (lógica de los intercambios del mercado).

La realidad es que el mercado ha sido abandonado por los grandes grupos económicos que tratan de influir en los Gobiernos para recibir los grandes servicios públicos, verdaderos monopolios de hecho que aseguran el consumo y ningún riesgo para esos grandes grupos de interés, resguardados en sus ganancias por disposiciones "contractuales" impuestas a través del Estado a sus ciudadanos -consumidores. A la par, las técnicas de comercialización otorgando derechos de uso de patentes, franquicias, marcas, licencias, know how, etc."⁴⁸⁹.

El estado es tan ineficiente como empresario, como son de ineficientes los empresarios para establecer libertad e igualdad efectiva y desarrollar políticas sociales. Tan necesaria es la acumulación como la distribución de la riqueza.

Por ello cada organismo del cuerpo social tiene funciones que le son propias, y la dialéctica y cambiante realidad es la que fortalece o debilita cada

⁴⁸⁹ Richard Efrain Hugo. "Realidad, economía y derecho" XV Reunion conjunta de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba. 23 y 24 de octubre del 2003. <http://www.acader.unc.edu.ar/artrealidadeconomiayderecho.pdf>

una de las partes del todo que conforma nuestra sociedad y los términos de este contradictorio devenir se integran y no se excluyen y se complementan con formas intermedias de organización social (el denominado tercer sector) que proporciona instrumentos y vehículos que consienten eficiencia empresaria (con menor intensidad que en las entidades excluyentemente privadas) y orientación solidaria y desprovista de fines de lucro estricto (menos generosa que la que informa a estado).

Si al estado lo despojamos de sus funciones y sólo le asignamos la de proteger a un mercado globalizado y excluyente, y reprimir los comportamientos de los excluidos, los objetivos normativos y axiológicos de la Constitución Nacional, y los derechos humanos mas elementales, son groseramente preteridos.

Los límites y el contenido de la intervención del estado están establecidos en la ley fundamental, que a partir del constitucionalismo social también limita el poder, que de hecho tienen individuos y sociedades cuando en su accionar entran en colisión con derechos humanos, derechos económicos y sociales o derechos individuales fundamentales.

Enrolado en la libertad nuestro texto fundacional no ha ignorado la presencia del Estado para promover el progreso y el bienestar mediante políticas socioeconómicas.

"El programa del art. 75 inc. 18 perfila un estado que lo es todo, menos prescindente y le facilita la elección de diferentes alternativas según las circunstancias y necesidades del país. El inc 19 ensanchó notablemente los bordes del eventual ejercicio del poder de policía de bienestar. Esta cláusula recoge el informe 95 sobre desarrollo humano del PNUD en el que se afirma que el crecimiento es condición necesaria pero no suficiente para el desarrollo. El desarrollo sin crecimiento no es sostenible en el largo plazo".⁴⁹⁰

Desde antaño el Superior Tribunal admitió la afectación de derechos individuales patrimoniales cuando se encontraban en contradicción con derechos fundamentales⁴⁹¹. Claro ejemplo lo dio el que fue, hasta 1994,

⁴⁹⁰ **María Angélica Gelli**. Ob. Cit. Pag. 695.

⁴⁹¹ La contribución exigida a los ganaderos por el art. 17, inc. d) de la ley 11.747, como medio tendiente a realizar el fin de orden común perseguido por la norma al crear la Junta Nacional de Carnes, no viola el derecho de propiedad y de libre contratación, ya que está compensado o puede estarlo con el aumento del precio del producto, a lo cual se une el evento de utilidades posibles realizables por la entidad.

La facultad del Estado para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encausarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público, ha sido reconocida de antiguo por la Corte Suprema.

La reglamentación legislativa de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Nacional está condicionada por la necesidad de armonía y orden con el ejercicio de los derechos de defender y fomentar la salud, la moralidad, la seguridad, la conveniencia pública y el bienestar general. La medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar determinará la medida de las regulaciones en cada caso.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1944/09/01/ Inchauspe Hnos., Pedro c. Junta Nac. de Carnes Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto) 117.

Cuando las finanzas de la Caja de jubilaciones lleguen a fallar hasta hacerse imposible el cumplimiento regular de las obligaciones contraídas, una reforma general y reconstructiva que equilibre los egresos con los ingresos, llegando al extremo de reducir los beneficios actuales y futuros, dentro de una proporcionalidad justa y razonable, no puede ser objetada como arbitraria

inciso 16 del artículo 67 - ahora inciso 18 del artículo 75-; en convergencia, con el viejo artículo 107- hoy artículo 125.

No estamos ante una economía planificada o dirigida, pero sí ante un modelo constitucional de planificación económica (o planeamiento).

Enrolarlo en una economía social propia de un Estado social y Democrático de Derecho, que se explicita - sin mención expresa - en la reforma constitucional de 1994.

Nuestra Constitución Económica propone un modelo ideológico jurídico para el desarrollo económico y social del país en el marco de una economía capitalista en la que el estado y los valores axiológicos juegan un rol esencial. Este camino se profundiza en la derogada constitución del 49⁴⁹², y en la vigente reforma del 57 que adecuan e insertan a nuestra carta magna en las corrientes del Constitucionalismo Social, (este cambio implica el tránsito al estado social de derecho).

"La libertad, la igualdad, la eficiencia y el bienestar no fluyen por azar cuando el Estado es mínimo, débil, abstencionista, en un ambiente social de pura competencia.

Ese Estado ausente deja fuera una puja conflictiva que no engendra automáticamente la armonía ni la articulación de intereses ni su compensación equilibrada"⁴⁹³.

"Desregular no significa solamente la ausencia de normas legales sino admitir que éstas pueden ser desplazadas por las reglas instituidas por los más fuertes.

Es evidente que gigantescos grupos privados ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad.

El poder privado es mayor que el del estado y se corre el riesgo de ver arrasada la sociedad civil como modo de convivencia jurídicamente organizada"⁴⁹⁴.

Paradójicamente es la reforma del 94 sancionada en el apogeo de la administración neoliberal, la que categóricamente encauza el orden público económico y social de nuestra Constitución Económica en la ideología de la solidaridad, renegando de los individualistas y egoístas principios de la economía de mercado que en contradicción con sus disposiciones establecía la legislación convalidada por la Suprema Corte en la década del 90.

e inconstitucional, ya que lo justifica el interés público y lo impone la conservación del patrimonio común de los afiliados.

Corte Suprema de Justicia de la Nación 1937/12/27. López, Tiburcio y otros c. Provincia de Tucumán. LLO,

⁴⁹² Sostiene Sampay autor principal de la Constitución del 49, que la "neutralidad liberal" no es otra cosa que "intervención a favor del poderoso. **Sampay, Arturo E.**, "La reforma constitucional", 1949, Ediciones Laboremus, p. 37. Citado por Perez Hualde.

⁴⁹³ **Bidart Campos, Germán**, "Derecho y libertad", en Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación, Suplemento de RAP, agosto de 1989, Ed. Ciencias de la Administración, p. 27. Citado por Perez Hualde. Pag. 44.

⁴⁹⁴ **Lorenzetti Ricardo Luis**. Las Normas Fundamentales de Derecho Privado. Rubinzal Culzoni. 1995. Pag. 81.

Las reformas introducidas por la convención de 1994 no acercaron el modelo económico hacia el liberalismo; lejos de ello, se introdujeron una serie de normas que posibilitan un contenido regulador e intervencionista en la economía como mecanismo para hacer efectivos los derechos humanos cuya plena vigencia consagra a partir de jerarquizar los tratados, pacto y convenios internacionales que globalizan su obligatoriedad universal.

El Estado que concibe el texto constitucional de 1994 es un protagonista activo llamado a impulsar una serie de soluciones en el terreno económico y social a tal punto que enrolan a nuestra Carta Magna en las líneas del constitucionalismo social, como muy bien lo ha señalado la doctrina constitucionalista encabezada por Germán Bidart Campos y Pedro J. Frías, entre otros autores argentinos importantes⁴⁹⁵.

Los espurios acuerdos para la conformación de la constituyente permitieron al poder político administrador al que respondía incondicionalmente el Superior Tribunal (que sólo pretendía una extensión del mandato), profundizar una política que desnaturalizaba al texto constitucional sancionado.

Se produjo un divorcio entre las fuentes administrativas y legislativas sancionadas con contenidos neoliberales inconstitucionales, para producir el proceso de "reforma del Estado" por un lado, y los criterios constitucionalistas, plasmados en la reforma constitucional de 1994 congruentes con los principios de la reforma del 57 y con la sistemática originaria de nuestra carta magna.

Ni al poder político, ni a la cabeza del poder judicial, ni a muchos juristas⁴⁹⁶ y economistas los perturbaba el escandaloso divorcio entre la realidad socio económica que imponía la administración y las fuerzas del mercado liberado, y los textos y principios constitucionales.

"La Convención Constituyente de 1994 es rectificadora, cuando no - lisa y llanamente - contraria, a la "reforma del Estado"⁴⁹⁷. Vanossi plantea con razón que "No hay en la reforma reciente ningún artículo que proclame la libertad económica ni la economía de mercado."

"Las cuestiones que hay que responder son las siguientes:

¿Cómo conseguir que los servicios funcionen - los transportes, las escuelas, los hospitales, el suministro de agua, gas y electricidad, los teléfonos, el correo, las universidades, la asistencia a los ancianos, y tantas otras actividades sobre las que descansa la vida

⁴⁹⁵ Pérez Hualde, Alejandro LexisNexis Jurisprudencia Argentina El modelo económico de la Constitución argentina y la "reforma del Estado" 2003 Doctrina JA 2003-II-880. Pag. 42

⁴⁹⁶ "El sistema intervencionista ha fracasado de tal modo que "la inexistencia de consenso social acerca de la bondad del sistema regulatorio llevó a su incumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social de los particulares y de la Administración Pública"

Gordillo, Agustín A., "El estado actual del Derecho Administrativo", RDA n. 14, sept./dic. 1993, Ed. Depalma, p. 290.. Citado por Perez Hualde.

"La doctrina ha sostenido que las causas del proceso privatizador se encuentran en el fracaso de la empresa pública como instrumento operador de la economía, la aceptación del principio de subsidiariedad y la emergencia económica y administrativa en que se vio envuelto el país en el año 1989".

Farrando (h), Ismael, "Servicios públicos y privatizaciones", en revista Actualidad en Derecho Público, n. 7, mayo/agosto de 1998, Ed. Ad Hoc, p. 158.. Citado por Perez Hualde pag. 34.

⁴⁹⁷ Pérez Hualde, Alejandro LexisNexis Jurisprudencia Argentina El modelo económico de la Constitución argentina y la "reforma del Estado" 2003 Doctrina JA 2003-II-880.

de las gentes - sin necesidad de crear un inmenso aparato burocrático que acabe asfixiando al ciudadano?

¿Cómo puede ordenarse ese conjunto de actividades básicas de una sociedad - el sistema bancario, la bolsa, los seguros, el sistema energético, las telecomunicaciones, la política de suelo y vivienda y otros sectores llamados estratégicos - de forma que el ciudadano vea protegidos sus intereses, frente a los grandes operadores de estos sectores, sin que el poder político ejerza, sobre unos y sobre otros, esa especie de señorío feudal que hoy ostenta?

Este es el desafío: la vuelta del Estado y el respeto a la libertad, única garantía de prosperidad"⁴⁹⁸.

Como asegurar la vigencia progresiva y hasta el máximo de los recursos disponibles de los derechos económicos y sociales que permiten la efectiva vigencia de los derechos humanos?, si los poderes nacionales y transnacionales que trabajan para la mercantilización de la vida humana reduciendo su axiología a la maximización de los beneficios no encuentran límites, simultáneamente en la acción del estado y en la practica social de todos los partícipes de la vida social, para asegurar que la Constitución formal, encuentre respuesta en la Constitución real.

La Constitución Nacional y específicamente la sistemática Constitución Económica y Social establece los ejes del "orden público económico y social", que proporciona principios y normas para dar respuesta a estos interrogantes.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales aluden a los recursos disponibles cuando obligan a maximizar la progresividad de los derechos.

Las normas internacionales emplean las expresiones " hasta el máximo de los recursos disponibles", o " en la medida de los recursos disponibles", para señalar la prioridad en la obligación de los Estados para adoptar medidas y providencias que utilicen los recursos disponibles hasta el máximo posible.

La promoción progresiva de los derechos que demandan recursos e inversiones (por ejemplo, en establecimientos educacionales y de salud, en la infraestructura de los organismos de la seguridad social, en las políticas habitacionales y alimentarias, etcétera) debe llevarse a cabo obligatoriamente, destinando a ese fin todo lo más que se pueda.

El Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el quantum de recursos a criterio de su voluntad benévola, sino que - a la inversa - está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a la atención de los derechos sociales.

Los poderes públicos no pueden maniobrar los recursos y gastos de cualquier manera, ni destinar a la efectiva realización de los derechos sociales el remanente o el residuo que quede como sobrante después de anteponer

⁴⁹⁸ **Menéndez, Aurelio**, "Constitución económica, inversiones de capital extranjero y defensa del interés económico nacional", en Martín-Retortillo, Sebastián (coordinador), "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje..." cit., p. 4152. Cita de Perez Hualde..

otras prioridades seleccionadas por puros criterios de conveniencia financiera o fiscal, o de políticas evaluadas solamente por las técnicas económicas.

La eficiencia económica no es un fin en sí mismo, porque la finalidad del sistema económico - que por supuesto debe ser eficaz - estira su horizonte para hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución.

Al sistema económico hay que hacerle rendir el máximo resultado exitoso, con un "para" que emigra del espacio económico y se dirige hacia el bienestar efectivo de las personas.

Es imprescindible, en el contexto que admite la realidad socio económica, dictar las normas que instrumenten las funciones del estado en una sociedad enderezada al bienestar general, y revisar judicialmente la constitucionalidad de los tratados, de las leyes, decretos y reglamentos dictados, aplicados e interpretados, violentando el orden público económico y social que traduce la ley suprema de la nación.

Ha llegado " el tiempo en que el control judicial recaiga en tales situaciones violatorias - por acción o por omisión- de los parámetros constitucionales aplicables a la economía y las finanzas".⁴⁹⁹

Sólo de esta manera la legalidad podrá consolidar la seguridad jurídica, y una actividad económica orientada por el estado, y desarrollada por los agentes económicos que aproveche los beneficios que para el bienestar general puede suministrar la revolución productiva tecnológica científica arrastrada por el carro de la globalización.

Se trata de maximizar la eficiencia social y económica del estado nacional para que, quienes residan en el territorio nacional puedan desarrollar en interés propio y social una actividad económica que repose en los principios de libertad (controlando y regulando la actividad oligopólica de poderosos nacionales y transnacionales), igualdad (de oportunidades, asegurando salud, educación, vivienda y seguridad para todos) y fraternidad (promoviendo activamente la solidaridad, el sector social de la economía, y la justicia social), reclamados por la Constitución Nacional.

El estado aún debilitado por la claudicación de las administraciones que nos sometieron al neoliberalismo globalizado, cuenta con recursos para retornar a las políticas que reclama el orden público económico y social.

"Desde el espacio político constitucionalmente enmarcado hay que domesticar la irrupción de la globalización y del poder económico, para lo cual nos parece que no existe un sustitutivo posible de la democracia social.

Un Estado mínimo, desertor o ausente no reúne condiciones para impedir que la economía transnacionalizada despoje al poder político de su capacidad de reacción para supervisar y controlar.

A la inversa, hay que fortalecer las competencias estatales para regular aquella irrupción global en el mercado interno desde el derecho constitucional.

De no ser así, el espacio de la política socioeconómica del Estado quedará acotado en desmedro de derechos fundamentales de las personas"⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Germán Bidart Campos. "La Constitución Económica". Pag. 3.

⁵⁰⁰ German Bidart Campos. Ob. Cit.

"La Argentina se encontró, desde 1989 y durante toda la década del '90, inmersa en el proceso denominado de "reforma del Estado" que se propuso llevar a cabo -según los autores - "una serie de procesos que remiten a transformaciones profundas en las estructuras económicas, sociales y políticas y su articulación.

La política de privatizaciones, incluso de los servicios públicos esenciales, es una parte sustantiva de ellas, pero no las resume. Porque también se incluyen distintas facetas que, aunque estrechamente relacionadas por ser partes de un proceso global que tiene lugar de manera sucesiva y/o simultánea, deben ser diferenciadas a los efectos de posibilitar el análisis de los rasgos característicos de cada una de ellas.

Estas facetas comprenden también lo relativo a la reorganización y ajuste de la administración central y de las provinciales, lo atinente a la reestructuración de las relaciones capital - trabajo, conocida como flexibilización laboral y lo referido a las transformaciones en la estructura tributaria, entre otras"⁵⁰¹.

La historia socio económica capitalista exhibe desarrollo económico, incorporación de ciencia y tecnología y mejoramiento en las condiciones sociales de vida en aquellos estados en los que el poder del estado, sin imponer una economía privilegiada, impuso límites y proporcionó apoyos a la actividad económica nacional privilegiando el interés social.

"...El papel del Estado ha resultado determinante en el desarrollo de las nuevas tecnologías, en todos los países capitalistas, y sobre todo en Francia".

Las "tres revoluciones culturales que han llevado al Japón a colocarse entre los más desarrollados se han producido como consecuencia de la iniciativa de los poderes públicos".

En Alemania, después de Bismarck el papel del Estado ha sido considerable.

En los Estados Unidos privilegiando el interés de las grandes empresas transnacionales y el interés nacional por encima de los derechos universales, se ha dado la decisiva acción del Estado, especialmente como contratista y como organizador de los programas de defensa y desarrollo espacial, suscribiendo y denunciando o negándose a suscribir cualesquier pacto, tratado o convenio internacional que pudiere eventualmente afectar el interés de las empresas transnacionales o de sus productores nacionales.

Estados Unidos no firmó el "Protocolo de Kioto" enderezado a proteger el medio ambiente y a preservar al mundo del "efecto invernadero", ni el "Protocolo de Bioseguridad"⁵⁰² ni el "Convenio sobre diversidad Biológica"⁵⁰² que regula la comercialización de productos fruto de la ingeniería genética, previniendo los riesgos potenciales de la industria de la biotecnología,

⁵⁰¹ Thwaites Rey, Mabel C. y Castillo, José E., "La paradójica euforia privatizadora. Apuntes sobre la reforma del Estado en la Argentina en América Latina Hoy, Revista de Ciencias Sociales, 2ª Época, n. 5, diciembre de 1992, Madrid, p. 35.

⁵⁰² Livellara Silvina. "La historia de la negociación y formación del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigor el 11.9.03. La Ley Actualidad. 8.3.05. Pag. 1 y sgts.

soslayando así los intereses de la humanidad y de su propia población en interés de las empresas que dirigen de hecho su política económica y social.

"Hasta ahora, la investigación en nuevas tecnologías y en derecho de la organización económica se ha realizado en todos los países en el marco de la economía mixta. Es una lección a tener en cuenta para los países en desarrollo"⁵⁰³.

Los ponderadores sociales en los países desarrollados han primado en muchas oportunidades sobre los económico eficientistas contradiciendo las recetas neoliberales que pretenden imponer al mundo subdesarrollado.

La política que respecto a las funciones del estado y a la regulación de la actividad privada imponen los países centrales y los grupos de tareas financieros y comerciales creados ad hoc a la periferia, es absolutamente antitética con la que implementan en su propio territorio

"Estados Unidos es un país con una gran cantidad de reglamentaciones.

Hay reglamentaciones antimonopolios, antitrust sobre precios del consumo, regulaciones relativas a la libre competencia, no hay monopolio privado ni público para los que no haya una comisión de consumidores que tiene un poder mandatorio, un poder regulatorio, no pueden elevarse los precios de televisión o de telefonía sin el consentimiento de estas comisiones, que ostentan una representación de los consumidores.

En Estados Unidos la tradición de la regulación pública en una situación de monopolio está claramente establecida, porque una de las cosas que la cultura de la autoayuda ha intentado fomentar es una gran suspicacia ante los monopolios"⁵⁰⁴.

Pero todo este mecanismo de intervención está dirigido excluyentemente a los sectores incluidos.

Con ellos conviven amplios sectores excluidos que no son tenidos en cuenta en las políticas públicas.

El estado a su respecto es una referencia inexistente. Y esto hace que las políticas públicas previstas para Latinoamérica sean congruentes, porque se trata de un sub continente excluido que no requiere de la intervención del estado.

Para que es necesario un presupuesto que tienen que sostener los poderosos si la política económico social va a beneficiar a los excedentes humanos del Norte y del Sur?

La intervención del estado en el "pensamiento único" esta dirigida a preservar a los mercados y no a los seres humanos, residan donde residan.

"Los negros americanos tienen menos posibilidad de vivir mas allá de la edad de 40 años, no más que los Chinos, o los de Sri Lanka, o los Hindúes"

Harvard proporciona una asistencia médica excelente. Pero muy cerca de Harvard, a un par de kilómetros, hay muchas personas cuyos hijos

⁵⁰³ Farjat Gerard. Ob. Cit

⁵⁰⁴ Amartya Sen. "El futuro de Estado del bienestar".
<http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>.

iban a la escuela con los míos, así que les conocía, que no tienen seguro médico, no tienen asistencia médica de ningún tipo.

Entonces, ¿qué hacen? Si tienen un problema crónico, van a urgencias. ¿Por qué? Porque urgencias no puede rechazar a la gente si simulan que se han caído y se han roto una pierna. Luego en el examen médico descubren otra cosa, Hepatitis B por ejemplo, y reciben tratamiento durante un tiempo limitado. ¿Por qué lo hacen? Simplemente porque no hay otra forma de obtener asistencia médica. Después de un tiempo en urgencias les dicen: "Lo sentimos mucho el tratamiento termina aquí".

A mi me parece totalmente escandaloso y esta es la otra cara de la moneda que tenemos que recordar".⁵⁰⁵

La costosa protección que EEUU, Francia y otros países Europeos hacen de su actividad agrícola con subsidios y aranceles, es una clara manifestación de que en todos los países desarrollados la libertad económica se subordina a los requerimientos de derechos económicos que no siempre son sociales, que en muchas oportunidades no consultan el bienestar general de su propia población, ni en el respeto a los derechos humanos en todo el planeta.

Asumiendo que en el devenir las ideas del pasado construyen nuestra genética científica y cultural, pero son insuficientes a la luz de la cada vez mas compleja problemática económica y social que plantea la globalización, es imprescindible tener en cuenta que el futuro no retorna a las debilidades del estado del bienestar, hay aspectos de la gestión política, económica y social que no fueron adecuadamente resueltos ni por las inmensas estructuras burocráticas de los estados, ni por idénticos e igualmente ineficientes oligopolios nacionales o internacionales guiados exclusivamente por el lucro e igualmente burocratizados.

Es imprescindible en consecuencia, encontrar axiológica pero también pragmáticamente las formas jurídicas de renovar y afirmar el contrato social nacional y universal a partir de la realidad, de su utopía y de su correlación de fuerzas y de los instrumentos jurídicos existentes, con la validez que le confiere la seguridad de su permanente renovación.

El tercer sector. El sector de la economía social.

La dicotomía que plantea como hipótesis excluyente o al estado liberal o al estado del bienestar, en las que, o el estado lo es todo o es nada, es una falsa opción.

En América Latina el estado debe asumir su responsabilidad social para asegurar el bien común y el bienestar general.

El mercado a su vez debe concurrir en el marco de las políticas macroeconómicas, políticas, y sociales, estatales, como eficaz instrumento microeconómico.

Pero este estado debe ser diverso a aquel que permitió salir de la miseria tras las guerras mundiales que asolaron al mundo en el siglo pasado, y

⁵⁰⁵ Amartya Sen. Ob. Cit.

que agotó su experiencia hundido en la burocratización y sometido por las fuerzas del mercado oligopolizado.

La monstruosa fuerza que han desatado los oligopolios transnacionales, asociada a los estados centrales y a los estados sicarios, que utilizan de las entidades políticas, financieras y comerciales internacionales (G8, FMI, BM, OMC, etc), creadas ad - hoc en la sociedad hipercapitalista, ha corroído su fortaleza, por lo que sólo las relaciones de integración regionales (MERCOSUR, CIDH, etc), en las que delegue el estado (en condiciones de reciprocidad e igualdad CN. Art. 75 inc. 24) competencias y jurisdicciones le permitirá afrontar la reconstrucción de su aptitud para enfrentar a la nueva realidad internacional, mientras que en la ejecución de sus políticas deberá apoyar y apoyarse para obtener eficiencia y desburocratizarse, en la construcción y protección sistemática al denominado "tercer sector".

El cumplimiento de los objetivos constitucionales y la efectiva vigencia de los derechos humanos sustentados en derechos económicos y sociales, está en nuestro país íntimamente vinculado al fortalecimiento del MERCOSUR y a su integración con los países andinos y del caribe que consientan en romper los lazos de sicarización, y a su vinculación con los países africanos y asiáticos (fundamentalmente con la India, China y Sudáfrica) que coincidan en apoyarse en tratados fundados en la reciprocidad e igualdad para transformar a la globalización en un impulso nacido para satisfacer necesidades y no sólo intereses.

"La política de la estructuración y el desarrollo de un sector de la economía, llamado sector de la economía social, es adoptado hoy como un programa permanente de países desarrollados, en la C.E.A. y en el grupo de países escandinavos.

Se trata en el marco de la economía de mercado, de alentar formas asociativas que respondan al interés general, que con su presencia contribuyan a su transparencia y restablezcan la igualdad de oportunidades violada por la concentración monopólica de los sectores del privilegio.

Un camino que enaltece la solidaridad y brinda instrumentos defensivos para las economías populares.

Un medio para rescatar conductas y valores que inspiren el auténtico desarrollo a escala humana", que la Constitución Nacional reclama imperativamente.⁵⁰⁶

En esta transformación que inexorablemente debe afrontar el estado, éste deberá fortalecerse nutriéndose de participación social que asegure eficacia política, económica y social, recurriendo a ONGs, a Asociaciones Civiles sin Fines de Lucro, Cooperativas, Mutuales, y otras entidades democráticas de la sociedad civil y económica.

La convocatoria que la CSJN ha hecho por aplicación de la figura del "amicus curiae" constituye un avance en el sentido de otorgar participación en todas las esferas de la vida social a este tipo de entidades.

⁵⁰⁶ León Schujman. "Economía Social: La contracara del capitalismo salvaje". Ed. Homo Sapiens. 1997. pag. 12-3.

Pero quizás donde sea mas evidente su importancia es el ámbito del sector social de la Economía.

Es inevitable sacar a los servicios públicos y a las actividades de interés público del ámbito del lucro, que por su propia naturaleza postergan estos intereses, y restituirlos a la esfera pública o a la esfera privada sin fines de lucro.

Para ello es menester el dictado de una legislación y mecanismos de contralor que discriminen en sentido inverso no sólo la forma asociativa, sino también la realidad económica, de aquellas entidades que deben ser apoyadas y que tienen aptitud e idoneidad para eficientizar la prestaciones necesarias para la realización de actividades de interés social.

Sólo aquellas entidades del tercer sector, de pequeño y mediano porte estructuradas democráticamente y con auténtica participación de sus asociados pueden garantizar la transformación necesaria.

Nos indica Boaventura de Souza Santos que el tercer sector da cuenta de un "vastísimo conjunto de organizaciones sociales que se caracterizan por no ser ni estatales ni mercantiles, es decir, todas aquellas organizaciones sociales que, siendo privadas no tienen fines lucrativos y que aunque respondan a unos objetivos sociales, públicos o colectivos, no son estatales: Cooperativas, Mutuales, Asociaciones no lucrativas, ONGs, organizaciones de voluntarios, comunitarias o de base. (etc).

El principio de la comunidad consigue deshacer la hegemonía que los otros dos pilares, el principio del estado y el del mercado, venían compartiendo con distinto peso relativo según el período histórico.

La motivación y la iniciativa de la acción colectiva del tercer sector lo asemeja al sector privado, aunque en el primero el motor sea la cooperación y la ayuda mutua y en el segundo el afán de lucro.

Esta característica permite atribuir al tercer sector una eficiencia en la gestión de los recursos parecida a la del sector privado capitalista. Pero la ausencia de afán de lucro, la orientación hacia un interés colectivo distinto del privado, la gestión democrática e independiente, la distribución de recursos basada en valores humanos y no en valores de capital, son características que acercan al tercer sector al sector público estatal y son las que permiten considerar que el tercer sector está capacitado para combinar la eficiencia con la equidad ⁵⁰⁷.

Derecho al desarrollo humano. El desarrollo económico, social y cultural.

El derecho internacional al desarrollo, fue consagrado por multiples normas de derecho internacional y es fuente de conocimiento del derecho económico en la opinión de Oswaldo de Rivero, que define a estas normas como el "...conjunto de principios y medidas de política económica internacional contenido en un conjunto de resoluciones, recomendaciones y decisiones de las Naciones Unidas, de los organismos internacionales y

⁵⁰⁷ Boaventura de Souza Santos. "Reinventar la democracia. Reinventar el Estado". Ed. Clacso. Ob. Cit. Pags 70, y sgts

convenios multilaterales que constituyen una doctrina de las relaciones económicas".⁵⁰⁸

Este derecho contrasta con la práctica y los tratados bilaterales o multilaterales impuestos por los organismos transnacionales (FMI, BM, OMC, etc) originados en la vicarización de los estados al servicio de los grupos económico financieros transnacionalizados en la etapa de la globalización, que postergaron el derecho que al desarrollo económico, social y cultural tienen los estados, en interés de la apertura irrestricta de los mercados y el sometimiento a la financiarización para reproducir y ampliar la acumulación del capital.

La otra cara de la diosa Jano que nos muestra la imagen de una difundida *lex mercatoria* diagramada por los holdings transnacionales a partir de su práctica, la constituye el derecho al desarrollo humano al que tienen derecho todos los individuos como derecho humano universal, inalienable e imprescriptible.

El desarrollo de las contradicciones que este conflicto plantea se resuelve en la práctica social que armoniza y confronta axiológicamente y en forma progresiva y hasta el máximo posible, ambos extremos de un mismo proceso económico social.

Héctor Gros Espiell afirma que "Fue, con la resolución 1515 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que por primera vez se afirmó de manera radical el papel de las Naciones Unidas con respecto a los problemas del desarrollo, diciéndose que su deber es contribuir al progreso económico y social de los países en desarrollo."

Oswaldo de Rivero puntualiza que "El mismo año de la resolución 1522 se fijó en el uno por ciento del producto bruto de los países desarrollados, el aporte mínimo que estos deben destinar como ayuda a los países en vías de desarrollo" y se operó un desplazamiento del derecho internacional económico hacia la cuestión del desarrollo, que logró la renovación del Derecho Internacional clásico, apareciendo un Derecho Internacional del Desarrollo.

Como fuente, el Derecho Internacional del Desarrollo, esta relacionado al derecho económico, a través de la Resolución 3201 aprobada en el sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en que se aprueba la "Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI); y la Resolución 3281 en que se adopta solemnemente La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (CDE), por parte de la Organización de las Naciones Unidas.

No obstante los retrocesos que en los hechos el poder mundial transnacionalizado ha impuesto al derecho internacional en general y al derecho humano al desarrollo en particular, este ha sido plasmado en nuestro sistema normativo y en tratados, pactos y convenios internacionales y es texto relevante y vigente.

⁵⁰⁸ Conf. **Declaración sobre el derecho al desarrollo**. Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Arts. 1 y 2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Art. 6., art. 25.

El concepto de progreso social al que responde nuestra normativa no admite la idea de que el desarrollo es excluyentemente económico.

El crecimiento económico, debe ser adecuadamente asignado para que implique desarrollo social y cultural.

"El desarrollo se refiere a las personas y no a los objetos.

Por ende el mejor proceso de desarrollo será aquel que permita elevar mas la calidad de vida de las personas y la calidad de vida dependerá de las posibilidades que tengan las personas de satisfacer sus necesidades humanas fundamentales"⁵⁰⁹.

Nuestra ley esencial y los tratados internacionales inherentes a la materia aluden y reclaman en definitiva como derecho humano y económico y social el derecho al "desarrollo humano" y el "derecho al desarrollo sostenible".

En múltiples Conferencias internacionales se sostiene y se acuerda en el concepto de "desarrollo sostenible" conforme al cual la protección del medio ambiente debe constituir parte del proceso de desarrollo.

Los estados deben reducir y eliminar las modalidades de producción y de consumo insostenibles.

Nuestro texto constitucional lo afirma con mayor profundidad:

"La reforma de 1994 incorporó la expresión "desarrollo humano" a la Constitución que asume el desarrollo sostenible pero pone el acento en el derecho humano en él implicado.

El art. 41 dispone "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. La norma impone límites a la actividad productiva"⁵¹⁰

Esta norma impone además el principio de solidaridad intergeneracional en el desarrollo.

El texto Constitucional manda proveer "lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento".⁵¹¹

Ello implica que el desarrollo debe desterrar el hambre asegurando alimento, vivienda, cultura, educación y seguridad social adecuados a todos los habitantes. Asegurando la plena vigencia de derechos humanos esenciales.

"La mejor política económica, la más eficaz para incrementar el desarrollo, es una política social encaminada a garantizar los derechos vitales de todos. Los derechos fundamentales son el factor principal y el motor principal del desarrollo económico.

Los derechos sociales son esenciales para el desarrollo de la seguridad y la economía.

⁵⁰⁹ León Schujman. Ob. Cit. Con cita de Manfred Maxc Nef. Pag. 36.

⁵¹⁰ María Angélica Gelli. Ob. Cit. Pag. 457/8.

⁵¹¹ CN Art. 75 inc. 19.

La garantía de estos derechos - el acceso al agua y a los llamados medicamentos esenciales, no menos que a la educación básica - es el presupuesto no sólo de la supervivencia individual, sino también del desarrollo económico de toda la sociedad.

La malnutricción y la desnutrición provocan enfermedades y muerte, pero también perjudican cualquier desarrollo posible, dado que sofocan junto a la productividad de los particulares, la producción de la riqueza en su conjunto.

Hoy mas de mil millones de personas sufren de hambre y de sed y decenas de millones mueren cada año por enfermedades o por falta de agua y alimentación de base.

Esta no sólo es una catástrofe moralmente inaceptable. Es también la principal razón de la falta de desarrollo de gran parte del planeta⁵¹².

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. La comunidad internacional, el estado y la sociedad están obligados a proteger a todos los seres humanos contra el hambre⁵¹³.

Para ello el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" incorporado como texto de jerarquía constitucional, establece incluso el camino, que no es obviamente el del sometimiento pasivo a la globalización financiarizada.

"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional.

En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia⁵¹⁴.

Protección de los débiles sociales y de los excluidos.

La afirmación de la igualdad ante la ley tiene como punto de partida a iguales, por el contrario la existencia de desigualdades reales en la sociedad requiere que la ley trate de manera diferente a quienes son desiguales.

La Reforma del 94, "ha afirmado un concepto más social, material, de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del art. 16 con un nuevo criterio cual es el de la igualdad de oportunidades que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de acciones

⁵¹² Ferrajoli Luigi. Democracia y Derechos Fundamentales. Ob. Cit. Pag. 3.

⁵¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Incorporado con jerarquía internacional. Art. 11.

⁵¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Incorporado con jerarquía internacional. Art. 1.

positivas que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación. (art. 75 inc. 23)⁵¹⁵.

Incluidos y excluidos, poderosos y débiles, empleadores y empleados, predisponentes contractuales y adherentes, informados y desinformados, deben recibir protecciones y limitaciones distintas.

Esta es la igualdad que reclama nuestro texto constitucional cuando consagra derechos humanos, sociales, económico sociales y culturales, y nuestro sistema normativo cuando introduce mecanismos para corregir el desequilibrio contractual, el derecho de los consumidores, el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social, el derecho defensa de la competencia, etc.

Los derechos sociales son derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial.

Es el derecho a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser superada o limitada. Los derechos sociales promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos.

Si la libertad jurídica se convierte en libertad real sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales. Esta participación es condición y presupuesto para la efectiva realización de la libertad.

Hayeck, que sostiene el punto de vista de la teoría económica jurídica del hipercapitalismo salvaje, es quien afirma que "la igualdad formal ante la ley esta en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del estado dirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos".

Este autor no procura que los derechos y libertades sean reales sólo procura con envidiable honestidad intelectual, la libertad formal, la igualdad formal.

Por el contrario Boaventura de Souza Santos sostiene que tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, y tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza⁵¹⁶.

Nuestra ley fundamental consagra expresamente el principio de igualdad real cuando establece que es función del congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Art. 75 inc. 23).

Igualdad formal y real son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien desee crear igualdades de hecho tiene que aceptar desigualdades de "jure".

⁵¹⁵ **Alberto Dalla Vía.** La Ideología de la Constitución Económica. Suplemento especial de Derecho Constitución. La Ley Abril 2003

⁵¹⁶ **Boaventura de Souza Santos.** Conclusión final de la ponencia precedentemente citada.

No toda desigualdad de hecho genera el derecho a una desigualdad de derecho, pero los derechos fundamentales generan una presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección.⁵¹⁷

El Superior Tribunal Constitucional Español expresó el concepto con total claridad cuando afirmó que: "La protección del medio ambiente, la política del pleno empleo supone la limitación de derechos individuales y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente: como son la solidaridad, la igualdad real efectiva y la participación de todos en la vida económica del país".⁵¹⁸

Todos estos derechos sociales y económicos sociales se encadenan a partir de entender que es función del derecho por mandato constitucional, el realizar efectivamente los derechos insatisfechos de la gran mayoría de la población y ello requiere en primer lugar asumir la realidad socio económica en toda Latinoamérica, Asia y Africa, que nos muestra la existencia de un reducido número de personas incluidas en los beneficios que la sociedad proporciona y que pueden ejercer efectivamente sus derechos humanos y sociales y una inmensa mayoría de excluidos del derecho a la salud, a la vivienda, a una vida digna, al trabajo, a la educación, del derecho de propiedad e incluso del derecho a la libertad.

Quien no tiene lo indispensable carece de libertad para elegir. El hambre, la exclusión y la enfermedad inhiben la libertad.

La sociedad nos muestra poderosos y débiles, opresores y oprimidos, consumidores y excluidos del consumo, trabajadores y desocupados o sub ocupados, ricos y pobres, y ello no es consecuencia de leyes naturales, sino de políticas económicas y sociales.

Los sujetos débiles y los excluidos llegan a formar una categoría social masiva que trasciende los límites de la propia sociedad en una especie de virus contagioso epidémico.⁵¹⁹

"El impulso de la economía y de la tecnología producen la globalización, pero también la marginalidad, de modo que el mundo se estratifica, con la diferenciación de que hay quienes forman parte del utilitario nivel globalizado del capitalismo mundial y hay quienes resultan ajenos a él.

Como consecuencia de nuestra época los legisladores y los jueces pueden cumplir una importantísima función tratando de evitar la fractura de la humanidad"⁵²⁰, aplicando con arreglo al orden público económico y social y su axiología dikelógica, la normativa vigente.

La Constitución Nacional y los Convenios y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional no imponen igualar la situación de los habitantes, pero sí reclaman una acción positiva tuitiva que coordina y eventualmente limita los derechos individuales para promover los derechos

⁵¹⁷ Luis Prieto Sanchis. "Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial" <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>. Pags. 23/4, 36 y 43.

⁵¹⁸ Superior Tribunal Constitucional. España. 22.1981.. cita de Prieto Sanchis.

⁵¹⁹ Bidart Campos German. Ob. Cit. Pag. 178.

⁵²⁰ Ciuro Caldani Miguel Angel. Filosofía de la Jurisdicción. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario. 1998 pags. 124/5.

humanos y los derechos sociales, y establece los mecanismos procesales para reclamar esta tutela.

"Para qué sirve la plenitud de la capacidad de derecho y de hecho atribuida por las normas a los analfabetos, los de precaria culturalización y educación, los que viven bajo el nivel de pobreza y de necesidades básicas insatisfechas?"⁵²¹, los hombres mujeres y niños de la calle."

La igualdad real de oportunidades y de trato obliga al derecho a proteger a los más débiles.

Hoy ya es insuficiente tras el trastocamiento axiológico que en algunos ámbitos de la conciencia jurídica hizo el neoliberalismo, referir a la debilidad en la relación jurídica contractual, porque el derecho necesidad debe proteger no sólo a estos sino además a los excluidos a quienes no tienen acceso al consumo de bienes y servicios básicos, ni a la educación, ni a la salud.

Eso que Ghersi califica como posmodernidad jurídica exhibe ignominiosamente las prácticas excluyentes en múltiples escenarios de segregación.⁵²²

Por ello Lorenzetti reclama pasar de la "protección bilateral a la protección estructural"⁵²³, lo que implica derechos sociales protectorios de los colectivos o conjunto de personas que acusan aquella desigualdad e inferioridad que necesita de correctivos impuestos por la ley y por la intervención del estado.

El principio de discriminación inversa en la legislación nacional.

La protección de determinados colectivos para compensar su debilidad social e individual con protección efectiva, está profundamente insertada en nuestro sistema jurídico, pero la realidad globalizada plantea además nuevas y urgentes situaciones que deben ser afrontadas por la sociedad, por los poderes públicos y privados y por la legislación y la jurisprudencia.

El principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional se expresa como garantía de igualdad de jure, ratificado por aplicación del principio de no discriminación, pero además ordena y dispone la procura al sistema jurídico expresamente del norte de la igualdad de hecho y consecuentemente de la aplicación del principio de discriminación inversa.

"La igualdad de jure se identifica con el principio de igualdad ante la ley, significando que todos los hombre son titulares por igual de determinados derechos, calificados como fundamentales o como derechos humanos básicos.

La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores menos favorecidos e impone al estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a los hombres un

⁵²¹ Bidart Campos German. El Orden Socioeconómico.... Ob. Cit. Ed. Ediar. Pag. 165.

⁵²² Bidart. Campos G. Ob. Cit. Pag. 171.

⁵²³ Lorenzetti. "Las normas fundamentales del derecho privado". Ob. Cit. Pag. 103.

ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, como así también gozar de una igualdad de oportunidades”.⁵²⁴

La legislación del trabajo, la legislación social y previsional, la defensa de la competencia y del consumidor, la legislación que sostiene los derechos de los incapaces, los derechos de la mujer y de los niños, los derechos de las comunidades indígenas, los derechos de los minusválidos y de los desvalidos se afirma en planteos de discriminación inversa.

Tienen incluso este origen normas e institutos que fueron incorporados a nuestra legislación en los albores del estado de bienestar y con posterioridad.

La buena fe (1198 Cod. Civ.), el abuso de derecho (art. 1071 C.C), la irrenunciabilidad al orden público (art. 22, 1206, 1207, 1209 del Cód. Civ), las normas que protegen a la mujer, a los menores, o a los incapacitados, el agravamiento o morigeración del régimen de responsabilidad (art. 1069, 1113, CC última parte), de protección de los sueldos, jubilaciones y pensiones (Ley 9511), de tutela al comprador de lotes en mensualidades (Ley 14.005), de protección de la propiedad familiar (Ley 14.394), y sus equivalentes en la legislación comercial traducida jurisprudencialmente en la protección a la parte contractual débil aún en defecto de relación de consumo, y en la regulación societaria de protección de las minorías, o en la doctrina del abuso de la personalidad jurídica.

Para que la libertad, la igualdad y la fraternidad sean efectivas, es imprescindible que el sistema jurídico sostenga y privilegie a aquellos que no pueden disfrutar, de un mínimo inderogable de condiciones que les permita hacer efectivos sus derechos humanos económicos, sociales y políticos.

La sociedad globalizada exige recuperar a partir del orden público socio económico a estos estatutos o microsistemas en su plenitud, enriqueciéndolos y haciéndolos efectivos, en una sistemática vinculada con la plena vigencia de los derechos humanos que debe ser sostenida con una legislación impositiva asentada en los principios de justicia distributiva y no en las meras necesidades y facilidades recaudatorias, y en un régimen que discrimine a los excluidos de esta sociedad para reinsertarlos con políticas universales una vez superada la etapa asistencial.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El neoliberalismo y su política legislativa y judicial ha hecho estragos en la sociedad argentina, la consideración del trabajo y de los trabajadores como “factor de producción” en el libérrimo mercado globalizado es un eje para la revolución en la asignación de la riqueza que se produjo en escala planetaria, y ello requería en cada uno de los países desmantelar la legislación laboral y social, su doctrina y jurisprudencia.

En el nuestro, este proceso que tuvo notables complicidades sicarias, significó un retroceso dramático en la función tuitiva, que nuestro sistema

⁵²⁴ **Didier María Marta.** “Las vinculaciones entre la igualdad formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional. ED 2001-2 Derecho Constitucional. Pag. 582.

jurídico le había signado tras las luchas sociales del siglo pasado constitucional y legislativamente.

Nunca hasta ahora nuestro país tuvo una era "Lochner".

En los orígenes del capitalismo en un fallo que avergüenza y marca a la Suprema Corte de los EEUU, este tribunal dictó un fallo que tradujo con insólita fiereza las exigencias de un capitalismo deshumanizado.⁵²⁵, esta es increíblemente la vetusta doctrina que inspiró tácitamente a la legislación y a muchos tribunales en la segunda década infame en nuestro país, con el agravante de que se desarrolló para facilitar el proceso de acumulación de la riqueza allende nuestras fronteras.

En los tiempos del globalismo hipercapitalista la degradación de los derechos del trabajador ha adquirido una dimensión inimaginable, retrocediendo a los lejanos orígenes del capitalismo, y ha generado "una clase de excluidos constituida por grupos sociales en movilidad descendente estructural (trabajadores no cualificados, desempleados, trabajadores inmigrantes, minorías étnicas) y por grupos sociales para los que el trabajo dejó de ser un horizonte realista (desempleados de larga duración, jóvenes con difícil inserción en el mercado laboral, minusválidos, masas de campesinos pobres)"⁵²⁶

Nuestro país fue sometido en la década del 90 a un retroceso en el reloj de la historia que con relación a los trabajadores tuvo contornos dramáticos.

Los derechos de los trabajadores fueron "flexibilizados", en elegante parábola que ilustra su derogación, con efectos evidentes sobre la economía pero fundamentalmente en esa parte de la sociedad que la construye y que absolutamente desprotegida fue sometida al desempleo y a la miseria.

En esta etapa del desarrollo de la sociedad, nuestro país sometido a las consecuencias socio económicas de una realidad que ha soslayado y retrocedido en una importante e histórica evolución del derecho protectorio de los trabajadores, y de las organizaciones sindicales debe buscar en la praxis social y en las normas fundamentales la fuerza transformadora que permita

⁵²⁵ "A comienzos de siglo XX era común en los EEUU que los jornaleros panaderos trabajaran más de 100 hs por semana. En 1895 el estado dictó legislación que regulaba las condiciones sanitarias y reformas en las condiciones de trabajo reduciendo las horas laborales. Lochner fue multado porque un empleado trabajaba más de 60 hs. en una semana, y este invocó la 14ª enmienda, afirmando que el régimen tuitivo lo privaba de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal.

En el caso de Lochner el derecho infringido era la libertad de contratar. En el fallo el juez Peckham sostuvo que el intento de Nueva York de regular las horas de trabajo "necesariamente interfería con el derecho de contrato entre el empleador y el empleado"

La libertad protegida por la 14ª enmienda incluía el derecho de comprar y vender trabajo. Cualquier ley que interfiriera con la misma es inválida a menos que haya circunstancia que excluyan ese derecho.

La doctrina "Lochner" incidió decisivamente en la jurisprudencia de la Corte Americana: Las Leyes estatales, como las leyes de salario mínimo, leyes de trabajo infantil regulaciones bancarias, seguros e industrias de transporte fueron vetadas por la Corte.

Esa época es comúnmente llamada como "la era Lochner"

Lochner v. Nueva York 198 US.45. (1905)". Citado por **J.V.Sola** en "Constitución y Economía. Pags. 103,4,105.

⁵²⁶ **Boaventura de Souza Santos**. Ob. Cit. Pag. 28.

una reconstrucción y una proyección al futuro, sin miseria, sin desempleo y con garantías efectivas para los débiles y los excluidos

La reconstrucción y la proyección, en función de la realidad, del derecho del trabajo constituye un imperativo social que no admite dilaciones.

El derecho del trabajo compensa las desigualdades reales entre trabajador y empleador mediante medidas igualadoras (Tribunal Constitucional de España, sentencia 3/1983) buscando resolver aunque sea parcialmente el "mientras tanto", agudamente señalado por Helios Sarthou, (cr.Trabajo, Derecho y Sociedad, FCU, Montevideo, 2004, contratapa) en la cuestión social, y el conflicto entre trabajadores y empleadores, estructural al sistema capitalista. (Tesis de la Teoría Sistémica, compartida por varios, entre ellos Manuel Carlos Palomeque López (cr. Derecho del Trabajo, CERA, Madrid, 2004, pág. 15).⁵²⁷

Dejar esta contradicción librada al mercado mediante los mecanismos desreguladores trae aparejada irremisiblemente las consecuencias de hambre y desocupación que son consecuencia intrínseca demostrada empíricamente del modelo neoliberal.

Nuestro país sufrió los embates del pensamiento único y de la legislación "flexibilizadora" que abarcó no sólo a los trabajadores, sino también a los pasivos que fueron despojados de derechos constitucionalmente adquiridos, y fue precisamente la Suprema Corte de la segunda década trágica, en el fallo recaído en el caso "Chocobar" de 1996 entre muchos otros, la que convalidó el despojo social y la supresión de los derechos humanos sociales e individuales, de los débiles sociales, convalidando de esta manera la legislación que puso sobre sus espaldas la acumulación y el despojo de las mayorías para enriquecer a las minorías.

La invocación de un supuesto "orden público económico" en apoyo de su doctrina es conceptualmente inconsistente e incongruente con la normativa constitucional, con las consecuencias que el decisorio producía en la realidad económico social y en la axiología constitucional.

Derecho de la parte débil en la relación contractual. Derecho de Defensa de la Competencia. Derecho de los consumidores.

La ficción legal de la igualdad se estrella contra la realidad socio económica cuando se verifica el hecho de que además de exclusión, hambre y miseria, y aún entre los incluidos y en la relaciones supuestamente basadas en la autonomía de la voluntad, una parte impone condiciones que la otra sólo puede aceptar. El muro que separa a la norma de la realidad se agudiza como consecuencia de la globalización, que genera en mayor medida aún, las lacras de la prepotencia legal y material de los monopolios, oligopolios, trusts, carteles y otras formas de la preponderancia económica que desnaturalizan el concepto de mercado.

Es por ello que el Constituyente estableció dos vertientes para proteger al hombre común: El derecho de Defensa de la Competencia y el Derecho de los Consumidores.

⁵²⁷ Citas referenciadas por Capon Filas en Fallo Citado.

El art. 42 de la Const. Nacional establece que "...las autoridades proveerán... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos ...y que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos....".

Esta norma adquiere esencial trascendencia a la luz de la situación que ha generado la crisis socio económica.

"Casi la mitad de la población de nuestro país no puede hacer frente al pago de los servicios públicos esenciales, lo que determinó por ejemplo que una enorme cantidad de personas fueran privadas del suministro de agua potable."⁵²⁸

La cláusula Constitucional es claramente operativa y reclama e impone el adecuado control de los servicios públicos, la adopción de medidas administrativas y legales enderezadas a evitar la oligopolización, cartelización o monopolización de los mercados y a proteger a los consumidores o usuarios, de lo que han hecho debido mérito algunos tribunales.

No obstante lo cual, el carácter restrictivo de la reglamentación y de su aplicación por otros tribunales administrativos y judiciales ha reducido su importancia, en un proceso dialéctico de debate social que necesariamente va a hacer uso de estos formidables instrumentos de defensa social.

La Suprema Corte en su anterior constitución y en vergonzantes fallos se abstuvo, invocando razones de técnica jurídica, de pronunciarse en importantes cuestiones vinculadas con la privatización de los servicios públicos, tales como el de los aeropuertos, organismos de control o rebalanceo telefónico y cuando dictó resoluciones lo hizo convalidando la renegociación de los contratos y el aumento de tarifas de agua.

Esta situación dio lugar a importantes críticas en doctrina e incluso a pedidos de formación de juicio político a los integrantes del Superior Tribunal⁵²⁹.

Excepcionalmente y en el último período, se registran fallos en los cuales ese tribunal respaldó los cuestionamientos de los organismos de contralor de los servicios públicos privatizados a los aumentos tarifarios incausado,⁵³⁰ o aplicó sanciones por cumplimiento deficiente de esos servicios.⁵³¹

La situación en la rediscusión de los contratos de concesión de los servicios públicos hubiera sido diversa si la Suprema Corte hubiera cumplido con el rol que la Constitución y la dignidad nacional le imponían.

Con fundamento en la ley 25.156 de defensa de la competencia que prohíbe el abuso de posición dominante, en su nueva integración el Superior Tribunal parece reorientar su doctrina porque aplicó esa norma y sancionó a

⁵²⁸ Informe 2004 de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires. www.defensoria.org.ar

⁵²⁹ Conf. Informe de la Asociación por los Derechos Civiles. Ed. Siglo XXI pag. 364 con citas de Agustín Gordillo en www.gordillo.com y en www.diputados.gov.ar. Ver C.S.J.N. en Defensor del Pueblo de la Nación c. Pen s. Proceso de conocimiento sentencia del 11.5.04.

⁵³⁰ CSJN. 2.3.04. Gas Natural Ban S.A. c. Enargas.

⁵³¹ CSJN. 29.4.04. Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte SS c. ENRE.

YPF⁵³² heredera privada transnacional, del monopolio energético y productivo más importante de la Argentina

De hecho el Gobierno Nacional ha adoptado recién en épocas muy recientes sucesivas medidas que restringen y acotan la inversión financieras transitoria en el país poniendo primarios límites a la acción de los monopolios financieros transaccionales que tanto daño han generado en los últimos 30 años a la economía y a la vida cotidiana de los argentinos.

Por su parte el derecho de los consumidores y usuarios (Ley 24.240) conforma todo un capítulo, en permanente expansión en nuestro sistema jurídico, la interpretación judicial en este campo ha sido muy amplia y particularizadamente eficaz.

No obstante entendemos que el concepto mismo, con amplia difusión en el derecho comparado de un derecho de los consumidores, es insuficiente y no comprende el ancho mundo de la desigualdad contractual multiplicado en la sociedad globalizada y financierizada.

Entendemos que sólo una profunda adecuación del instituto contractual a la realidad podrá preservarlo, y para ello es necesario sistematizar lo que tienen en común la explotación de las pequeñas y medianas empresas, de los consumidores y usuarios, de los excluidos del consumo privados de servicios públicos indispensables, etc.

Una regulación tuitiva que necesariamente debe contener en su seno todas las formas de la contratación obligada, seriada y regular, predispuesta, adhesiva, relacional, informática, etc. que trasciende y comprende a consumidores y usuarios.

⁵³² Sanción aplicada por la **CSJN** en "YPF S.A.. Fallo del 2.7.02.03. LL 24.02.03

Capítulo 10

DERECHOS INDIVIDUALES.

Derecho de Propiedad y Autonomía Contractual.

10. Derechos Individuales en los tiempos de la Globalización.

Los derechos y garantías individuales de los excluidos que son mayoría en el planeta, están en riesgo en los albores del siglo XXI, y el peligro no proviene de una inaudita expansión de las funciones estatales, sino que por el contrario, es el credo, los poderes, y los instrumentos del neoliberalismo individualista el que ha socavado en el capitalismo los ideales de libertad, fraternidad e igualdad y amenaza los derechos humanos económicos y sociales, pero también los derechos y garantías individuales.

La voracidad de la acumulación capitalista ha entrado en un proceso en el que devora los valores y las utopías con los que se construyeron los sistemas jurídicos en occidente.

Puntualiza Ciuro Caldani que "los objetos que se consideran más dignos de ser adjudicados son la propiedad y la libertad de contratación, no la vida"⁵³³ y con ella todos los derechos inherentes al ser humano.

La agresiva globalización de los oligopolios financieros y comerciales apoyados en su propia fuerza y la que le confieren los organismos internacionales (G.8, F.M.I. B.M. O.C.D.E) y los gobiernos sicarios, ha reivindicado en el neoliberalismo el individualismo mas exacerbado mientras violenta y expropia en todo el planeta los derechos individuales que constituyeron el paradigma ideológico del liberalismo.

Priorizando una supuesta lucha contra el narcotráfico, que en realidad es un intento de mantener para sus empresas ilegítimas y su asociados, sus fantásticos niveles de rentabilidad y de controlar ese negocio, y de luchar contra el terrorismo financiado por sus socios petroleros, el imperio, otros países centrales, y también algunas naciones periféricas presionadas por los organismos internacionales (los múltiples organismos bilaterales y multilaterales que para la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo se han montado fuera del ámbito de las Naciones Unidas) han principiado una formidable labor enderezada a acabar con todos los derechos individuales preservando sólo el de propiedad y el de libertad económica⁵³⁴.

⁵³³ Ciuro Caldani Miguel Angel. . " Filosofica de la Estatalidad Actual. (Entre el estado moderno declinante y el estado mundial en formación). Comunicación en las XV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Pag.8.

⁵³⁴ Señor Presidente,

La **Federación Interamericana de Derechos Humanos** se encuentra sumamente preocupada por las condiciones de detención de los " presuntos terroristas " o " presos del campo de batalla " detenido actualmente por Estados Unidos y trasladados hacia la base militar americana de la bahía de Guantánamo en Cuba, así como por la imparcialidad de los futuros procesos.

De acuerdo con el artículo 5 del tercer Convenio de Ginebra acerca del trato de los prisioneros de guerra y tras las declaraciones del Secretario de Estado americano de defensa Donald Rumsfeld del 11 de enero, la FIDH quiere recordarle que todos los detenidos deben ser tratados en conformidad con el derecho humanitario y deben como mínimo gozar de las protecciones otorgadas por el artículo 3 de los Convenios de Ginebra de 1949, tales como el derecho a un proceso equitativo (y en particular el derecho de presunción de inocencia) y el derecho a no ser sometido a tortura y a tratos inhumanos, degradantes o crueles "en cualquier momento y en cualquier lugar".

El 28 de diciembre, usted declaró "sean cuales sean los procedimientos vinculados con el funcionamiento de los tribunales militares, nuestro sistema es más justo que el de Ben Laden y el de los talibanes (...) los prisioneros que hemos capturado y que serán juzgados tendrán un proceso justo y más posibilidades de defenderse que nuestros ciudadanos que se encontraban en en World

Trade Center y en el Pentágono" (fuente Reuters). La FIDH considera sorprendente que se adopte como referencia el sistema de justicia de los talibanes a la hora de hablar de la administración de la justicia por los Tribunales de Estados Unidos.

La FIDH ha condenado con vigor los atentados del 11 de septiembre. Sin embargo, quiere recordarle que frente a tales ataques, los requisitos de justicia deben prevalecer sobre la tentación de venganza. Es imperativo que la justicia sea administrada conforme a las disposiciones del derecho internacional humanitario y de los derechos Humanos, de lo contrario nos encontramos frente a una parodia de justicia. En un comunicado del 15 de noviembre, la FIDH ha criticado enérgicamente el establecimiento de comisiones militares, por el decreto del 13 de noviembre, "para juzgar a los presuntos individuos de participación terrorista o de apoyo al terrorismo". En efecto, conforme al artículo 14 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles políticos, "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley". Se puede de manera legítima dudar del respeto de este artículo y de la ejemplaridad de un proceso realizado ante tribunales militares. Los presuntos autores, directamente implicados en los ataques del 11 de septiembre y recientemente detenidos, deben ser juzgados por tribunales de derecho común.

Por fin, la FIDH le recuerda su posición con respecto a la pena de muerte (ver el informe n°316 sobre la pena de muerte en Estados Unidos, <http://www.fidh.org>) e insta al gobierno de Estados Unidos a oponerse a la aplicación de ésta en cualquier circunstancia.

Sidiki Kaba Presidente

Carta abierta a George W. Bush, Presidente de Estados Unidos.

15/01/2002. Estados Unidos. http://www.fidh.org/article.php3?id_article=1486

Indignación por cárceles secretas de la CIA. Por Katherine Stapp

NUEVA YORK, 4 nov (IPS) - Crece la presión al gobierno de Estados Unidos para que revele detalles sobre las prisiones secretas dirigidas por la Agencia Central de Inteligencia (CIA), en las que sospechosos de terrorismo permanecen detenidos, incomunicados, en la oscuridad y a veces en celdas bajo tierra.

Una investigación de la periodista Dana Priest, del diario The Washington Post, reveló que, poco después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, la CIA instaló cárceles clandestinas para sospechosos de pertenecer a la red terrorista Al Qaeda en por lo menos ocho países, incluyendo a Afganistán y la base militar en Guantánamo, Cuba.

El año pasado, HRW divulgó un informe sobre "prisioneros fantasmas" de la CIA, recluidos en lugares no revelados luego de ser detenidos en países como Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Marruecos, Pakistán y Tailandia.

"Bajo la ley internacional, los estados tienen la obligación de vigilar e impedir la tortura. La transparencia es uno de los elementos clave para lograr esto, así como las detenciones dentro del marco legal", dijo a IPS Priti Pate, abogada de la organización Human Rights First ("Derechos humanos primero"), con sede en Nueva York.

Pero la creación de las cárceles "es cada vez más debatida dentro de la CIA, donde hay una gran preocupación sobre la legalidad, moralidad y practicidad de tener terroristas en ese aislamiento y secretismo, quizás por el resto de sus vidas".

"Esto no es lo que simboliza Estados Unidos. Esto se parece más al Chile bajo (el dictador Augusto) Pinochet o Argentina bajo la junta militar", señaló el representante demócrata Jim McGovern.

<http://hrw.org>

EE UU: tortura e impunidad en la 'guerra contra el terror'

Por Reed Brody, consejero jurídico de Human Rights Watch y autor de informes sobre Abu Ghraib (www.hrw.org).

Ha transcurrido un año desde que el 28 de abril de 2004 se hicieran públicas las primeras fotografías en las que soldados estadounidenses aparecen humillando y torturando a detenidos en la prisión de Abu Ghraib, en Irak.

Cada día hay nuevas evidencias de que el maltrato de prisioneros musulmanes, lejos de ser un incidente aislado en Abu Ghraib, ocurrió de manera sistemática en Afganistán, Irak, Guantánamo, Cuba y en lugares secretos alrededor del mundo. Hay casos en Afganistán en que los detenidos fueron golpeados, mantenidos desnudos y privados de sueño durante largos periodos de tiempo. Prisioneros de Guantánamo han sido encadenados en posiciones dolorosas y mantenidos en cuartos

Puede decirse que, más allá de la "guerra exterior", Occidente tiene cierta "guerra interna" entre dos grandes perspectivas existenciales. Desarrolla, en cierta medida, una "guerra" consigo mismo.

Occidente tiene que resolver si el liberalismo, la democracia, la república y los derechos del hombre que trabajosamente fue construyendo a través de los siglos son una gran conquista humanista o un simple instrumento de un mundo económico.

Las autoridades del nuevo Estado de alcance planetario que pretende constituirse en el mundo, ansiosas de controlar las fuentes de las que depende la subsistencia del sistema económico del que en gran medida emergen, no sólo impulsan al mundo a una guerra con iraquíes y el Islam, sino que nos ponen en conflicto con gran parte de nuestro legado occidental.

Se trata de una guerra en que se juegan, más que nunca, la autenticidad y el reconocimiento del legado cultural de occidente".⁵³⁵

Y esto no porque la cultura del norte occidental sea superior o más ética que la que engendró la vida social en el sur o el oriente del planeta, sino porque se trata de la cultura globalizada que pretende imponerse imperativamente al resto de los pueblos invocando valores que ella misma desconsidera.

A los estados nacionales periféricos y a algunos países centrales sicarizados sólo les restan en el imaginario globalizado, funciones de represión en tanto acrediten su eficacia, cediendo todas las restantes al ámbito privado, que a su vez se somete a la soberanía de hecho, (que amenaza con crisis cíclicas, restricción en las inversiones, sanciones comerciales, etc. Etc.) y al derecho y a las jurisdicciones extranjeras o a tribunales "ad hoc", creados por los factores de poder transnacionales, subrogándose en el contrato social que ahora sólo requiere de la adhesión no del consenso, con condiciones predeterminadas que pueden ser modificadas también unilateralmente.

Inglaterra y Estados Unidos ("patriot act") han dictado normas que autorizan la detención indefinida, la deportación de extranjeros, la constitución de Cortes secretas y jueces especiales, la validación de las probanzas aportadas por los organismos de inteligencia sin sometimiento a las normas procesales normales, e incluso este último país al igual que Israel han establecido diversos mecanismos para validar tratamiento inhumano a los

helados, e incluso algunos fueron forzados a sentarse en su propio excremento. Por medio de un programa de entregas extraordinarias, la CIA envió a sospechosos a países como Egipto y Siria para someterlos a interrogatorios, y fueron torturados. Otros detenidos de la CIA simplemente han desaparecido, mantenidos en lugares secretos sin notificar a sus familias, sin acceso al Comité Internacional de la Cruz Roja ni vigilancia de ningún tipo sobre su tratamiento, y en algunos casos, sin confirmación de su detención.

Esta forma de abuso en varios países no fue el resultado de actos individuales de soldados que violaron las reglas. Se trata del resultado de decisiones tomadas por la Administración de George W. Bush para distorsionar, obviar o desechar esas mismas reglas. El secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, por ejemplo, cuestionó públicamente la relevancia de las Convenciones de Ginebra y puso en juego métodos ilegales de interrogación

⁵³⁵ Miguel Angel Ciuro Caldani. "Reflexiones de Derecho de la Cultura, Derecho Universal y Derecho Internacional Privado en relación con la guerra de Irak". Publicación Web PDF.

detenidos (en un eufemismo que esconde a la tortura) en situaciones en las que se invoque la seguridad nacional.

Estas normas permiten que las fuerzas de seguridad intervengan teléfonos o cuentas de internet asociadas a un supuesto terrorista, sin que medie una orden judicial para cada uno de los números. Un solo permiso judicial permite intervenir todos los teléfonos que el supuesto terrorista pudiera utilizar, etc. (generalización que capacitará a la policía para interceptar conversaciones de ciudadanos inocentes).

Los esenciales y principales derechos individuales: El derecho a la vida y a la libertad, han sido pisoteados por las potencias centrales que pretenden ahora extender sus cortes y su jurisdicción⁵³⁶ y estas formas bastardas de derecho, a los países periféricos.

La actitud del Superior Tribunal de los Estados Unidos es cuanto menos vacilante en este tema central.

Conforme nos ilustra María Sofía Sagues.⁵³⁷

"La constitucionalidad de dichas disposiciones junto al dictado de detenciones indefinidas, incomunicaciones, negaciones de acceso a asistencia letrada, son cuestiones que fueron presentadas ante la Suprema Corte.

Dentro de los denominados casos "post 9.11" numerosas disposiciones dictadas en EEUU han sido cuestionadas en torno a su constitucionalidad.

La "USA patriotic Act" con base en el uso de poderes de emergencia durante circunstancias extraordinarias en respuesta a los ataques terroristas del 11.9 ha sido imputada de "hacer vulnerable la libertad civil mas básica de todas, el derecho a la revisión judicial de la autoridad ejecutiva".⁵³⁸ Especialmente la Military Order 66 ER 578833 que establece que los tribunales militares tendrán jurisdicción exclusiva con respecto a sospechosos de terroristas".

La Corte se pronunció en tres casos⁵³⁹ englobados bajo la categoría de "enemy combatant cases" (dicha etiqueta excluye a los detenidos de ser considerados prisioneros de guerra o criminales ordinarios, y en consecuencia los priva de sus derechos civiles y libertades fundamentales),

En el primero (600 extranjeros detenidos sin cargos ni asistencia letrada tras la campaña de Afganistán desde enero del 2002) abre el acceso a las cortes con base estatutaria pero sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el ejecutivo.

En un segundo un habeas corpus planteado por un ciudadano americano detenido sin imputación de ningún crimen, de hecho convalida las facultades del Poder ejecutivo.

536 Estados Unidos, al establecer la sección Super 301 de su Trade Act (que autoriza sanciones unilaterales si, desde su punto de vista, su interés nacional se ve amenazado), expresa su desprecio al derecho internacional, y somete los derechos individuales de otros estados a su arbitrio.

⁵³⁷ **María Sofía Sagues.** "La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en EEUU". Suplemento La Ley Derecho Constitucional. 28.11.05 pags. 60 y sgts.

⁵³⁸ Mathews Melissa K. "Current Public Law and Policy Issues. Restoring The Imperial Presidency". citado por la autora del artículo.

⁵³⁹ Rasul et Al v. Busch", "Hamdi vs.Rumsfeld" y "Rumsfeld v. Padilla".

En el tercer caso (Padilla) otro ciudadano americano es detenido incomunicado por 26 meses invocando la "patriotic act", y en este caso la Corte rechaza el recurso por cuestiones formales soslayando el reclamo de tutela jurisdiccional.

No obstante lo cual una reciente resolución parece abrir alguna puerta de ese alto tribunal a los derechos humanos, una condescendencia con el humanismo porque volviendo sobre precedentes de distinto contenido y respondiendo a anterior resolución condenatoria del Tribunal Internacional de la Haya, "La Suprema Corte de los EEUU ha considerado que privarles de la vida a 17 jóvenes resultaría cruel e inusual.

El orden internacional de los derechos humanos fue el gran protagonista de esta decisión. Durante siglos la Corte Suprema de EEUU se había mostrado reticente en la introducción de categorías de derechos transnacional en su proceso de elaboración de decisiones⁵⁴⁰.

En los propios países centrales los estallidos sociales que se generan en sus periferias excluidas dan lugar a "toques de queda" y a mecanismos represivos para contener una situación social incontenible⁵⁴¹.

Los derechos y garantías constitucionales que en nuestra ley fundamental consagran la libertad de expresión, el derecho al debido proceso legal, la privacidad y a la intimidad y la garantía de reserva, la prohibición de la confiscación de bienes⁵⁴² y el principio de legalidad, están siendo seriamente amenazados si el estado nacional consintiera el sometimiento de sus ciudadanos a tribunales extranjeros, y si se dictan normas violatorias de estos derechos y garantías.

Nuestro régimen constitución sólo consiente la atribución de jurisdicción a cortes supraconstitucionales enderezadas a defender los derechos humanos y económico sociales en tanto sus decisiones no afecten el orden público constitucional.

Despouy y Consigli señalan que "Los países antes de adoptar esas medidas deben reflexionar".

Las personas acusadas de terrorismo (o narcotráfico) deben ser sometidas a la acción de la Justicia y sancionadas con todo el peso de la ley

⁵⁴⁰ **María Sofía Saguez.** Ob. Cit.

⁵⁴¹ "Francia decreta los toques de queda en un intento de frenar la violencia". "Centenares de localidades francesas se han visto desbordadas por disturbios en las últimas 13 noches, cuando manifestantes violentos, en su mayoría descendientes de inmigrantes han salido a la calle a quemar vehículos y edificios y a enfrentarse con la policía, mostrando su profundo descontento por la falta de empleo y por la exclusión social". La Capital. Rosario. Argentina. 9.11.05. Titular de tapa y pag. 18. "Declaran el estado de emergencia en Francia". El gobierno aplicó el estado de emergencia, con detenciones automáticas, toque de queda y justicia sumaria para aplacar la ola de violencia social que en los últimos días ardió en numerosas barriadas azotadas por la falta de empleo y de futuro. El toque de queda no fue parejo para todos. En una fiesta de luz el corazón de París daba la imagen de estar al margen con las vidrieras de sus grandes centros comerciales listos para las próximas fiestas. La Nación. 9.11.05. Nota de tapa y pag.2

⁵⁴² Las Normas del BCRA inherentes al lavado de dinero y a la lucha contra el terrorismo establecen "per se" mecanismos de confiscación de bienes expresamente prohibidos por la Constitución Nacional. Las listas negras, los mecanismos de creación de bancos de datos y otros mecanismos usuales a tales fines son también incompatibles con el pilar fundamental de nuestro sistema de garantías individuales constituido por el principio de reserva y el derecho a la intimidad.

pero dentro de las garantías que la comunidad ha dado para juzgar y combatir a la violencia.

Es compatible el estado de derechos y una lucha eficaz contra el terrorismo; piensa Despouy.

El combate contra el terrorismo paso a ser la prioridad número uno de los EE.UU y en ese fragor, principios fundamentales como libertad, seguridad y justicia parecen pasar a un segundo plano en pos de esa lucha".⁵⁴³

Los tribunales de la Nación están obligados a declarar la inconstitucionalidad de todo este carnaval de violaciones flagrantes a los derechos y garantías constitucionales impuestos a una administración complaciente y sumisa por los organismos y los estados sicarios internacionales.

Nuestro país que ha sufrido y desterrado el terrorismo de estado, y que esta dispuesto a castigar a los responsables con una integridad que no encuentra parangón en el mundo, no puede ser sumiso al terrorismo de estado globalizado.

El atentado a las Torres Gemelas y la posterior invasión unilateral a Irak y la desobediencia al mandato del Consejo de Seguridad de la ONU configuraron una nueva manera de combatir la violencia alejada de los derechos humanos, violatoria de los derechos individuales y las leyes internacionales por parte de los Estados Unidos y otros estados sicarios.

Han caído destrozadas por la prepotencia las bases constitutivas del derecho internacional elaborado tras la caída del nazismo.

Las Naciones Unidas instauraron en 1946 la Corte Internacional de Justicia con sede en la Haya. Francia y Estados Unidos dos países que contribuyeron a su constitución se desligaron de esta jurisdicción internacional para el juzgamiento de sus connacionales, esta última después de ser condenada por intervenir en los asuntos internos de Nicaragua.

Todos los miembros de las Naciones Unidas aceptaron cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Esto se quebró en el año 1999 en Kosovo. En esa ocasión la OTAN, sin autorización del Consejo de Seguridad, tuvo aquella pretendida intervención humanitaria para proteger a los albanos - kosovares, y ha tenido una fractura más grave con la invasión a Irak.

Es por ello que resulta paradójico que frente al riesgo actual e inminente que para los derechos individuales representan simultáneamente la presión del globalismo voraz hipercapitalista, y el deterioro a la autodeterminación y a la soberanía que traen aparejado, no se comprenda que la efectiva vigencia de los derechos individuales, incluso de los derechos de propiedad y de libertad comercial sólo pueden realizarse a partir de la irrestricta y progresiva afirmación de los derechos humanos y de su instrumental pero también substancial proyección en los derechos económicos y sociales, indisolublemente ligados a los primeros.

543 DiarioJudicial.Com - Publicación Electrónica. El día que el orden jurídico mundial comenzaba a cambiar. 13.09.05. Reportaje a Leandro Despouy, (Relator Especial sobre independencia de jueces y abogados de la Organización de las Naciones Unidas). y Alejandro Consigli (Rector de la Universidad Austral).

Si sometemos los derechos humanos y los derechos económicos y sociales a la eficiencia del mercado que comercia con las finanzas, con valores virtuales y bienes desmaterializados, con la corrupción, la droga y la muerte, estamos simultáneamente renunciando a la vigencia de los derechos y garantías individuales.

De lo que se trata es de armonizar derechos a partir de la norma, de su axiología y de la realidad y no de enfrentarlos.

Los derechos individuales incorporan en el Constitucionalismo Social un nuevo contenido que los vincula y los organiza a partir de los Derechos Humanos y a los Derechos Económicos y Sociales.

Así el derecho a la salud no se satisface con la abstención de daño por parte de terceros, porque exige que quienes no están en condiciones de sufragar una atención médica dispongan de ella cuando carezcan de recursos.

El derecho a la educación no se agota en la libertad personal de aprender y enseñar si se tiene voluntad y propósito para ello, sino que requiere promover y asegurar el derecho a la educación y a la cultura gratuitamente.

De nada vale en la normativa y en la axiología constitucional afirmar la existencia de derechos individuales si no se garantizan los derechos humanos y los derechos económicos y sociales.

Nuestro sistema jurídico fue desarrollado para todos los habitantes que quieran poblar el suelo argentino, y de nada sirve que se asegure la propiedad individual o el derecho a ejercer libremente el comercio para algunos, si para ello es necesario soslayar el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la propiedad, a la libertad para contratar o al trabajo de la mayoría.

"Edmond Picard juzgaba sin indulgencia ese criterio que no respeta la igualdad civil, sino para asegurar la desigualdad social, ese código de propietarios que sólo se ocupa de la riqueza adquirida y no del trabajo que la crea"⁵⁴⁴.

Sólo encuentran socialmente justificación los derechos cuando pueden ser efectivamente realizados.

De lo contrario "el estado quedaría partido en dos mitades: La de quienes por sí solos se hallarían en condiciones aptas para disfrutar de sus derechos (unos pocos), y la de los otros, excluidos, o marginados o ineptos,(la mayoría) a quienes la libertad no les pondría a su alcance opciones efectivas"⁵⁴⁵

El derecho a la libertad, debe ser derecho a la libertad real y efectiva que coloca al ser humano en disponibilidad para elegir, optar, acceder al disfrute pleno de sus derechos sociales.

De que sirve la libertad de viajar a quien vive en la miseria y no puede salir de su casa?. La libertad se realiza cuanto más homogéneo es el nivel económico y cultural de una comunidad, sólo si se respetan los derechos sociales.

544 L' Evolution historique du droit civil francais, 1898, pag. 68, citado por **George Ripert** "La Democracia y el derecho civil moderno." Edit. Ediar. Pag. 15.

545 **Bidart Campos German**. El Orden Socioeconómico ...Ob. Cit. Pag. 40.

Cuando se interpreta a la Constitución Nacional con un criterio axiológico que pone al derecho individual patrimonial por encima del derecho humano o el derecho social, esta no asegura los beneficios de la libertad, del estado de derecho para todos los habitantes. Sólo se trata de derechos para una porción privilegiada de esa sociedad.

Los derechos de propiedad y de contratar libremente que son los derechos patrimoniales individuales por antonomasia en la sociedad capitalista, y que están garantizados constitucionalmente (Art. 14 /17 C.N.) pueden realizarse y ordenarse a partir de la plena vigencia y respeto de los derechos humanos, sociales, económico sociales y culturales.

El derecho de propiedad sólo puede ser entendido comprendiendo que "hay límites para el ejercicio funcional de los derechos, y hay un sistema de principios y valores que no colocan en su vértice a la economía sino a la persona humana."⁵⁴⁶

La incorporación con jerarquía constitucional de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales implica la afirmación no sólo de los derechos patrimoniales, sino fundamentalmente del derecho a la libertad, la igualdad y la dignidad; el derecho a la vida, a las condiciones de vida, al trabajo; el salario; a la sindicalización; al nivel de vida; a la protección social de la vejez; a la educación; a la cultura; al progreso científico; a la protección de la ciencia, la literatura y el arte; a los deberes del individuo hacia la comunidad; a los derechos de la mujer; a los niños, a la salud, vestimenta, alimentación, vivienda y asistencia médica; a la libre determinación de los pueblos; a la libre disposición de las riquezas naturales; a abolir para siempre la pena de muerte, al régimen humanitario de las cárceles.

Todos los ciudadanos del país tienen en virtud de esas normas el derecho subjetivo, además de los derechos difusos y colectivos, a reclamar en justicia la vigencia efectiva de los mismos. Ni los poderes públicos, ni las corporaciones, ni otros particulares pueden fundar sus derechos en violaciones a estos derechos.

No hay derechos adquiridos para afectar la libertad, la integridad, el trabajo, la salud o cualesquier otro derecho fundamental de raigambre constitucional, que pueda ser convalidado por los tribunales.

La actividad económica que debe ser eficiente para multiplicar bienes, servicios y riqueza, encuentra su sentido en las necesidades de la sociedad. La visión inversa es irracional, contradice los sentimientos más valiosos del ser humano y atenta contra los valores básicos de su condición.

El derecho de propiedad.

Para la Suprema Corte el concepto constitucional de propiedad reconoce una extensión mayor que el que este instituto jurídico tiene en el campo de los derechos reales:

546 Bidart Campos G.J. Ob. Cit Edit. Ediar. Pag. 45.

"El término propiedad (arts.14 y 17 CN) comprende todos los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad⁵⁴⁷.

El derecho de propiedad y el de autoregulación contractual (arts. 14, 17, 19, 20, 28, CN) son los pilares sobre la base de los cuales se construye la sociedad capitalista.

Nuestra ley fundamental y el sistema normativo edificaron a partir de ellos, y valoran y protegen con firmeza los derechos individuales que estas instituciones jurídicas engendran como derechos fundamentales.

Esta fuerte tutela no implica de ninguna manera que estos derechos que deben ser rigurosamente preservados, estén en la cúspide del sistema normativo y axiológico.

Su ejercicio no puede de ninguna manera lesionar derechos humanos (la vida, la salud, la educación, el medio ambiente, etc) o derechos económicos y sociales (al desarrollo, al trabajo, a la seguridad social, a no ser sojuzgado en la contratación, derechos del consumidor, derecho de las comunidades indígenas,(etc).

Esta cuestión constituye el aspecto axial y operativo de nuestra constitución socio económica.

Amartya Sen confronta el derecho de propiedad con uno de los derechos humanos esenciales, el que tiene todo individuo en una sociedad organizada mas allá de toda otra consideración: El derecho a no padecer hambre, porque se trata de una confrontación cotidiana en su país de nacimiento (la India), pero además en su exposición se expone con absoluta crudeza la contradicción axiológica esencial que nunca puede ser resuelta en el sentido propiciado por el individualismo exacerbado.

"Los derechos de propiedad con respecto a un producto (como quiera que se lo defina) podrían tener cierta importancia moral intrínseca, pero también tenemos que tener en cuenta el desvalor moral de la miseria humana (tal como los sufrimientos debidos al hambre o como las enfermedades relacionadas con la desnutrición). Este disvalor tendría más fuerza moral que aquel derecho.

Cuando se toma en cuenta todo, un valor intrínseco positivo del derecho al propio producto, puede aparecer acompañado por un valor negativo global".

"Las hambrunas se explican mejor en términos de fallas de los sistemas de titulación. La titulación se refiere aquí, naturalmente, a los derechos legales y a las posibilidades prácticas, más bien que a lo moral, pero las leyes y la operación real de las economías de propiedad privada tienen muchos rasgos en común con el sistema moral de titulación"

El "absurdo" no está ligado al hecho de atribuir a ese derecho un valor intrínseco, sino de considerarlo como aceptable sin más, sin que se deban tener en cuenta sus consecuencias.

Un sistema moral que valoriza al mismo tiempo los derechos de propiedad y otras metas - tales como evitar las hambrunas y la inanición, o cumplir con el derecho de la gente a no tener hambre - puede, por un lado, reconocer la importancia

547 C.S.J:N: Bourdie c. Municipalidad de la Capital. Fallos 145.307. (1925). Citado por María Angelli Gelli. Ob. Cit.

intrínseca del derecho de propiedad y, por otro, recomendar la violación de tal derecho cuando ella conduce a mejores consecuencias globales (incluyendo el desvalor de la violación de derechos).

El punto no es aquí el de la valoración de los derechos de propiedad, sino el de su supuesta inviolabilidad.

No se trata de un dilema entre una perspectiva puramente instrumental sobre los derechos de propiedad y otra que los considere como una meta entre otras, sino que se trata específicamente de la afirmación de los derechos de propiedad independientemente de las consecuencias y del tratamiento de la titulación moral de propiedad basado en la concepción restrictiva.⁵⁴⁸

El cientista indo - americano en la obra citada profundiza aún mas el tema, y tras confrontar el aspecto filosófico moral que se traduce jurídicamente como axiológico, lo trae a la realidad económica y expone el actual absurdo con la historia genética del derecho que primero consolidó el derecho de propiedad y luego declaró el elemental derecho a la vida que implica el derecho a no sufrir hambre, poniendo de relieve el punto de partida de una iniquidad jurídica, que tenía sustento en sociedades atrasadas, pero que es incompatible con la condición humana global en el siglo XXI desde todos los aspectos.

"La tendencia a considerar el hambre en puros términos burocráticos de producción total y de disponibilidad puede ayudar a encubrir el papel crucial de los títulos en la génesis del hambre; pero un análisis económico más completo no lo puede descuidar.

Los derechos de propiedad han sido defendidos por muy largo tiempo. En cambio, la afirmación del "derecho a no sufrir hambre "es un fenómeno relativamente reciente".

La jurisprudencia universal de la que algunos fallos del 1er senado alemán⁵⁴⁹ reseñados por Solá⁵⁵⁰ son ilustrativos, es coincidente en este evidente perogrullo.

El derecho de propiedad no es absoluto y debe ser armonizado atendiendo al interés público.

Ese alto tribunal sentenció en un primer fallo que "la Ley fundamental establece que en la tensión recurrente entre el interés de propiedad del individuo y las necesidades del público, el interés público puede en caso de conflicto tomar precedencia sobre la garantía legal al individuo", criterio que reiteró en un segundo fallo cuando afirmó que "el concepto de propiedad como esta garantizado por la Constitución debe ser derivado de la misma constitución.

La ley fundamental asigna a la legislatura la tarea de definir el derecho de propiedad de manera de proteger los intereses del individuo y del público.

⁵⁴⁸ **Amartya Sen**. "Propiedad y Hambre". Pags. 107/108./109. Publicacion Web.

⁵⁴⁹ Fallo del 1er. Senado Alemán.El caso del control de inundaciones en Hamburgo año 1968. 24 BverfGE 367. y El caso del agua subterránea. 1981. 58 BverfGE 300. Juan Vicente Sola pags. 305

⁵⁵⁰ **Juan Vicente Solá**. Constitución y Economía. Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Pag. 311.

Si estas regulaciones quitan al propietario de cierto control sobre su dominio entonces este control no está incluido en su derecho de propiedad. La ley de recursos de agua no constituye una expropiación por ley.

La ley define meramente para el futuro como una cuestión de derecho objetivo el contenido de la propiedad en relación con el agua subterránea.

El derecho garantizado constitucionalmente a la propiedad no permite al propietario hacer uso exactamente de lo que promete la mayor ventaja económica posible.

La garantía constitucional de la propiedad no implica que un interés de propiedad una vez concedido debería estar preservado a perpetuidad.

La propiedad de acuerdo al art. 14 inc 2 de la ley fundamental de Alemania impone obligaciones y debe cumplir el bien común".

El derecho de propiedad, sus razgos, características y sus relaciones con el interés individual o el interés social, reconoce diferentes y diversas formas de expresarse que han sido reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia.

La ideología del neoliberalismo en un insólito retorno al pasado ha confundido la naturaleza del derecho de propiedad que desde siempre en el derecho patrio ha sido limitado atendiendo al interés social.

El derecho de propiedad "corresponde al propietario con exclusión de cualquier otra persona. Pero el carácter exclusivo de la propiedad existe solamente dentro de los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, la cual puede atendiendo al interés colectivo imponerle limitaciones. La razón es que el interés social debe predominar sobre el interés individual". (nota del codificador al art. 2508, parr 3ro)⁵⁵¹

En la sociedad globalizada de la acumulación primitiva la delimitación de los campos de la propiedad privada, la propiedad comunitaria, la propiedad social y los derechos que excluyentemente tiene la humanidad sobre un conjunto de bienes por encima de los individuos y de los estados, es un terreno de dramática disputa que compromete el presente socio económico y cultural y también el futuro.

La regulación nacional e internacional de las limitaciones y relaciones entre el derecho de propiedad sobre cosas y bienes, sobre marcas, patentes, licencias, invenciones, obras culturales y artísticas y la delimitación de lo que es de la humanidad, lo que es de determinadas comunidades y lo que es meramente privado tiene influencia directa sobre las condiciones del desarrollo humano.

Las presiones que los países y los organismos vicarios del hipercapitalismo transnacional ejercen sobre la humanidad para cristalizar la propiedad y los beneficios de los avances culturales y tecnológicos son permanentes y abarcan campos tan diversos como el software, el uso de las autopistas informáticas, las patentes medicinales, la ingeniería genética y muchos otros productos de esta nueva era y están enderezados a apropiarse en

551 **Raymundo Salvat**. Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales. Tomo II. 5ª. Edición TEA, 1952. Pag. 43.

propiedad exclusiva y excluyente de la genética cultural y tecnológica de la humanidad, acumulada a través de los siglos.

Cada creación, cada invento, cada avance tecnológico pretende ser desprendido del patrimonio de la humanidad del que es necesariamente tributario y transformarse en objeto de apropiación originaria.

El régimen de propiedad intelectual que permitió tras la creación de la imprenta romper el monopolio que tenían fundamentalmente las órdenes religiosas sobre la biblia y su interpretación, hoy es al igual que la restante legislación, arcaico para comprender los múltiples fenómenos y aspectos que la telemática, la comunicación universal en tiempo real, los fantásticos avances tecnológicos genéticos, etc. tienen para el interés humano y social.

Los conceptos para resolver estas contradicciones están en el orden público económico y social y en la valoración axiológica que nos proporciona la Ley Fundamental.

La admisión de derechos propietarios exclusivos sobre inventos, marcas, patentes, productos culturales o intelectuales, sobre el software y sobre la autopista informática en escala planetaria que afecta derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales con preeminencia axiológica, determina que cualesquier decisión que afecte al ser humano en su condición de tal, o al derecho al progreso social y al bienestar general es inconstitucional y debe ser descartada por el poder administrador, o eventualmente por cuestionamiento ante los tribunales judiciales y puede ser exigida por cualesquier habitante, que en esa medida vea conculcados derechos humanos. Sin perjuicio de la carga que tiene el poder judicial para actuar frente a la afrenta constitucional aún de oficio.

"La doctrina de la Suprema Corte admitió siempre restricciones a los derechos propietarios y a tal efecto tomó como criterio la relación entre medios y fines y en algunos casos la proporcionalidad entre la restricción y el interés general protegido"⁵⁵².

Las garantías constitucionales sólo son renunciables cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquellos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad.⁵⁵³

Conforme lo ha sostenido ese Tribunal, y en tanto las medidas adoptadas sean razonables y justas con relación a las circunstancias (por ej. Estados de emergencia parcial o total en la sociedad) que las han hecho necesarias, puede salvando su sustancia, restringirse y regularse legalmente los derechos del propietario, en lo que sea indispensable, para salvaguardar el orden público y el bienestar general cuya atención fundamenta esta jurisprudencia.

Y es obvio que estas restricciones y regulaciones razonables y justas pueden importar consiguientes restricciones a la actividad de los jueces, sin que por ello se afecte la independencia del Poder Judicial, pues es una

⁵⁵² María Angélica Gelli. Ob. Cit. pags. 84/5.

⁵⁵³ CSJN. 16.11.04. Hooft Pedro C. C. Provincia de Buenos Aires. Suplemento de Derecho Constitucional. La Ley 25.7.05. pag. 70 y sgts.

inmediata consecuencia del principio según el cual la función jurisdiccional se halla regida, también, por la ley. (Voto del doctor Orgaz)⁵⁵⁴

Esto que parece una verdad de perogrullo ha sido puesto en entredicho por alguna jurisprudencia que ha conformado una ideología jurídica a partir del derecho de propiedad y de la libertad contractual, reñida con la normativa y la axiología de nuestro sistema jurídico, postergando las necesidades de la sociedad.

El derecho de propiedad consagrado como inviolable por la carta magna no implica de manera alguna sometimiento al neoliberalismo

Nuestra constitución adhiere al capitalismo como forma de organizar la producción, distribución y asignación de los bienes, pero no al hiper capitalismo globalizado generador de desarrollo desigual y de la multiplicación de la miseria y de la exclusión en la periferia.

Por ello el constituyente ha sometido al derecho de propiedad normológica y sociológicamente a la reglamentación que atienda al bienestar general.

"La propiedad debe atender necesidades sociales y no puede ser empleada correlativamente con fines antisociales"⁵⁵⁵.

De hecho la reforma del 94 (Art. 75 inc. 17) va mas allá, y establece incluso formas de propiedad comunitaria reguladas en el texto de la Ley Suprema mas allá de las disposiciones de la normativa civil y abre importantes perspectivas para el desarrollo de nuestro derecho en su tránsito de lo individual a lo social.

"El reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargables y no tributable modifica los principios propietarios consagrados en el código civil para la propiedad privada.

El concepto de propiedad comunitaria ya había sido recogida por el Pacto de San José de Costa Rica y por la CIDH".⁵⁵⁶

"Carecería de rigor un análisis que pretendiera conocer nuestro régimen económico si no tuviéramos en cuenta la doctrina constitucional de la Corte Suprema de la Nación que ya en 1922 determinó que los derechos constitucionalmente consagrados no son absolutos en el leading case "Ercolano v. Lanteri de Rainshaw"⁵⁵⁷.

"Los derechos que la Constitución Nacional reconoce, no son absolutos, sino relativos, pues son susceptibles de reglamentación"⁵⁵⁸ y de

554 **Corte Suprema de Justicia de la Nación**. 1959/05/15. Nadur, Amar c. Borelli, Francisco. Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), 135

555 **Saguez Nestor** P. Ob. Cit. Pag. 18.

556 **María Angélica Gelli**. Ob. Cit. Pags.688/9.

557 **Perez Hualde** Ob. Cit pag. 26.

558 " El derecho de propiedad puede, en ocasiones ser perfectamente sacrificable, en la medida claro está que haya una razón para ello. El derecho a la propiedad no es a diferencia de otros derechos absolutos. Baste recordar algunos de los muchos supuestos en los cuales el derecho a la propiedad es recortado y pese a ello" La restricción es admitida aún por quienes sostienen un punto de vista individualista, "como ocurre en el derecho de las quiebras o en una expropiación".

Vergara Leandro. Interés Público y el sacrificio de un derecho patrimonial individual. La Ley T. 2004 E Sec. Doctrina pag. 1501.

limitación sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral pública, etc.

Ello surge del propio art. 14 de la misma Constitución, donde refiriéndose al goce de los mismos señala "... conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio..."⁵⁵⁹ y se especifica y se profundiza en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada con status constitucional (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 21.1 que establece con meridiana claridad que "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes" pero que "la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social."

Un capítulo aparte inherente a la sociedad hipercapitalista globalizada lo constituyen los intentos por facilitar la apropiación privada de bienes que son parte del patrimonio de la humanidad.

A partir de 1994 los países miembros de la OMC fueron conminados a acatar los acuerdos sobre los "Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relativos al comercio", y es en este ámbito donde la legislación transnacional globalizada ha trastocado las bases esenciales del derecho a las patentes, a las licencias y a la propiedad intelectual.

En esta materia las contradicciones que la *lex mercatoria* universal y el análisis económico del derecho engendran en la búsqueda del "bienestar general" y del "bien común", y en la realización de los derechos humanos enderezados a asegurar una vida digna acorde a la condición humana en el siglo XXI, se expresan con palmaria crudeza.

"En un mundo donde la ciencia es una prerrogativa de los países ricos mientras los pobres siguen muriendo, es indudable que los refinamientos de la propiedad intelectual parecen menos convincentes que las realidades sociales.

Las empresas transnacionales e instituciones de los países ricos patentan todo lo que pueden, desde el genoma humano hasta las plantas subtropicales, cometiendo así un auténtico "hold-up" sobre el patrimonio común de la humanidad"⁵⁶⁰

"¿A quién pertenecen los conocimientos? Cuando la propiedad intelectual, al decuplicar el costo de medicamentos vitales, condena a muerte a millones de enfermos la pregunta no es teórica.

Muchos de los países actualmente desarrollados, que se presentan (...) como fervientes defensores de un fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, disponían de reglas vagas cuando establecieron sus industrias nacionales. Sólo cambiaron su discurso una vez devenidos exportadores de tecnología."⁵⁶¹

En el marco de esos Adpic, ya no es posible, en principio, fabricar un medicamento o comprarlo en el extranjero sin la autorización (contra pago de

559 *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón*, sala I. 1983/04/21. Bertolotto, Juan, suc.. ED, 105-478 -JA, 983-IV-90.

560 *Jean Paul Maréchal*, "La biodiversidad, asimilada a una mercancía", *Le Monde diplomatique*, ed. Cono Sur, diciembre de 1999.

561 *Philippe Rivière*. "El saber secuestrado". *Le Monde Diplomatique*.

regalías que decuplican su precio) del propietario del invento, que conserva ese poder durante veinte años.

Este proceso se asienta en diversas modificaciones que trastocan la naturaleza y los límites del derecho de propiedad establecido en las legislaciones nacionales o en sus leyes fundamentales, en desmedro de necesidades vitales de toda la humanidad.

"En este distorsionado proceso se han otorgado en los países centrales patentes de microorganismos, de células, de líneas celulares, de genes, de secuencias de genes y de genomas completos"⁵⁶².

Se están patentando las bases de datos en bruto y los hechos.

Los estados ceden la información pública a empresas privadas y los particulares y también el propio estado pagan por su uso a estos "propietarios" sumas siderales.

Insólitamente se otorgan patentes en exclusividad sobre el uso de una frase o una palabra del lenguaje corriente.

Productos agrícolas corrientes están siendo patentados argumentando cualesquier modificación introducida en su genético o aún sin modificaciones.⁵⁶³

La omisión maliciosa de la distinción entre inventos y descubrimientos e incluso de medios e instrumentos para realizar descubrimientos, aplicada a la industria genética o farmacéutica, pone en entredicho el principio de que los conocimientos referentes al cuerpo humano (fragilizando la regla que pone al ser humano fuera del comercio) y a los organismos vivos, o a sus elementos permanecen al dominio de los descubrimientos científicos y no pueden ser patentables.

Las oficinas de patentes acuerdan derechos sobre simples descubrimientos, con lo cual no sólo se premia a quien no es inventor, sino que se le otorgan derechos monopólicos sobre áreas del conocimiento.

Se patentan como inventos, descubrimientos que son consecuencia de la acumulación de observación científica y aportes hechos por una miríada de científicos a lo largo de la historia de la humanidad en beneficio de megaempresas que se apropian de esta manera del patrimonio social, corta la cadena de investigación y su utilización se rige por el criterio de costo - beneficio, ya que el material patentado y sus extensiones estará vedado a otros investigadores.

"Todos los bienes creados por el hombre, productos de su trabajo y de su inteligencia son frutos de la cooperación. El invento más original, el descubrimiento científico más innovador y la creación artística más

562 **Salvador Darío Bergel**. Descubrimientos patentados como inventos - Inmoral apropiación del material genético humano. *Le Monde Diplomatique*. Cono Sur Número 17 - Noviembre 2000.

563 El agroindustrial tejano Rice Tec había logrado patentar una nueva especie de arroz bajo el nombre "Basmati", causando el furor del gobierno indio; ahora es el turno de la japonesa House Foods que reclama la paternidad de la receta del... curry. Si la oficina japonesa de patentes responde favorablemente a su demanda (Nº 06090838), este plato que millones de Indios preparan a diario sería propiedad de sus inventores, Hirayama Makoto y Ohashi Sachiyo. *The Independent*, Londres, 28-11-99. Citado por **Philippe Rivière**.

individual reconocen, en mas o en menos, el aporte de otros hombres, los beneficios del trabajo social".⁵⁶⁴

El capitalismo que hizo de la innovación tecnológica el motor que impulsaba su crecimiento y el proceso de acumulación, ha encontrado en las modificaciones que ha introducido al instituto del derecho de patentes, licencia y propiedad intelectual el mecanismo que le permite usufructuar incluso de garantías que retardan el desarrollo científico.

"Hasta tiempos recientes, el límite entre lo que era un instrumento para la investigación y una invención patentable estaba claramente definido.

Mientras que un instrumento para la investigación debía ser incorporado libremente al acervo científico de la humanidad para cimentar futuros avances, una invención patentable partía de presupuestos indiscutibles:

Ser útil en forma directa e inmediata para satisfacer una concreta necesidad humana".

Otro aspecto en el que claramente los grandes grupos oligopólicos han avanzado sobre el derecho de la humanidad, es al asegurarse el denominado "patentamiento estratégico".

"El otorgamiento de patentes de amplio espectro sobre verdaderas herramientas de investigación supone el peligro de destrucción de un sistema que había permitido el progreso de la sociedad occidental desde hace dos siglos, fundado en la libre utilización de los conocimientos en la investigación.

Las empresas no se limitan a patentar las cosas que producen, sino que utilizan las patentes para colonizar áreas íntegras de la tecnología. Esto tiene un nombre: "patentamiento estratégico"⁵⁶⁵

El derecho de propiedad emergente del patentamiento ha avanzado afirmando intereses individuales en desmedro del patrimonio público, e incluso del patrimonio de la humanidad, se aprovecha además de una extensión irrazonable en el período de protección de las obras, en la protección de derechos de propiedad intelectuales "sui generis" que protegen actividades no inventivas, en las limitaciones al uso legal de obras protegidas, etc.

Simultáneamente el vacío de derecho público internacional que denuncia Ferrajoli, viene socavando en su conjunto el concepto de aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad y cuya explotación racional permitiría la construcción de organismos supraestatales independientes que se constituyan en instrumentos efectivos de garantía del cumplimiento de las Cartas y Tratados socio economicos:

A la destrucción del hábitat y a las agresiones al medio ambiente, se suman la acelerada apropiación privada del derecho de uso y sin ningún tipo de compensación al homínido que es dueño del planeta de las órbitas satelitales, las bandas de éter y los recursos de los fondos oceánicos, etc.

Es menester reconstruir en escala global el concepto de dominio de la humanidad, para poder a partir de esa esfera pública internacional

564 León Schujman. Ob. Cit. Pag. 41.

565 The Economist-La Nación, Buenos Aires, 8-04-2000 cita de Salvador Darío Bergel.

garantizar los derechos fundamentales y en primer lugar el derecho a la supervivencia.⁵⁶⁶

La libertad contractual.

El principio de la autonomía de la voluntad y la fortaleza del instituto contractual están en la base remota de nuestro sistema jurídico.

Es el mecanismo que sostiene el encuentro entre la oferta y la demanda en el mercado y con ello el proceso de formación de precios.

Pero la libertad contractual no importa ni siquiera en las concepciones clásicas un derecho absoluto.

"Si los hombres no son iguales el más débil tiene al derecho de ser protegido. La experiencia demuestra que la libertad no basta para asegurar la igualdad, pues los más fuertes llegan a ser opresores.

Corresponde entonces al estado intervenir para proteger a los débiles.

El liberalismo del siglo XIX (y el neoliberalismo del siglo XXI) no son partidarios de una intervención contractual.

No ven ninguna fuente de injusticia posible en el contrato en razón de la sumisión voluntaria del deudor para con el acreedor.

Quien dice contractual dice justo.

Actualmente se ha abandonado ese valor supremo del contrato.

La democracia esta apasionada por la justicia, por tanto no es de asombrar que sea sensible a la injusticia que puede nacer del contrato."⁵⁶⁷

El globalismo hiper capitalista y la conformación de monopolios y oligopolios nacionales y transnacionales que adquieren posiciones dominantes y la intervención del estado en el mercado han agudizado cualitativamente la "crisis del contrato" advertida prematuramente por insignes autores en la doctrina.

La contratación predisuelta, adhesiva, en serie, mecanizada, electrónica, o la relación de hecho de naturaleza contractual, son producto de la realidad y expresan algunas de las formas en las que se manifiesta esta crisis⁵⁶⁸.

"La plena fuerza obligatoria del pacto, en suma, sufre importantes restricciones derivadas de la tensión del diálogo jurídico entre fuertes y débiles, entre expertos y profanos".

⁵⁶⁶ **Luigi Ferrajoli**. Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización. Ob. Cit. Pag. 2.

⁵⁶⁷ **George Ripert** "La Democracia y el derecho civil moderno." Edit. Ediar. Pag. 15.Pags. 111 y 148.

⁵⁶⁸ **Zucherino Daniel**. Compraventa Comercial. Cap. V. Contratos Comerciales de **Daniel Vítolo**. Pag. 177 Ad Hoc 1993.

Ghersi Carlos. El fundamento económico de la contratación masiva seriada o por adhesión. J.A. 1989.III.793).

Gregorini Clucellas Eduardo. .Contratos de adhesión. La conveniencia de normas específicas. La Ley 26.10.93. pag. 4.

Lorenzetti Ricardo. Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240. La Ley 7.7.94.

Moglia Claps Guillermo. Los contratos con clausulas predispuetas. La ley 3.8.94.

Morello Augusto Mario. Evolución y actualidad del derecho de los contatos. La Ley 4.4.88.

Existen diferencias en el poder de negociación, en la capacidad de imponer o resistir. Priva una relación de autoridad, de verticalidad, que ha dejado de lado la igualdad u horizontalidad del contrato clásico.

Este fenómeno por el cual se ha operado la transformación del instrumento contractual en la realidad económica, venía siendo advertido aún antes de la etapa hipercapitalista.

La globalización ha agudizado conceptos que ya habían sido observados por la doctrina más lúcida:

"El contrato ha cambiado de fisonomía al perder sus rasgos esenciales. Ni es, por esencia un acuerdo de voluntades, ni tiene fuerza de ley entre las partes"⁵⁶⁹.

El Derecho asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones", que debe atender como corresponde a la distinción entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales.

En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada".⁵⁷⁰

Internalizada la puja que genera la tensión entre la libertad negocial que exige el mercado y la justicia contractual., se pretende restablecer la verticalidad del fiel de la balanza de la Justicia cuando confrontan fuertes y débiles, porque "éstos (los más débiles) presionados por la necesidad, están obligados a querer lo que los más fuertes son libres de imponerles"

"El problema actual no reside en construir una esfera de autonomía de voluntad contrapuesta a la del estado, el problema es distinto:

Ante nosotros no tenemos la poderosa soberanía de Estado sino la alianza planetaria entre técnica y empresa, ante cuya presencia de nada sirve defender la voluntad del particular.

Tanto las normas derivadas de la autonomía privada como las regulaciones intervencionistas tienen efectos económicos distributivos. En la norma contractual se advierten disposiciones que trasladan los riesgos de una parte a la otra o bien a terceros. En la norma de orden público se visualiza una dirección de la economía o a la protección de determinados sectores, todo lo cual importa traslación de efectos económicos.

El derecho civil exhibe una progresiva referenciabilidad pública. Sus instituciones se vinculan progresivamente con el derecho público en un mundo económico y jurídico cada vez más interrelacionado".⁵⁷¹

La distinción entre débiles y fuertes, y la protección de los débiles, sea por razones económicas, sea por sus carencias o limitaciones personales resulta, en suma, una aplicación de la ética de la solidaridad.

⁵⁶⁹ **Marco Aurelio Risolía**. Soberanía y Crisis del Contrato. 1946.

⁵⁷⁰ **Atilio Aníbal Alterini**. Bases para armar la Teoría general del Contrato en el Derecho Moderno. Publicado en Revista La Ley, tº 1998-B, pág. 1172

⁵⁷¹ **Lorenzetti Ricardo Luis**. Las Normas Fundamentales de Derecho Privado. Rubinzal Culzoni. 1995. Pag. 468.

"El principio del favor debitoris cuya interpretación moderna lo remitió a la tutela del contratante débil.

El abuso de derecho, la lesión, la ley de protección del consumidor, los límites a la autonomía de la voluntad, la generalización del principio de buena fe, la teoría de la imprevisión, las leyes sobre concurrencia y posición dominante, las teorías y normas inherentes a los contratos de adhesión y a las cláusulas predispuestas, la objetivación de los principios de responsabilidad, las de transparencia y tutela del inversor, la protección de la intimidad y de los datos personales en la llamada sociedad de la información y la preservación y la sustentabilidad del medio ambiente entre otras⁵⁷² conforman todavía formas anárquicas pero confluyentes en receptar la crisis del contrato y la necesidad de sistematizar todas las formas de la desigualdad en la contratación atendiendo a los principios del orden público económico y social.

"La libertad no es garantía de la igualdad, y la desigualdad en el contrato es el origen de la tiranía contractual"⁵⁷³.

En ese plano se ha producido el desarrollo del derecho de los usuarios y consumidores, que valioso y vigente en la actualidad será superado por la protección genérica al contratante débil en una sistemática contractual superadora. La que entiende la necesidad de proteger a la parte débil de la relación contractual, independientemente de si se trata de un consumidor propiamente dicho o de un productor, de una persona individual o de una persona jurídica, sea acreedor o sea deudor.

A partir del principio constitucional de igualdad, la relación contractual entre desiguales en la realidad socio económica, reclama un tratamiento normativo discriminatorio que restablezca el equilibrio perturbado.

Exige discriminación inversa para asegurar la igualdad real ante el contrato y ante la ley.

La multiplicación anárquica de microsistemas tutelares responde a crecientes necesidades de la realidad socio económica, interpretada por el derecho y necesariamente va a desembocar en una sistemática asentada en el orden público económico social que proporcione las normas generales enderezadas a regular la contratación entre desiguales.

"Existe un discurso que aprehende, mas allá de una igualdad formal, las diferencias en orden al poder de negociación, que traduce una mayor aptitud de la parte fuerte en la negociación, para imponer sus criterios a la parte débil; y de allí la posibilidad de concluir un contrato injusto.

Es este un discurso que se hace cargo de las circunstancias económicas"⁵⁷⁴.

"Actualmente, en vez de focalizar al deudor, se toma en cuenta al contratante, y se privilegia la situación de quien, en la relación jurídica, adolece

⁵⁷² **Alegría Hector**. Humanismo y derecho de los Negocios. Pag. 4.

⁵⁷³ Gutierrez Camacho W, "Economía de mercado y contratación", en De la Puente y Lavalle y, Contrato y mercado, Lima, 2000, p. 154.

⁵⁷⁴ **Mosset Iturraspe y Lorenzetti R.L** "Derecho Monetario". Interpretación económica En el Derecho de los Contratos. (pag.33):

de debilidad", pues "se trata de la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o un acreedor".⁵⁷⁵

Frente esta realidad la pretensión de conservar a la institución contractual inalterada y a ultranza constituye una ficción inadmisibles.

El derecho contractual que es imprescindible en una sociedad capitalista debe transformarse para adecuarse a las profundas modificaciones que se produjeron en el medio socioeconómico. Inexorablemente debe en su desarrollo asumir la preeminencia normativa y axiológicas de los derechos humanos y económico sociales.

El derecho positivo y la constitución nacional han expresado en diversas etapas expresamente limitaciones al derecho de propiedad y a la autonomía contractual, (C.N. arts. 14 bis, 15, 41, 42, 75 inc. 17, 23, Cod. Civ. Arts. 21, 953/4, 1071 2do. Párrafo, etc.)

Específicamente en relación al instituto contractual la reforma del 94 introdujo en el art 42 un texto operativo y axiológico fundacional en la materia:

"Las restricciones acerca del contenido y modo de los contratos son más intensas si el convenio se celebra en condiciones de desigualdad entre los contratantes o en situación de monopolio natural o legal de la actividad o prestación del servicio acerca del cual se contrata (art. 42).

En situaciones de emergencia la SCJN también ha iniciado un camino que atendiendo a la realidad no tiene retorno y en un primer paso en "Ercolano" la SCJN admitió la afectación de los contratos ya celebrados por razones de emergencia y sostuvo que existía un razonable vínculo entre los medios elegidos y el fin perseguido.

En "Peralta" volvió sobre el tema y lo profundizó admitiendo que había proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas además de la inexistencia de otros medios adecuados⁵⁷⁶.

Los tribunales cotidianamente invocan el orden público para morigerar intereses u otras cláusulas contractuales incluso de oficio.

La legislación, el texto constituyente y la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han limitado la autonomía de la voluntad defendiendo el derecho de consumidores, usuarios de tarjeta de crédito, usuarios de servicios públicos, deudores⁵⁷⁷, usuarios de servicios bancarios, etc. haciéndose eco de necesidades particularizadas de la realidad económico social, pero es indudable que el futuro del régimen contractual deberá hacer mérito de los desequilibrios generalizados en el mercado:

Deberá tener en cuenta la realidad emergente de la economía globalizada hiper capitalista donde la aptitud socio económica de imponer y

575 Alterini AA. López Cabana R.M. "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", DJ, 1989-I-1 y 6; X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

576 Citas de Maria Angelica Gelli. Ob. Cit. pag. 91. Ercolano c. Lantierra de Rensaw. Fallos 136.164 (1922). Peralta Luis A. Y O c. Estado Nacional. M.E. BCRA s. Amparo s. (1990). La Ley 1991 - C 158.

577 "Actualmente, en vez de focalizar al 'deudor', se toma en cuenta al 'contratante', y se privilegia la situación de quien, en la relación jurídica, adolece de debilidad", pues "se trata de la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o un acreedor"

Alterini Atilio - López Cabana R. M., "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", DJ, 1989-I-1 y 6; X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

predisponer los términos de la contratación es la regla y el contrato celebrado con discernimiento, intención y libertad, la excepción.

Obviamente que a partir del afianzamiento del orden público y social y del contacto de la visión jurídica con la realidad económica y social, el instituto contractual seguirá evolucionando y transformándose para afirmar la libertad real, a partir de normas de protección por encima de la libertad formal.

Para afrontar esta necesaria transformación es un imprescindible punto de partida constatar como se desenvuelve el instituto contractual en la realidad emergente de la globalización.

"La primera decisión es determinar cual es la regla general y cual el modelo de excepción:

Entendemos que el principio general es el contrato de adhesión predispuesto, que se ha impuesto en los diversos países. Decir hoy que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es una utopía jurídica y un desconocimiento de la realidad.

El contrato se perfecciona a partir de las condiciones generales que resultan del marco económico vigente al momento de la celebración. El asentimiento prestado por el adherente no enerva la facultad de solicitar la revisión, si se hubieran violado derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

El asentimiento condiciona la validez y eficacia del mismo al respecto de los derechos fundamentales del contratante débil"⁵⁷⁸.

Es imprescindible el desarrollo de una institución contractual que proporcione tratamiento diverso al contrato clásico celebrado por iguales, y a la relación de naturaleza contractual en la que una de las partes determina, predispone o condiciona las condiciones y los términos de contratación.

Esta diferenciada categoría contractual no puede sostenerse en la hipótesis del libre acuerdo de voluntades y requiere simultáneamente de justificaciones axiológicas y de una regulación profundamente enraizada en la necesidad que tiene la realidad socio económica de preservar las "relaciones contractuales" en tanto no vulneren derechos humanos y derechos socio económicos, ni al orden público socio económico.

El derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia han acumulado en la construcción del derecho de los consumidores, en la regulación del derecho laboral, de la competencia, de mujeres y menores, de ancianos y de comunidades indígenas, y en los institutos reguladores del abuso de derecho, del ejercicio regular de los derechos y de la lesión, un muy valioso caudal de parámetros y criterios fincados en la realidad como para desarrollar una sistemática que englobe a todas estas situaciones y establezca los recaudos mínimos inderogables para toda contratación entre desiguales o cuando la relación contractual pone en tela de juicios derechos humanos⁵⁷⁹, sociales, económicos o culturales, en el derecho interno y en el derecho internacional.

⁵⁷⁸ Ghersi Carlos A La estructura contractual posmoderna o posfordista..La Ley 10.6.93.

⁵⁷⁹ Citas de Christian Courtis.

Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. La modificación de

Christian Courtis asume que transitamos un proceso de desmercantilización del derecho que nos lleva del derecho individualista clásico al derecho social entendido como un modelo que no sustituye al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último.

Se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del derecho privado clásico y en la intervención de la ley y el estado en áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etcétera.

De hecho las reformas constitucionales del último cuarto de siglo estuvieron enderezadas en este sentido, hoy la realidad socio económica requiere de su sistematización y plena aplicación.

los criterios de asignación de responsabilidad civil: la generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independiente de factores subjetivos. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente.