

LA DEFENSA DEL DERECHO PRIVADO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Ricardo Zeledón Zeledón¹

1. El civil como Derecho de los procesos económicos. La dimensión del desarrollo económico en la Sociedad: paso de una economía de subsistencia a una de mercado, y variación de los conceptos. El aislamiento del Código del proceso económico.

El Derecho privado desde las primeras sistematizaciones conceptuales, los primeros instrumentos normativos e incluso en la nueva normalidad aún no normativizado, se vincula en forma estricta y compacta con los nuevos órdenes impuestos por la economía. El Derecho privado, entonces, debe ser una disciplina en permanente transformación, si es que realmente quiere ser ese instrumento.

Esta perspectiva se pierde cuando se mantiene atado a cuerpos jurídicos divorciados de los nuevos órdenes, vinculándose con uno ya superado por el momento histórico o por las nuevas exigencias donde deja de ser la disciplina por excelencia de los procesos económicos para convertirse en una normativa neutra, o cuando no negadora de los nuevos rumbos. Tal es el caso de los códigos civiles de inspiración napoleónica cuyo papel fue el de instaurar un sistema económico liberal, precapitalista, superado con el transcurso de los años, no resulta idóneo para un nuevo orden económico.

La dimensión alcanzada por el fenómeno del desarrollo económico de la nueva Sociedad, jamás estático, en permanente cambio y evolución genera necesariamente la aparición de nuevas y emergentes formas de interacción y colaboración entre privados provenientes de diferentes sectores del proceso productivo. Relaciones económicas vinculadas, desde el momento mismo de la producción, se proyectan a otros sectores

¹ Profesor y Catedrático de Derecho agrario, Teoría General del Derecho agrario, y Principios de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica. Presidente del Comité Americano de Derecho Agrario. Presidente Emérito de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Académico Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Magistrado de la Corte Internacional de Conciliación y Arbitraje Ambiental. Miembro, y ex Presidente, de la Academia Costarricense de Derecho. Catedrático y ex Director del Postgrado en Derecho agrario y ambiental de la Universidad de Costa Rica. Presidente de la Asociación Costarricense de Cultores del Derecho Agrario

productivos, tal es el caso de la transformación o industrialización, alcanzando su máximo grado con la comercialización o puesta en el mercado de los productos, temas absolutamente diferentes del *tener* o del *gozar* de la *propiedad* del clásico derecho civil.

Los privados asumen roles distintos en las diferentes partes de la gran cadena creada por el proceso, con relaciones jurídicas de la más diversa índole: sea como productor, como industrializador, como comercializador, o consumidor, y aparte de todas las relaciones que unen a un sector con otro, también ellos tienen múltiples relaciones con terceras personas, empresas e instituciones para encontrar financiamiento a través de los contratos de crédito, evitar los riesgos por medio de los contratos de seguro, o aún más complejas cuando sus bienes han de colocarse en mercados internacionales por medio de infinidad de medidas y requisitos que anteceden la compraventa internacional, viéndose afectados por convenciones internacionales, no solo ordenamientos jurídicos, de los mercados preludio a los problemas de los privados.

La Sociedad actual ha conocido un desarrollo económico, diametralmente, opuesto al de las épocas de la promulgación de los Códigos civiles clásicos. Hoy se ha superado la economía de subsistencia y se estructura una economía de mercado. La producción se realiza en masa, para un consumidor más refinado, debiendo satisfacer normas nacionales e internacionales fito y zoonosanitarias, trazabilidad, higiene, excelencia, y presentación pues la competencia obliga, necesariamente, a recurrir a los avances tecnológicos para el mejoramiento de los productos, así como a técnicas más versátiles y ágiles para llevarlos en mejor forma al mercado.

Dentro de la nueva economía las conceptualizaciones jurídicas muchas veces resultan anticuadas, pues dentro del mercado uno y otro calificaban en forma distinta las mismas figuras. Para la economía, la familia deja de ser la sociedad natural fundada en el matrimonio, más bien adquiere el carácter de unidad de consumo, el contrato deja de ser el acuerdo de voluntades entre partes para constituirse en el momento del proceso productivo donde se realiza la transformación del producto en términos monetarios, siendo en última instancia el contrato el resultado de reacciones psicológicas, en las cuáles la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo y en gran parte fruto de la propaganda, e incluso la venta y el trabajo dejan de ser institutos del Derecho para ser vistos como forma de garantizar la regularidad del flujo monetario. Este problema se hace más evidente en cuanto el Código civil deja de ser un adecuado instrumento para satisfacer las necesidades de la eficacia económica.

No es de extrañar, como se ha afirmado muchas veces, la pérdida de credibilidad sufrida por el civilista clásico dentro del proceso económico, quien ha sido aislado incluso en la redacción y proyección de las Leyes. Los operadores de la economía durante un largo período, del cual aún no queda clara la independencia han asumido para sí incluso la interpretación jurídica de los fenómenos económicos, y resignado o acomplejado el técnico del Derecho ha aceptado apartar de sí ese campo vedado.

El aislamiento del Código Civil actual del proceso económico es tal, que solo existen dos posibilidades para encontrar una cierta relación entre el proceso productivo y el Derecho Civil.

La primera, con la cual incluso los civilistas no se encuentran de acuerdo, es la seguida con mayor simplicidad por parte del legislador, recurriendo a la legislación especial (por su medio se han dictado normas de la más diversa índole cuya suma puede superar en quince o veinte veces las del mismo Código Civil), abarcando todo un universo de relaciones: en unos casos impuestas por el sector más poderoso dentro de la economía, existen casos donde la normativa ha sido el producto de un acuerdo entre los diferentes sectores, y se han dictado aún cuando no son las más leyes impuestas por el Estado al sector productivo para orientar, planificar o intervenir importantes áreas del sistema económico.

La segunda posibilidad, apetecida por muchos en especial por los clásicos y aquellos más poderosos se orienta a negarle autoridad al Derecho para actuar dentro del proceso económico, pues éste es tan dinámico y ajustado a reglas económicas dadas de oferta y demanda que lo adecuado es dejar a los privados fijar sus intereses y necesidades dentro del mercado, sin regulación de ninguna especie.

Sin negar en lo más mínimo la importancia del Derecho dentro del proceso económico, no deja de sorprender algunos argumentos esbozados por quienes se niegan a una intervención civilista en el proceso productivo. En efecto, mientras en la moderna economía se plantea el tema de la empresa los civilistas continúan ubicando, en el centro del sistema, a la propiedad: la primera es dinámica, la segunda es estática. Mientras en el Derecho civil la venta de cosa ajena es nula, o prohibida, en la nueva economía como lo incorporó el Derecho Comercial es la regla, pues para los civilistas interesa la titularidad, no necesariamente la actividad. A pesar de seguir nuestro ordenamiento jurídico el sistema del *nudo consensu*, para la adquisición de derechos reales sobre bienes muebles se requiere la tradición sea esta real, o fingida con el *constituto posesorio* o la *traditio brevi manus* que significa un contrasentido que impide la libre comercialización de los bienes, principio cardinal del nuevo orden. Siendo indiscutible el fenómeno de la comercialización del derecho civil, se encuentran en forma aislada las obligaciones del Código Civil y las del Código de comercio como si no hubiere sucedido absolutamente nada y, además, se encuentran también aislados, son tratados académica y científicamente sin vinculación, los contratos civiles y los comerciales, además de haber dejado fuera de su estudio un conjunto contractual y obligacional importante nacidos con el nuevo orden como si ellos no existieren. Parece, por ello, en cierta forma atinada las críticas planteadas contra el civilista dentro del nuevo orden económico, pues su indiferencia al mismo, escudándose en fórmulas jurídicas superadas, necesariamente debe apartarle del proceso.

2. El orden económico y la evolución del Derecho civil. De la sistematización de Domat al Code Napoléon. La nueva evolución hacia el concepto de Derecho Común. La privatización del poder económico público; coincidencia con el Estado de Derecho y problemas con el Estado Democrático.

Las particularidades del Código Civil fundado en un proceso económico tienen profundas raíces, e interesantes proyecciones sobre las cuales puede percibirse la evolución

del Derecho Civil, además de permitir fundar una adecuada respuesta para asentar un nuevo sistema normativo.

Pueden ubicarse diferentes momentos en relación con el tema. Antes de la codificación, en el período monárquico, podría ser uno de ellos u otro durante la vigencia y esplendor del movimiento nacido con el *Code Napoléon*, e, incluso, uno último una vez superadas las particularidades del Estado Liberal y entrada en escena de nuevas realidades económicas y sociales.

El planteamiento monárquico previo a la revolución francesa constituía una centralización administrativa con aparatos burocráticos periféricos ejercida por un ejecutivo central y una jurisdicción feudal noble. En el campo del Derecho existía el principio de la estatización de las fuentes de producción jurídica sin que en ellas entrara la normativa privada. Con el *Code Napoléon* llega a ser derecho del Estado del civil, independizándose del criterio que lo sustraja del arbitrio del soberano y, a su vez, le calificaba como *derecho de razón* o *derecho natural*.

La declaración de la autonomía de la Sociedad Civil del Estado, la separación de la economía de la política, constituyó el gran plan revolucionario de la cultura burguesa. Al Estado aceptado como máquina que mantiene el orden social, económico, religioso, la cultura burguesa había contrapuesto la Sociedad Civil, que es *sociedad natural* en el lenguaje de los iusnaturalistas, pensada como una sociedad dirigida por sus propias leyes: que son leyes *naturales* o *de razón*, inviolables por parte del Estado. La descomposición entre Sociedad Civil y Estado permitía sentar las bases para una descomposición en el ámbito del Derecho, fundado en los conceptos romanistas, entre el *ius privatum* y el *ius publicum*, el primero regulaba la Sociedad Civil, el segundo el Estado.

La distinción entre público y privado no tuvo importancia en el Derecho intermedio. Muere en Roma y toma vitalidad con la revolución francesa hasta nuestros días. El público o Derecho del Estado es *derecho arbitrario* impuesto por el Príncipe *ratione imperii*, el privado es *de razón* o *natural* vigente *imperio rationis*. Esta sistematización la planteó **Jean Domat** casi en los albores del Siglo XVII, en su obra *Lois civiles* y tuvo gran éxito desde el punto de vista de la sistemática, confirmándose en la experiencia histórica pues hasta 1789 con la revolución en Francia las ordenanzas del Rey jamás involucraron el Derecho de los privados. Con la llegada al poder de la burguesía se cancela la inmunidad de la Sociedad Civil del Derecho del Estado, declarándose superada la sistematización jurídica de **Domat**.

La burguesía descubre ahora como clase dominante que la ley puede ser un formidable instrumento de política económica y, en esta forma, va a ser directamente la burguesía quien requiere la intervención del Estado para regular las relaciones sociales. Por ello la codificación va a constituir uno de los primeros objetivos del programa de las fuerzas revolucionarias.

El *Code Napoléon* es el Código de una burguesía aún convencida de la existencia de leyes económicas universales y necesarias, confiando en la *natural* operatividad en su favor. A la ley del Estado la burguesía solo exige que respete el *estado de naturaleza* violado, y que supere todo obstáculo para impedir el curso *natural* de las leyes económicas.

Planteaba el *laissez faire laissez passer* como instrumento para poder tomar los medios idóneos necesarios para la concentración y la utilización de los capitales. Como el derecho anterior no le bastaba debía crear su propio derecho.

Con su propio Derecho la burguesía no tenía absolutamente nada que temer del Estado. Sus problemas comenzaron cuando el sufragio no fue su derecho exclusivo, dejando de ser un Estado mono clasista, el de la dictadura de la burguesía, pues a partir de aquí muchas reglas comenzaron a variar, y los temores hacia el Estado crecieron: no era ya su Estado, y comenzaba a tener características similares a aquél monárquico del Derecho intermedio que podía afectar su política económica.

En el período de dominación liberal se ensayaron muchas fórmulas para distinguir entre Derecho público y privado. La doctrina alemana fundaba la distinción en la diferente naturaleza de los sujetos: privado cuando fueren relaciones entre privados, público si participaba el Estado. Los romanistas según la naturaleza de los intereses en juego: privado si mediaban intereses particulares, público si referidos a la entera comunidad estatal. Como en la sistemática de **Domat** se contraponía Sociedad Civil al Estado aparato. Eran criterios estrictamente formales, pues la separación entre uno y otro es irreductible, como lo es hoy separar el Estado de la Sociedad, además que las fronteras entre ambos son históricamente cambiantes pues la tendencia se orienta hacia la progresiva expansión del público a costa del privado.

Pero todas estas concepciones estaban llamadas a cambiar radicalmente, pues correspondían a la fase liberal del desarrollo de la economía capitalista, caracterizada por una abstención por parte del Estado en intervenir directamente en la economía, o bien de intervenir al menos en forma esporádica.

El Derecho civil abarcaba las relaciones entre los privados, relaciones referidas a la producción donde el Estado por definición económica e ideológica no podía vincularse y en consecuencia le era absolutamente extraño.

La variación de estas concepciones comienza a desquebrajarse cuando la economía capitalista asume el carácter de economía mixta. Esto es, asume el carácter de pública como original y siempre la había ostentado pero también de carácter privado pues comenzaba a intervenir en la economía. Este nuevo fenómeno, no conocido hasta entonces, de la intervención del Estado en la economía afecta notablemente la distinción sistemática entre derecho privado y sujeto privado, entre derecho privado e interés particular. Ninguna importancia va a tener la calificación de sujeto público si éste interviene en el proceso económico, pues al mismo en vez de aplicársele el Derecho público deberá aplicarse el privado.

A diferencia del fenómeno de la publicización operado en el Derecho civil en cuantos derechos otrora disponibles comienzan a ser indisponibles, pues normas de derecho privado estrictamente comienzan a tener influencia pública y en el campo de la economía se contradice completamente la imagen. Ya el Estado no publiciza todo lo que toca. Por el contrario se entra en una nueva etapa y es la de la privatización del Estado, en cuanto al mismo deberán desaplicarse las normas de carácter público para ser sujeto a aquellas estrictamente de Derecho privado.

Estas particularidades obligan necesariamente a ensayar otra sistemática pues la existente no resulta satisfactoria. El criterio de distinción se tiende a sustituir por uno unitario referido a las materias a regular. Será Derecho privado el referido a las relaciones económicas, independientemente de la naturaleza de los intereses en juego, particulares o generales o de la naturaleza privada o pública del sujeto agente. Esto significa, aparentemente, un regreso a la concepción de Derecho común.

Todas estas particularidades del nuevo orden económico ofrecen la posibilidad de meditar profundamente, ya no solo en la distinción entre privado y público sino, sobre todo, en los elementos necesarios para introducir en una nueva normativa sobre el tema, en cuanto se han superado las reglas económicas de carácter liberal con que ha convivido el Código, y se debe tener una respuesta a la privatización del poder económico público, básicamente como salvaguarda, de la democracia política cuyo equilibrio ha comenzado a variar.

La construcción del Estado de Derecho, por parte de la burguesía, se orienta a darle preeminencia a los privados, su libertad y, sobre todo a su condición económica, con preeminencia o sobre el Estado, su autoridad y el ejercicio de la política. Prevalece el privado sobre el Estado, la libertad sobre la autoridad y la economía sobre la política. La protección del privado de la administración pública se da no por su condición de ciudadano, sino de operador económico. La concepción estructurada casi paralelamente en cuanto al Estado, es que éste constituye un ente que no crea, sino que destruye, la riqueza, que no valoriza, sino que desvaloriza, el capital.

Con el capitalismo el Estado no rompe, sino que desarrolla, el principio del Estado de Derecho. El mismo pretende crear riqueza y valorar el capital, introduciéndose directamente en el proceso productivo, procediendo a privatizar el poder económico público. Se convierte en el Estado empresario, se vincula con los empresarios en relaciones de Derecho privado, como si fuera también privado.

El problema no radica en que con su accionar contradice el Estado de Derecho y sus principios, lo que contradice son otros principios del Estado moderno. En primer lugar contradice los principios del Estado democrático en cuanto resta posibilidades reales a las instituciones democráticas para funcionar normalmente, a instituciones de democracia representativa como el Parlamento, al sustraer de él la posibilidad de control en la dirección de la actividad económica a través del Ejecutivo; igualmente afecta el Estado democrático en cuanto se invierten fondos públicos en actividades privadas no siempre eficazmente productivas en detrimento de funciones estrictamente estatales, por ejemplo de carácter social.

Por otra parte, la estatización de los medios de producción no necesariamente implica socialización de los medios productivos, o socialización del poder económico, pues encontrándose vinculado el Estado a un proceso económico privado lo único que busca es garantizarse un resultado vinculado para la ganancia fundado en criterios de economicidad y, por lo general, desvinculado con la distribución entre los consorciados de los beneficios. Desde esta óptica un Código civil para un nuevo orden económico debe tomar en consideración todas estas vicisitudes como única forma de intentar plasmar una respuesta hacia las particularidades que ofrece el fenómeno, sobre todo pudiendo percibir el grado

evolutivo sufrido por el Derecho civil en materia económica y la necesidad de proyectar el Código hacia el nuevo proceso, para reiterar las bases de un esquema superado.

3. La dimensión de la libertad económica de iniciativa privada: como libertad en sentido formal y en sentido material. Posibilidades de institucionarla en un Código civil. Programación y planificación. Los controles sobre las actividades económicas.

Dentro de esta problemática no puede dejarse de lado la discusión en torno a las dimensiones alcanzadas, dentro de los nuevos procesos, por la **libertad económica de iniciativa privada**. Aún cuando pudiere referirse a las diferentes libertades otorgadas constitucionalmente dentro del ámbito privado, como serían la libertad de contratación, la libertad de comercio y la libertad de empresa, o bien plantear la existencia del orden público económico basado en la propiedad, el comercio y la empresa, resulta, quizá mejor plantear el tema desde la óptica de la libertad económica de iniciativa privada en sentido amplio, como lo refieren ordenamientos jurídicos más avanzados que el nuestro.

La iniciativa económica privada sólo cobra vida en un sistema fundado en la libertad, en la posible privatización de los medios de producción, y en la organización privada de los procesos productivos. Sus elementos suelen definir el gobierno de la economía, al desarrollarse deben realizarlo conforme a la utilidad social, sin causar daño a la seguridad, la libertad o la dignidad humana, dentro de programas y controles idóneos para dirigir y coordinar la actividad económica a los fines sociales.

La libertad económica de iniciativa privada es concebida por los constitucionalistas junto con las otras libertades como parte de la libertad humana, como uno de los modos dignos de tutela, por medio de los cuales el ser humano desarrolla su personalidad.

Naturalmente como toda libertad, la de iniciativa económica encuentra sus límites en el paralelo reconocimiento de otras libertades. No puede estar en contraste, sino debe coordinarse, con otras libertades políticas (y sindicales) vinculadas con la libertad del empresario dentro del proceso productivo. En otras palabras, ella no se basta a sí misma, debe encontrarse en armonía con todas las demás para garantizar en forma amplia la libertad.

Sostener su autonomía significaría afirmar, equivocadamente, su existencia como libertad en sentido formal, pero concebirla dentro del complejo marco de las otras libertades, en relación y en función de los demás individuos y sujetos de derecho sería darle una dimensión de libertad en sentido material.

Aún cuando la libertad económica de iniciativa privada ha encontrado asiento institucional dentro del ámbito de la Constitución y de su correspondiente Derecho, convendría plantearla en la forma más amplia dentro de un Código civil. Esto es, darle una definición clara en los planos de las obligaciones, sobre todo en cuanto al debido cumplimiento de los adecuados controles sobre las actividades económicas para que éstas satisfagan no solo principios de orden privado y público sino también de utilidad social y de fines sociales en el ejercicio y control de la autonomía privada, como también en el

plano de los contratos permitiendo el ingreso de nuevas formas contractuales unos nacidos al calor del proceso económico: como exigencia suya, y otros cuya importancia requiere positivarlos pues la iniciativa económica privada ha generado fórmulas **atípicas** cuyo ingreso en el orden jurídico constituye una necesidad insoslayable y, en la misma forma, en el ámbito de los derechos reales donde ellos deben encontrarse en coincidencia con fórmulas empresariales más avanzadas, dando la posibilidad, a manera de ejemplo, de permitir el ingreso de institutos como aquél denominado por el Derecho italiano *azienda*, o por los franceses *exploitation* también conocido desde el Derecho romano como *instrumenta fundi*, y que constituye el conjunto de bienes organizados por el empresario para ejercer su actividad. La positivización de normas de esta naturaleza cuyos ejemplos anteriores no agotan las posibilidades podría permitir un Código más ajustado a la realidad económica.

Uno de los temas sobre los cuales el tratamiento de la libertad de iniciativa económica privada no quedaría completo es el de la programación y la planificación.

Para los liberales este es un argumento muy complejo. Lo ven como el instrumento último para colmar la fractura entre Estado y Sociedad Civil, entre Estado y Economía. Son vistos como demonios por exorcizar para salvar la historia y las absolutas libertades del individuo. Una concepción más actual calificaría a la programación y a la planificación como instrumentos para superar la anarquía y el desorden de la producción. Interpretado como se quiera es un fenómeno que afecta necesariamente los principios de la autonomía de la voluntad. En unos casos el Estado determina áreas o grandes zonas donde solo se pueden producir un tipo determinado de producto, ofrece posibilidades financieras o actividades específicas, prohíbe la producción en ciertas condiciones, y en general fija normas generales de acatamiento obligatorio para orientar, dirigir o conducir la producción. Por su medio necesariamente se alteran los principios liberales, pues las libertades se encuentran no en función del individuo sino de la colectividad cuya definición la señala el Estado. Sea como fuera éste es un fenómeno de nuestros tiempos cuyo análisis requiere desvincularse de criterios tradicionales de interpretación, y sobre el cual el jurista actual no le resulta extraño.

En igual forma, si por medio del Código para el nuevo orden económico se pretende incorporar el principio sobre bases sólidas que permitan fortalecer también el Estado democrático de Derecho, no deben excluirse los ya existentes y en vías de multiplicación controles sobre las actividades económicas. En un sentido amplio estos controles podrían ser incluso de carácter político como los analiza también la doctrina, sin embargo en el plano jurídico se vinculan con los controles impuestos, tanto por el Derecho privado como por el Derecho público tendrán su incidencia sobre el principio de la autonomía privada y sobre la libertad contractual, con especial énfasis en el ejercicio de la empresa, tanto en los actos como en la actividad. Esta relación entre control y autonomía privada nace, precisamente, porque entre ambas existe una íntima contradicción de fondo. La autonomía privada se afirma como concepto antitético del control. Pero también existen controles referidos a que la libertad de iniciativa económica privada no puede, y no debe, reñir con la utilidad social y con los fines sociales, así la autonomía privada podrá existir solo en la medida que lo haga en consonancia con éstos, y en esta forma el control viene a adquirir el significado descriptivo de la posibilidad y la necesidad de un juicio sobre la oportunidad o la conveniencia de escogencias económicas cumplidas por la empresa caso típico es el

accionar de la gran empresa para la cual este principio funciona siempre que se manifieste acorde con los intereses de sus trabajadores, de los consumidores y del público en general; de esto puede generarse el control social sobre la empresa, y manifestarse luego, en forma más amplia referido al control público sobre la economía.

Aún cuando se tratare del pensamiento más defensor de esta libertad siempre hay límites absolutos en un Estado democrático de Derecho, cuyos valores se encuentran en grado superior a esta libertad. Uno de esos casos es el de la exploración o explotación de los recursos naturales. Porque estos pertenecen al Estado y tienen un sentido de protección especial, muy sentidos por la Sociedad Civil. En siglos anteriores era normal la llegada de empresas extranjeras interesadas en solicitar concesiones de este tipo, ofreciendo como contraprestación el uso de mano de obra y el pago de impuestos. Hoy la posición es totalmente diferente. La posición de las instituciones públicas encargadas de la protección del ambiente, aún cuando el Poder Ejecutivo pueda estar de acuerdo, tienen un contrapeso negativo en la Sociedad Civil por la destrucción de los recursos naturales, limitando el principio económico de la iniciativa privada desde la concesión misma de exploración.

Los controles a la iniciativa económica privada crecen y se multiplican en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Con mayor incidencia en aquellos sistemas donde se requiere estructurar una coincidencia entre el libre mercado y los intereses de las mayorías, entre la empresa y los que contribuyen a su grandeza, entre el sistema económico y sus sujetos conformadores.

4. Más sobre la libertad económica de iniciativa privada. Transformación de la estructura y la función de los institutos del Derecho civil. La necesidad de integrar la empresa y la unificación de las obligaciones civiles y comerciales (e incluso de otras nacidas del nuevo orden económico) dentro del Derecho privado. El principio de la libre competencia.

El privatista contemporáneo viene adquiriendo conciencia en la práctica económica y social, y en la evolución teórica que de **la libertad económica de iniciativa privada** deriva la actividad de quien utiliza la riqueza para producir nueva riqueza. Esta libertad contempla varios aspectos. Por una parte, en beneficio de la Sociedad, a utilizar los bienes y los recursos humanos para generar la actividad productiva. Y por otra parte la libertad de los privados de determinar el dónde producir, cómo producir, cuándo producir y a qué actividad de producción se va a dedicar.

En el centro de la libertad de iniciativa privada económica se encuentra el empresario quien es el encargado de organizar los factores de la producción para ejercer la actividad productiva. Y es la empresa el instituto para instrumentalizar esta libertad.

Se sostiene siempre la dependencia de la libertad económica de iniciativa privada de una serie de garantías, constitucionales la mayoría de ellas, para poder cumplirse, el derecho a la propiedad privada, la libertad de la contratación de los medios de producción,

la libertad de contratación con los trabajadores, y la libertad de acceso al mercado para la colocación de los productos de la empresa.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, 14° edizione, Cedam, 2008, p. 501, señala: «L'iniziativa economica privata é libera », proclama l'art. 41 comma 1° della Costituzione. Il concetto di iniziativa economica identifica, nella sua più lata accezione, l'attività di chi utilizza la ricchezza per produrre nuova ricchezza. La libertà che l'art. 41 riconosce ai privati è, perciò, libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali e umane; è, in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, e libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre. È una libertà che presuppone il riconoscimento di altri diritti dei privati, alcuni dei quali costituzionalmente garantiti, come la proprietà privata (art. 42 comma 2°) anche dei mezzi di produzione (i « beni economici» di cui al primo comma); presuppone, più in generale, la libertà contrattuale, essendo il contratto, fondamentalmente, lo strumento mediante il quale l'imprenditore, da un lato, si procura la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato; e presuppone, in particolare, la legittimità della alienazione della forza lavoro, ossia dello scambio prestazioni di lavoro contro retribuzione (art. 36), cui consegue l'attribuzione del prodotto al privato imprenditore».

Pero la existencia de la libertad económica de iniciativa privada en modo alguno significa que el empresario sea propietario, ni del intercambio de bienes y servicios, porque esta libertad se vincula más al concepto de empresa o al de la iniciativa económica, porque es aquél que combina los factores de la producción para la creación de la riqueza, como organizador del proceso productivo, como activador del sistema económico. Por tal razón puede utilizar los factores de la producción, incluida la propiedad de otros mediante contratos, por tal razón el derecho de la propiedad y la libertad económica de iniciativa privada tiene un tratamiento diferente en la constitución, y no por casualidad históricamente ha existido, y existe, conflicto entre empresarios y propietarios.

Acto seguido indica GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, 14° edizione, Cedam, 2008, p. 501-502: “La libertà di iniziativa economica non è però riducibile alla somma di altre libertà e di altri diritti riconosciuti al cittadino; non si esaurisce nell'esercizio del diritto di proprietà e della libertà contrattuale; è, rispetto a questi, un qualcosa di più, che è dato dalla utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà e di altri diritti riconosciuti al cittadino; non si esaurisce nell' esercizio dello scambio di beni o di servizi. E quel di più che viene, tradizionalmente, espresso dal concetto di «impresa» o di «iniziativa» economica; che caratterizza l'imprenditore rispetto al mero proprietario degli strumenti di produzione, come colui che «combina» i fattori della produzione per la creazione di nuova ricchezza, come l'«organizzatore» del processo produttivo, come l'«attivatore» del sistema economico. Del resto, l'imprenditore può non essere proprietario dei mezzi di produzione: può utilizzare, a proprio rischio, l'altrui ricchezza. Di qui il separato riconoscimento costituzionale della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata, la quale è libertà, riconosciuta ai privati, di svolgere quella specifica funzione economica che è la cosiddetta funzione imprenditoriale; ed è la libertà dall'esercizio della quale trae la propria esistenza un definito ceto sociale, la cosiddetta classe imprenditoriale, le cui ragioni sono non solo storicamente ma, assai spesso, nell'esperienza attuale in conflitto con quelle della classe proprietaria”.

Esto ha comenzado a generar transformaciones, tanto en la estructura como en la función de casi todos los institutos básicos del Derecho privado, tanto en las obligaciones como en los contratos, y en otros órdenes jurídicos desde la concepción de la capacidad de actuar del sujeto hasta las más complejas provenientes de factores exógenos al mismo Derecho privado como podría ser la concepción del ambiente, el territorio, e incluso de la concepción del Estado de Derecho.

Ha saltado la tesis, muy sólida hace bastantes años y aún hoy sostenida por unos pocos de que el Derecho Privado ha de encargarse solo del conflicto de intereses entre sujetos iguales. Esto es un problema de poca importancia dentro del contexto general. Hoy también se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio de la actividad económica: primero porque son sujetos privados los artífices de la actividad, segundo porque las relaciones jurídicas nacidas de la actividad económica, proveniente del Código o de la legislación especial tienen una naturaleza estrictamente privada y, finalmente, porque aún cuando intervenga el Estado la materia privatiza la actividad económica del órgano público.

Sin entrar en mayores discusiones, la referencia a la actividad productiva en la reconstrucción de la base real y jurídica de las relaciones entre privados necesariamente obliga a enfrentar el problema en el Derecho privado desde una óptica diferente. Porque con la actividad del empresario, como en Derecho comercial, el acento se ha de poder sobre el *hacer* y no necesariamente sobre el *tener*, más sobre el *actuar*, que sobre el *gozar* y *disfrutar*.

Ello porque la empresa cobra un papel protagónico como otro de los institutos del Derecho privado, como ocurre en todos los demás ordenamientos jurídicos de avanzada, donde el sistema no se funda solo en la propiedad privada, sino también en una serie de libertades y derechos nuevos referidos a los privados.

En este orden de ideas no es ni siquiera necesario plantearse el problema, o interrogarse preliminarmente sobre su necesidad y oportunidad. Debe recordarse como el fenómeno de la empresa no es en sí mismo un instituto originariamente jurídico, es una realidad económica del cual los ordenamientos jurídicos han tomado acto. Y la teoría de la empresa se ha formulado a partir de elementos estrictamente económicos.

El planteamiento ya se ha iniciado en las diferentes disciplinas del Derecho privado en forma satisfactoria desde hace muchos años, y ha entrado en la Cultura como muchos otros institutos del Derecho.

El jurista deberá preguntarse si la sola introducción del concepto de empresa, así como la regulación completa del empresario, ha de bastar, o si, por el contrario, se requiere determinar lo que hace el empresario y sus criterios de operación, como forma de forjar un Código para el mañana vinculado a la realidad. El interrogante podría incluso sintetizarse referido a si ¿convendría seguir un criterio como el del Código Civil italiano de 1942? o ¿sería necesario concebir uno con una orientación diferente?

Algunos podrían apuntar, en torno al ingreso de la empresa, una manifestación más de la comercialización del Derecho privado, pero la empresa es más que el Derecho

comercial, pues en la empresa el comercial es tan solo una especie del genero empresarial, la cual tiene cabida para muchas otras disciplinas distintas a ella. La realidad es que la empresa, cada vez más, tiende a ser el punto de referencia más claro para la satisfacción de intereses y necesidades económicas, sociales, generales e individuales.

Siempre sobre el mismo punto constituye una urgencia nacional urgir la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, dándole una regulación, tratamiento e interpretación absolutamente homogéneos a las civiles y comerciales, pues no se justifica un trato distinto para unas y otras. Este es un tema insoslayable. La existencia de un conjunto obligacional de un cuerpo normativo civil, y otro en uno comercial, cuando ambos se aplican a relaciones entre privados constituye un verdadero contrasentido.

El problema resulta más complejo si se observa el nuevo orden económico. Porque el ámbito de las relaciones de obligación abarcan todos los días campos más amplios, como el del mismo Derecho público y convendría redimensionar los criterios tradicionales para hacer girar las obligaciones del comercio, de la industria, de la empresa, de los entes públicos, en fin del ejercicio de la actividad económica bajo un único sistema. Un criterio restringido y a una visión invertida del problema generaría mayor seguridad jurídica.

Tanto el tema de la empresa como el de la unificación de las obligaciones no son dos temas aislados, por el contrario, son dos caras de la misma moneda. La solución integral del problema debe necesariamente abarcarlos, partiendo del Derecho privado, para abarcar campos más amplios como los del Derecho económico y el Derecho público conforme a las nuevas orientaciones.

La tarea del codificador moderno que pretende dar respuesta general al problema sin pretender crear un Código totalizador, porque ese nunca ha de ser su objetivo debe comprender lo que hasta ahora ha venido haciendo la doctrina, la jurisprudencia e incluso la legislación especial. Primeramente se han aislado los institutos, tales como el empresario, la sociedad, la quiebra, y otros, así como las fattiespecies concretas, por ejemplo el contrato de seguro, el de comisión, o el de agencia, para luego, en segundo lugar, ir dividiendo cada vez la materia para ser conocida por diferentes disciplinas: Derecho comercial, Derecho industrial, Derecho de quiebras. Esto crea la impresión de la existencia cada vez más amplia de disciplinas no reconducibles a unidad dentro del derecho de los privados. He aquí donde tanto la empresa como la unificación de las obligaciones pueden prestar una gran servicio a un Código contemporáneo, pues ambos podrían ser vehículo para dar respuesta unitaria a los problemas mencionados y posiblemente a muchos otros surgidos por lo menos hasta que sea necesario otro replanteamiento de las nuevas realidades ofrecidas por la economía.

Pero la respuesta de un Código de derecho privado concebido y estructurado para un nuevo orden económico no puede, y no debe, partir única y exclusivamente de una visión económica del problema, debe estar también inspirado en principios de carácter humano. En el proceso económico, para nadie es un secreto, los institutos típicos del Derecho privado cambian profundamente y asumen nuevos perfiles como se ha dicho pero no puede aceptarse la existencia de esos cambios, si ellos demeritan los institutos básicos del Derecho y de la Sociedad Civil, con características no queridas o contrarias a la dignidad humana; por ejemplo la sociedad industrial, que produce en masa para un

mercado, se ha llevado hasta los campos para concebir uno o pocos de los miembros de la familia en demérito de los otros, generando en esta forma, a través de normas, la desintegración familiar.

Debe, sin la menor duda, tomarse acto de los fenómenos de la comercialización y la publicización del Derecho Privado, pero ellas deben ser interpretadas estructurándose sobre bases sólidas de carácter humano, sin permitir desnaturalizaciones aún cuando luego pueda irse concibiendo una separación entre el Derecho de los privado del Derecho de las empresas, como apunta una doctrina visionaria, pues el proceso económico y la intervención estatal no pueden, y no deben, socavar las bases de la Sociedad, debiendo concebirse el nuevo orden económico en forma coincidente con los intereses colectivos.

La **libertad económica de iniciativa privada** debe comprenderse dentro del **principio de la libre competencia**. Por su medio las empresas carecen de poder para manipular el precio dentro del mercado con el objeto de maximizar el bienestar, resultando una situación ideal de los mercados de bienes y servicios por los cuales la interacción entre oferta y demanda determina el precio. El mercado en competencia perfecta es aquél donde existe una cantidad ilimitada de compradores (demanda) y de vendedores (oferta), donde ningún comprador ni vendedor en forma individual puede influir en forma decisiva sobre el precio.

Sigue diciendo GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, 14^o edizione, Cedam, 2008, p. 503-504: “Della libertà di iniziativa economica possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata di imprenditori. È il principio della libera concorrenza: un principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e, al tempo stesso, si propone di giovare alla prosperità collettiva. Esso è, per la scienza economica classica, un cardine fondamentale del sistema economico: si confida che più imprenditore in concorrenza fra loro tenderanno, per procurarsi la preferenza dei consumatori, a migliorare la qualità dei prodotti e a ridurre i prezzi; e che essi tenderanno, per superarsi a vicenda, ad una sempre più intensa utilizzazione delle risorse naturali e umane, con l'effetto di accrescere sempre più la prosperità generale”.

5. ¿Qué papel puede jugar el Derecho Privado (o un Código civil) en las crisis de inflación o recesión? ¿Es un problema exclusivamente de mercados o de la soberanía económica de los países?

El sistema económico generalmente gira en torno a dos fenómenos altamente complejos, la inflación y la recesión. De ellos los códigos civiles no se ocupan porque parecen serle absolutamente extraños, cuando en realidad las soluciones jurídicas en el plano económico, especialmente por parte de la jurisprudencia, no pueden ser ajenas, o estar desligadas a ellas especialmente en tratándose de todos los problemas derivados de las obligaciones y del cumplimiento de los contratos.

Una explicación jurídica muy inocente radica en que el *Code Civil* fue promulgado antes de la revolución industrial, antes de la aparición del capitalismo, y del mismo modo todos los demás códigos de la época, incluido el de 1889, fueron aprobados

para una economía precapitalista. Fueron códigos para el *tener* no para *hacer*, para la *actividad*, códigos estáticos no dinámicos, cuyo corazón fue la propiedad no el contrato ni la empresa. Por tal razón conocieron los fenómenos de la decodificación y la desmembración a través de la legislación especial para dar cabida a nuevas disciplinas jurídicas más ajustadas a los nuevos fenómenos económicos. Así surgieron por razones económicas el Derecho comercial, el industrial, el derecho de familia, el agrario y el laboral (por su origen económico y social), que junto con toda esta normativa de la legislación especial y la misma *lex generalis* del Código civil, han permitido el surgimiento del Derecho privado. Porque el Código civil no era la única normativa referida a los privados, sino una parte, quizá la más pequeña.

En este sentido, quizá, pueda tener lógica la crítica de que el Código quedó reducido a la microeconomía y no a los grandes fenómenos para los cuales no fue pensado.

Por estas razones conviene ingresar en ambos conceptos económicos como para comprender qué alternativas se podrían formular en un periodo futuro, o cuál es la situación real de mismo código frente a estos fenómenos.

Para comenzar es importante recordar que en economía, la **inflación** es el aumento sostenido y generalizado del nivel de precios de bienes y servicios, medido frente a un poder adquisitivo. Se define también como la caída en el valor de mercado o del poder adquisitivo de una moneda en una economía en particular, lo que se diferencia de la devaluación, dado que esta última se refiere a la caída en el valor de la moneda de un país en relación con otra moneda cotizada en los mercados internacionales, como el dólar estadounidense, el euro o el yen.

De acuerdo a esta teoría neokeynesiana existen tres tipos de inflación conforme al "modelo del triángulo".

- La inflación en función a la demanda por incremento del PNB y una baja tasa de desempleo, o lo que denomina la "curva de Phillips".
- La inflación originada por el aumento en los costos, como podría ser el aumento en los precios del petróleo.
- Inflación generada por las mismas expectativas de inflación, lo cual genera un círculo vicioso. Esto es típico en países con alta inflación en donde los trabajadores pugnan por aumentos de salarios para contrarrestar los efectos inflacionarios, lo cual da pie al aumento en los precios por parte de los empresarios al consumidor, originando un círculo vicioso de inflación.

Cualquiera de estos tipos de inflación podrían operar en forma combinada para originar la inflación de un país. Sin embargo, las dos primeras mantenidas por un período sustancial de tiempo dan origen a la tercera. En otras palabras una inflación persistente originada por elementos monetarios o de costos da lugar a una inflación de expectativas.

De estas tres, la tercera es la más dañina y difícil de controlar, pues se traduce en una mente colectiva que acepta a la inflación como elemento natural de la economía del país. En este tipo de inflación entra en juego otro elemento, la especulación

producida por el empresario o el oferente de bienes y servicios al incrementar sus precios anticipadamente a una pérdida de valor de la moneda en un futuro o aprovecha el fenómeno de la inflación para aumentar sus ganancias desmesuradamente.

El otro fenómeno de la economía es la **recesión**. Se entiende por tal el periodo de tiempo de caída de la actividad económica de un país o región, medida a través de la baja del producto interior bruto real. Si el periodo prolongado es de al menos dos semestres consecutivos se considera un tiempo suficientemente prolongado, sin embargo hay autores que reducen este tiempo al de tres trimestres o incluso dos trimestres, lo que se considera una recesión débil. En determinadas ocasiones los actores políticos han utilizado una u otra según sus intereses. En la teoría de los ciclos económicos corresponde a la fase descendente del ciclo. Se suele caracterizar por una reducción de casi todas las variables económicas como son:

- la producción de bienes y servicios
- el consumo, particularmente suelen descender las ventas de automóviles y viviendas
- la inversión suele ser especialmente sensible en las recesiones, teniendo caídas muy pronunciadas durante estos periodos. Cuando empeora la situación económica, una gran parte es atribuible a las reducciones del gasto en nuevas inversiones, que son suspendidas o aplazadas en el tiempo.
- el empleo, la caída de la producción de bienes y servicios, provoca que las empresas demanden menos mano de obra y por tanto se produce un aumento del desempleo, así lo muestra la Ley de Okun
- el beneficio de las empresas
- las cotizaciones de los índices bursátiles

La inflación suele bajar durante los periodos de recesión. Al descender la demanda de materias primas, caen sus precios. Los salarios y los precios industriales tienen menos tendencia a bajar, pero tienden a subir menos deprisa en las recesiones económicas.

La recesión puede producirse de forma suave o abrupta. En este último se habla de crisis. El proceso se complica cuando un elevado número de empresas entra en quiebra y arrastra a los proveedores pudiendo llegar en algunos casos a lo que normalmente también se denomina crisis. Tal disminución generalmente provoca un gran desempleo. Si la recesión es muy seria, se conoce como depresión.

Algunas causas de la recesión son la sobreproducción, la disminución del consumo (atribuible a la preocupación sobre el futuro, por ejemplo), la carencia de innovaciones y de formación de nuevo capital, y fluctuaciones casuales. Las recesiones suelen estar motivados por oscilaciones de la demanda agregada.

Mientras estos fenómenos económicos impactan directamente al privado y a la Sociedad Civil el Código civil permanece inmutable. Los civilistas siguen considerando que los asuntos propios de la disciplina se resuelven dentro del mismo código y él tiene respuesta a todo cuanto sucede en ese mundo.

Pero en estos momentos se están viviendo problemas tan graves de los cuales el Código sigue estando ausente, como de todas las reformas constituciones que han operado desde 1888, de los avances del ordenamiento jurídico en todos los campos, y lo peor en el país se trata el Código como si no hubiera ocurrido nada en el contexto histórico, cultural, político, económico, e ideológico.

El mismo ordenamiento jurídico, para eximir al Código civil, se ve sorprendido por los grandes fenómenos económicos mundiales del mercado. Con las manipulaciones bursátiles desde Nueva York hasta Tokio pasando por las de Europa y América Latina. Las arriesgadas operaciones financieras de los bancos en su afán infinito de obtener ganancias por cualquier medio, de los movimientos a nivel internacional de los bancos, aseguradoras, con dineros y bienes ajenos, como si fueran propios, en un capitalismo frío y calculador, que lleva al mundo a graves procesos inflacionarios y de recesión, por encima de las decisiones de los Estados, pretendiendo dejar limitados los ordenamientos jurídicos de los países para que puedan hacer absolutamente nada. Pero esos criterios son insostenibles. Entretanto el capitalismo cree resolver los problemas rompiendo todos los principios jurídicos nacionales e internacionales. Entre sus soluciones se despiden a miles y miles de trabajadores de las grandes empresas transnacionales, para enmendar las pérdidas, se promueven las quiebras, y se somete al mundo a la zozobra.

He seguido cuidadosamente el curso de la última crisis económica global a que ha conducido Estados Unidos, fijándome en los problemas ideológicos de la política de los Gobiernos **George Bush** y **Barack Obama**, en una historia inconclusa, para intentar formular algunas hipótesis o reflexiones jurídicas aún cuando el panorama no se encuentre lo suficientemente claro.

El 27 de enero del 2010 **Barack Obama** rindió el **Informe a la Nación** indicando que "lo peor de la tormenta ya pasó", al cumplirse un año de su mandato, para tranquilizar a los norteamericanos sobre la situación económica del país, especialmente para quienes están agobiados por la economía, afirmando a su vez "pero la devastación continúa". Aseguro que "Soy consciente de las preocupaciones que dominan allí afuera ... Todos odiamos el programa de rescate bancario" Abogó por una "seria" reforma financiera y dijo que no está interesado en castigar a los bancos. "Me interesa proteger nuestra economía".

En esa forma también respondía la noticia, de principios del 2010 cuando la prensa internacional informó sobre las opiniones expresadas en la reunión anual de la **Asociación Económica Estadounidense**, el 3 de enero en Atlanta, donde se señaló que "la recesión no ha terminado", la producción económica no retornará a sus niveles previos a la crisis antes del 2013 mientras el mercado laboral no se recuperará completamente sino hasta el 2016. El Nobel de Economía **Joseph Stiglitz** aseguró que las reformas regulatorias propuestas en Estados Unidos son totalmente inadecuadas.

Se trata de uno de los fenómenos ideológicos, políticos, económicos, e históricos más contradictorios del liberalismo mundial cuyo

momento histórico se ubica en el 2008, al finalizar el segundo mandato del **Gobierno Bush** en los Estados Unidos, con la crisis económica del sistema bancario e industrial privado, derivado de la crisis hipotecarias *subprime*, con impacto en todo el mundo donde los principios del liberalismo económico cayeron estrepitosamente. Los liberales actuaron con corrientes ideológicas propias del Estado interventor, porque los fondos privados del Estado se fueron a socorrer e impedir la quiebra a los bancos y la industria privada, así como a financiarlos para evitar una crisis más grave.

El Gobierno Demócrata de **Obama** admitió la política de ex Presidente **Bush**, como propias, y continuó la política económica anterior.

Con las acciones tomadas cayó toda la línea ideológica y económica de los Estados Unidos durante toda su historia. Cayó el fundamentalismo de los mercados libres y la liberalización financiera. El Gobierno inyectó capital a la banca y a la industria, demostrando la falsedad de la premisa de la autorregulación del mercado, porque resulta inaceptable la negativa privada a la regulación con al menos normas mínimas para evitar el desborde, impedir el auge de la pobreza y abrir oportunidades de desarrollo para todos, función que solo puede cumplir el Estado dentro del mercado contra todos los principios liberales desde Adam Smith.

Incluso los gobiernos europeos de derecha actuaron en la misma forma y han justificado su desatino ideológico como un hecho salvador en el momento oportuno, copiando al ex Presidente **Bush** de cuyo nivel de inteligencia siempre se han conocido sus limitaciones.

El fenómeno constituye una de las crisis más graves de la economía capitalista, originada en el Gobierno de la Bolsa de Valores, donde el equilibrio se logra con el despido masivo de empleados (sin importar el agravamiento de la situación social), y la destrucción de las empresas, en los mismos términos de cómo ocurrió en la gran crisis de 1929.

La crisis financiera comenzó con las hipotecas *subprime* que se extiende por los mercados financieros partir del 9 de agosto de 2007. Se considera disparador y parte de la crisis financiera de 2008 y de la crisis económica de 2008. La crisis hipotecaria se saldó para evitar varias quiebras financieras, nacionalizaciones bancarias, intervenciones de los Bancos centrales de las principales economías desarrolladas, profundos descensos en las cotizaciones bursátiles y un deterioro de la economía global real, que ha supuesto la entrada en recesión de algunas de las economías más industrializadas. Las hipotecas *subprime* eran utilizadas para la adquisición de vivienda, a intereses más altos para clientes con escasa solvencia, con comisiones bancarias más gravosas. Los bancos norteamericanos tenían un límite a la concesión de este tipo de préstamos, impuesto por la Reserva Federal. Dichas hipotecas fueron retiradas del activo del balance de la entidades concesionaria, transferidas a fondos de inversión o planes de pensiones, mediante los *carry trade*. El problema surge cuando el inversor

desconoce el verdadero riesgo asumido. En una economía global, en la que los capitales financieros circulan a gran velocidad y cambian de manos con frecuencia y que ofrece productos financieros altamente sofisticados y automatizados, no todos los inversores conocen la naturaleza última de la operación contratada. La crisis hipotecaria de 2007 se desató cuando los inversores percibieron señales de alarma, la elevación progresiva de los tipos de interés por parte de la Reserva Federal, y que el incremento de las cuotas aumentaron la morosidad y las ejecuciones a decenas de miles. Como las entidades bancarias y los grandes fondos de inversión tenían comprometidos sus activos provocó una contracción del crédito o *credit crunch* y una enorme volatilidad de los valores bursátiles, generándose una espiral de desconfianza y pánico inversionista, y una repentina caída de las bolsas de valores de todo el mundo, por la falta de liquidez. El estallido de una enorme burbuja produjo una huida de capitales de inversión tanto institucionales como familiares en dirección a los bienes inmuebles. La compra-venta de vivienda con fines especulativos por los estadounidenses estuvo acompañada de un elevado apalancamiento, porque las casas eran compradas con otras hipotecas puente. El proceso de inflación que vivía Estados Unidos comenzó a subir los tipos de interés, y en el 2006 pasó del 1% al 5,25%. El crecimiento del precio de la vivienda. El total de ejecuciones hipotecarias del año 2006 ascendió a 1.200.000, lo que llevó a la quiebra a medio centenar de entidades hipotecarias. La crisis inmobiliaria ya se había trasladado a la Bolsa: el índice bursátil de la construcción estadounidense (*U.S. Home Construction Index*) cayó un 40%, convirtiéndose en una crisis internacional de gran envergadura, calificada por algunos como la peor desde la segunda guerra mundial.

A partir de febrero de 2007 las principales entidades financieras vinculadas con el peligro de las hipotecas *subprime* entran en quiebra. Los principales inversores como *Lehman Brothers Holdings Inc.* comienzan a huir negándose a dar más dinero a las principales entidades hipotecarias, las cuales comienzan a acusar falta de liquidez en contratos hipotecarios previamente comprometidos. *Freddie Mac* anuncia nuevas reglas para comprar créditos *subprime* en el mercado secundario. En marzo de 2007 la Bolsa de Nueva York retira de sus índices a la hipotecaria *New Century* por insolvencia y presunto delito contable. En abril el FMI en un informe publicado ese mes, calcula que "en enero de 2007 existían en Estados Unidos 4,2 billones de euros en bonos ligados a las hipotecas de alto riesgo, de los cuales 624.000 millones de euros pertenecían a mediados de 2006 a inversores no estadounidenses". En junio se conoce que varios fondos flexibles, *hedge fund*, de una importante gestora de fondos, *Bear Stearns*, entran en quiebra. En julio, según la Reserva Federal, las pérdidas de dichas hipotecas estaban entre los 50.000 y los 100.000 millones de dólares. Durante agosto de 2007 tuvo lugar la transmisión del problema a los mercados financieros. A principios de agosto *Blackstone* anuncia su quiebra el 2 de agosto y la *American Home Mortgage*, el décimo banco hipotecario de los Estados Unidos, anuncia el despido de todo su personal el día 4 y la

quiebra el día 6. Para entonces ya se sabe que la crisis financiera ha llegado a Europa de mano del banco alemán IKB, expuesto a inversiones en hipotecas *subprime*, que ha sido rescatado por una entidad financiera pública para evitar la bancarrota. Ese mismo día el *National City Home Equity* se declara en quiebra.

El 9 y el 10 de agosto la crisis se traslada a todas las bolsas del mundo. Los bancos centrales de la zona del euro y de EEUU responden con inyecciones masivas de liquidez, para calmar las tensiones del mercado interbancario derivadas de la crisis. El principal banco alemán, *Deutsche Bank*, sufre también pérdidas sustanciales en uno de sus fondos vinculados a la financiación inmobiliaria.

El 10 de agosto el Presidente de los Estados Unidos, **George W. Bush** pide calma ante la escalada de la crisis y asegura que hay liquidez en el mercado. Todas las bolsas del mundo registran importantes pérdidas de capitalización al terminar la semana. Ante lo que interpretan como una falta de liquidez del sistema, los principales bancos centrales inician una serie de inyecciones en concepto de ajuste fino, o *fine tuning*, de varios cientos de millones de euros en diferentes divisas. Las inyecciones de liquidez, coordinadas entre la FED, el Banco Central Europeo, el Banco Central de Canadá y el Banco Central de Japón continúan el 13, 14 y 15. El lunes 13 de agosto las bolsas se mantienen con ligeras ganancias, para volver a caer ligeramente el 14 de agosto, especialmente por las cotizaciones bancarias. El día 15 de agosto las mayorías de las bolsas continúan su caída pese a las nuevas llamadas a la calma del día anterior, esta vez de **Jean-Claude Trichet**. El 17 de agosto a pesar de repetidas inyecciones diarias de diferentes divisas el mercado de valores no mejora. Tras una contundente caída de la bolsa japonesa, y cuando las bolsas europeas se tambaleaban nuevamente, la FED recorta en 0,5 puntos el tipo de interés interbancario, pero manteniendo el tipo federal, lo que provoca la remontada de todas las plazas europeas y norteamericanas.

El presidente de la Reserva Federal afirma que "las condiciones de los mercados financieros se han deteriorado", lo que se evidencia en el hecho de que la hipotecaria **Country wide** deba acudir a financiación de emergencia por valor de 11.500 millones de dólares, todo ello en un clima de preocupación ante su posible situación financiera al tiempo que se conocen las millonarias pérdidas de un fondo de pensiones británico, por valor de 27.000 millones de libras.

El 20 de agosto, tras la rebaja de tipos primarios de la FED las bolsas comienzan a recuperarse, y en el caso de las asiáticas de manera espectacular, si bien algunos analistas lo consideran un compás de espera. El 22 de agosto, así como el 23 continúan las inyecciones de liquidez de distintos bancos centrales, que no se habían dejado de producir en todos los días anteriores. El 23 se conoce que al menos 13 fondos españoles se encuentran afectados por la crisis, mientras continúa la incertidumbre sobre

la estabilidad financiera internacional. El día 23 se hace pública la quiebra de una de las entidades hipotecarias más importantes de Estados Unidos, la **First Magnus Financial**: en total, ya son 90 entidades las afectadas por la crisis en ese país. Por su parte, el FMI destaca que la crisis financiera dañará el crecimiento mundial. El 24 de agosto continúa la inquietud por la marcha de la crisis. Los bancos centrales siguen inyectando liquidez en el mercado, y ese mismo día se conocen los primeros datos de la exposición a hipotecas **subprime** en China: sus dos bancos principales **Commercial Bank of China** (ICBC) y **Bank of China** tienen 8.000 millones de euros en inversión hipotecaria **subprime**. Si bien las bolsas se mantuvieron relativamente estables durante la última semana de agosto, el 5 de septiembre los datos económicos estadounidenses provocan un nuevo desplome mundial bursátil.

El sistema bancario sigue dando síntomas de deterioro. El 1 de octubre de 2007 el banco suizo UBS anuncia pérdidas por valor de 482 millones de euros por causa de la tormenta hipotecaria, y el Citigroup, el mayor grupo financiero del mundo, anuncia una reducción trimestral del 60% en sus beneficios tras declarar unas pérdidas de 6.000 millones de dólares. El 5 de octubre la mayor correduría del mundo, Merrill Lynch, anuncia pérdidas por valor de 4.500 millones de dólares. Los días posteriores hubo una fuerte elevación bursátil, al mismo tiempo que una de las mayores inyecciones del BCE desde el mes anterior. En el mes de diciembre la crisis de liquidez y la desconfianza interbancaria hacen tomar medidas a los principales bancos centrales de manera coordinada, con objeto de respaldar el dólar estadounidense.

El Presidente de los Estados Unidos, **George W. Bush** inicia el plan de rescate financiero de los Estados Unidos para el 2008. Pero los efectos de la crisis financiera se contagian a la economía real, entrando Estados Unidos en una posible recesión económica, con una nueva caída de la bolsa. A ello se une la pérdida de beneficios de los principales bancos del mundo. El 21 de enero se produce una histórica caída bursátil, que arrastra a todas las bolsas del orbe salvo la norteamericana, que se encuentra cerrada por ser festivo. Lo mismo ocurre el 17 de marzo, día en que la compra del quinto banco financiero estadounidense Bear Stearns por parte de la financiera **JP Morgan** provoca una caída del 90% en las acciones de aquella entidad.

En abril el FMI cifra en 945.000 millones de dólares las pérdidas acumuladas por la crisis. En 2008 ya se da por hecho que la crisis será mundial, extendiéndose a Latinoamérica y Asia, e implicará, en combinación con una elevada inflación inicial a escala internacional (especialmente en el precio de los alimentos y de la energía) una desaceleración de la economía internacional durante un periodo relativamente largo. No en vano, el primer semestre arroja una caída media de las principales bolsas del mundo: en concreto, la española registra el peor semestre de sus 135 años de la historia de su registro reciente.

En julio de 2008 la FED nacionaliza las dos principales entidades hipotecarias norteamericanas: **Fannie Mae** (Asociación Federal de Hipotecas Nacionales) y **Freddie Mac** (Corporación Federal de Préstamos Hipotecarios para la Vivienda), que ha sido considerada la mayor de la historia, con un costo al erario público de cerca de 200.000 millones de dólares. Se nacionalizó también el banco **Indy Mac** y se rescató la entidad **Bear Stearns**. En la misma línea, la Cámara de representantes decide también destinar 3.900 millones de dólares para ayudar a hipotecados que no pueden pagar sus deudas.

El 15 de septiembre **Lehman Brothers**, el cuarto banco de inversión norteamericano, que gestiona 46.000 millones de dólares en hipotecas, se declara en quiebra, y el **Bank of America** se ve obligado a comprar la entidad **Merrill Lynch** por 31.000 millones de dólares. Más de un año después del comienzo de la crisis sus efectos devastadores sobre la economía financiera se recrudecen, empujando las bolsas a la baja.

El 18 de septiembre el gobierno de Estados Unidos anunció un plan de nacionalización multimillonario, el mayor de la historia, que hizo que las bolsas de todo el mundo se dispararan consiguiendo subidas record.

El 22 de septiembre la Reserva Federal de Estados Unidos aprobó la conversión de los dos últimos bancos de inversión independientes que quedaban, **Goldman Sachs** y **Morgan Stanley**, en bancos comerciales, lo que permite un mayor control y regulación por parte de las autoridades. De esta forma se acababa con un modelo bancario con 80 años de historia. También la FED, junto con **JP Morgan**, ha tenido que rescatar a la mayor caja de ahorros del país, **Washington Mutual**. Es la mayor quiebra bancaria de la historia de los Estados Unidos

En la cuarta semana de septiembre el presidente **George W. Bush** advirtió que Estados Unidos se encontraba al borde del pánico financiero y de una recesión larga y dolorosa. Con el fin de convencer al Congreso realiza un plan de nacionalización de la grave crisis, negociado durante una semana entera con los máximos representantes de la oposición, es presentado urgentemente al Senado de EEUU el 29 de septiembre de 2008 y ese mismo día es rechazado en votación considerado como inaceptable, cayendo por esta causa las bolsas de **Wall Street**, donde el **Dow Jones** perdió un 6,98%, el **S&P500** cayó un 8,37% y el **Nasdaq** se hundió un 9,14%, la mayor caída desde hacía 20 años.

El plan de emergencia diseñado por el secretario del Tesoro, **Henry Paulson**, consistía en que el Tesoro norteamericano, en colaboración con la Reserva Federal pretendía inyectar hasta 700.000 millones de dólares a cargo de los contribuyentes, para la nacionalización de los bancos de activos financieros inmobiliarios contaminados por las hipotecas basura, y poder mantenerlos fuera de sus cuentas hasta que la economía se recupere, siendo la mayor intervención de la historia económica del país.

Tras una segunda votación es aprobado en el Senado con la novedad respecto a la propuesta rechazada la primera vez de incrementar los límites de los depósitos bancarios garantizados por la **Corporación Federal de Seguro de Depósitos** (FDIC) que pasaron de 100.000 a 250.000 dólares asegurados a los depositantes si un banco quiebra. El día 3 de octubre de 2008 se aprueba en el Congreso para considerar el plan de ayuda como ley.

Por otra parte se ha argumentado en contra de esta medida intervencionista, como peligrosa tanto por sus consecuencias políticas como económicas, que existen otros mecanismo distintos al rescate, que sólo resultaría en una pesada carga para los contribuyentes socializando las pérdidas de actores privados, y que en muchos casos es preferible la quiebra porque sanearía de los activos inservibles. Estas voces sostienen además que el problema no es una falta regulaciones, sino un exceso de malas regulaciones.

Algunos países como España desde el 2008 quedaron en evidencia de la crisis recesiva que los condujo Estados Unidos, como muchos más, mientras es hasta enero del 2010 cuando países que habían proclamado una intervención oportuna del Estado en sus Bancos para salir victoriosos de la crisis, como fue el caso típico de Alemania han reconocido que la recesión vivida en el 2009 fue la mayor desde la postguerra, con una contracción del 5% de su producto interno bruto.

Esta investigación tiene importancia en este momento del avance de estas reflexiones. Sin formular ninguna hipótesis, surge casi espontáneamente una primera pregunta irreverente que se podría formular, porque la respuesta ya es conocida. Consistiría en llamar la atención de cuál sería el papel a cumplir por el Derecho Privado o cualquier Código civil dentro del panorama económico descrito de una crisis económica de inflación y recesión global provocada por el mismo capitalismo norteamericano con sus mecanismos financieros, de bolsa, transferencia de capitales, con impacto en la banca mundial y muchos otros países y sus propias economías fuertes y resistentes?

El primer problema para el jurista del Derecho privado consiste en comprender cómo es posible admitir la máxima económica según la cual en el mercado su funcionamiento opera sin ningún tipo de normas jurídicas. Sobre todo porque en el mercado se supone que las relaciones en juego son las de intercambio, con titulares cambiantes permanentemente, acuerdos en la oscilación del pago de precios, acuerdos entre adquirentes y vendedores. Aún cuando se pueda comprender la diferencia entre las reglas económicas y las jurídicas, y la tesis de los juristas del *common law* según las cuales al mercado antes de que pudiera llegar el legislador ya se habían autorregulado en una especie de ordenamiento financiero propio y autónomo.

En todo caso, pese a estas explicaciones, no parecen ser ciertas las máximas si se tiene en cuenta los mismos problemas financieros de los mercados, las quiebras, y sobre todo las graves consecuencias económicas que causan los mercados financieros (con los provenientes de la crisis norteamericana del 2008) donde requieren de la intervención

del Estado, del legislador, para encontrar financiamiento, para el *salvamento* de bancos, de empresas, de financieras, aseguradoras, dentro de las cuales incluso han querido introducirse la industria automovilística, rompiendo con todos los principios ideológicos liberales y neoliberales. Esta exigencia de la intervención del legislador, de la intervención del Derecho, de la intervención del Estado, constituye una prueba irrefutable de que el mercado no puede sobrevivir a espaldas del ordenamiento jurídico, sobre todo cuanto en él se pretenden romper todas las reglas jurídicas, e incluso la ética comercial.

Por su parte ALPA, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, Milán, Cedam, 5° ed., 2007, p. 12, subraya: “Il diritto non riguarda solo i rapporti economici, e non ha solo contenuti patrimoniali. Ma nella maggior parte dei casi le regole giuridiche hanno ad oggetto rapporti a contenuto patrimoniale e situazioni create dagli scambi di mercato. Che rapporto si istituisce tra regole giuridiche e regole economiche? Può esistere un mercato spontaneo *senza diritto*?

Uno degli esempi che qualche autore offre per dimostrare che può esistere un mercato anteriormente all'intervento del legislatore, e quindi che esistano regole economiche che anticipano l'intervento - ove necessario - delle regole giuridiche, riguarda i *grey markets* «*indicati dagli stessi giuristi anglosassoni come il luogo dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto*»; una sorta di autoregolamentazione dei mercati finanziari che dà luogo ad un ordinamento, scevro da interventi legislativi.

Mi sembra difficile poter sostenere che il mercato, indipendentemente dalla circostanza che possa essere considerato *locus naturalis*, piuttosto che *locus artificialis*, possa sussistere senza regole giuridiche. Per poter rendere certi e immodificabili gli scambi, è necessario che essi siano fondati su regole giuridiche. Ciò che può variare è il *come* regolare il mercato, e da parte di *chi* introdurre le regole.

Di qui, per chi crede nel mercato come entità autonoma, squisitamente economica, la registrazione del suo *fallimento*: in ogni Paese dell'Unione, e l'Unione stessa con le sue regole, ha preso atto di questo suo fallimento ed ha ritenuto di intervenire in via legislativa, perchè gli operatori, lasciati a se stessi, possono alterare le condizioni ottimali per un mercato efficiente. È necessaria una *regolazione* del mercato”.

El punto del repudio de la burguesía a la intervención del Derecho en el mercado se origina en que la monarquía pretendía la existencia de normas protectoras que marcaran las diferencias de ellos en relación con los demás. La inversión de tal supuesto fue la igualdad en el mercado, sin intervención del Estado ni el Derecho, para que en función de la competencia, basada en la libertad de decisión de quienes participan en el mercado, en un contexto de reglas claras para todos y de cumplimiento efectivo, opere la libre competencia, de tal suerte que exista libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor. La libertad de competencia, en este sentido, necesariamente debe generar ventajas competitivas para las empresas en cuanto a la reducción de costos y a la superioridad técnica. Ello a la postre va a significar un aumento de las empresas para producir, incremento de la calidad del producto llevado al mercado, disminución de los precios, ofrecer mejor calidad de productos a los consumidores concurrentes al mercado.

Pero a esta igualdad pensada por la burguesía emergente se sucedieron cada vez mayores desigualdades derivadas del mercado. Desde luego no eran desigualdades jurídicas. Eran desigualdades económicas. No desigualdades formales sino sustanciales. Por tal razón es necesaria la búsqueda de un nuevo equilibrio. Se trata de un equilibrio para la encontrar una igualdad sustancial.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*. Milán, Cedam, 14° ed., 2008, p. 42, sostiene: “La nuova classe al potere si fece portatrice di un ideale profondo dell'umanità, quale è quello dell'uguaglianza fra gli uomini, come tale destinato a restare una irrinunciabile conquista di civiltà. Con l'ideale universale coesisteva però una motivazione economica, la cui identificazione è necessaria per comprendere il senso della codificazione. L'antica classe al potere, l'aristocrazia, aveva dominato in forza del privilegio: essa aveva nutrito la convinzione (elevata al rango di filosofia economica, nel Seicento, dalle dottrine del mercantilismo) che un qualsiasi vantaggio, anche economico, si potesse conseguire solo in virtù di una norma giuridica che riconoscesse ad alcuni maggiori diritti che ad altri e, perciò, sancisse formalmente le disuguaglianze fra gli uomini. La nuova classe, la borghesia, era animata da opposta fiducia nei principi del liberalismo economico: era convinta che la propria prosperità derivasse dal libero gioco delle forze del mercato. Per essa imporre una legge uguale per tutti significava, in primo luogo, sopprimere i privilegi di classe, dei quali aveva goduto la nobiltà; ma significava, al tempo stesso, creare la condizione necessaria per instaurare una economia di mercato. L'uguaglianza giuridica fra gli uomini appariva, da questo punto di vista, come la condizione necessaria perchè tra essi si potessero costituire rapporti economici di mercato. Da questi sarebbero nate poi nuove disuguaglianze, non più giuridiche, ma economiche, non più formali, ma sostanziali. Nascerà, come vedremo più oltre, l'esigenza di un nuovo principio di uguaglianza: quello dell'uguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale”.

Con el mercado financiero parece cada vez más evidente la necesidad del auxilio del Derecho, y de una posición más activa de éste como modo de evitar el colapso del mismo mercado, pues la falta de reglas (o solo las económicas de mercado) no parece una solución sostenible a largo plazo en el sistema capitalista. Se conocen las reglas, muy estrictas por cierto, de quienes intervienen en el mercado y rompen los secretos propios de **libertad económica de iniciativa privada** y también los del **principio de la libre competencia** en provecho propio o de sus clientes, o en contra del mercado mismo. En los mismos términos es muy probable el surgimiento de un nuevo Derecho llamado también a brindar una normativa más acabada a todo este complejo sistema que los liberales y los neoliberales, seguidores de los burgueses, pretendieron mantener ausente de normas.

En cuanto a los fenómenos de la inflación y de la recesión, los mismos Bancos Centrales de los países intervienen en forma activa, en defensa de los intereses nacionales, sin dejar en manos del mercado esas variables, pues la soberanía económica de los pueblos jamás se pueden dejar, ni se han dejado, sin la debida intervención directa del Estado, como forma de proteger los intereses nacionales, sus economías, en última instancia la situación económica de los privados y de la misma Sociedad Civil.

6. ¿Qué papel puede jugar el Derecho privado en el mundo del nuevo

totalitarismo de la globalización económica? No será fácil que la globalización continúe en la destrucción de la democracia, la negación de los derechos humanos, el impulso a la desregulación de materias del Derecho privado, desarticulando el Estado democrático de Derecho. La oportunidad del Derecho para replantearse como disciplina, como ciencia, como recodificación en la lucha contra la globalización económica deshumanizada.

Un nuevo totalitarismo recorre el mundo contemporáneo. No tiene partido, ni constituye una organización democrática de personas actuando a la luz pública. Pretende la destrucción de la Democracia, los Estados, los derechos humanos, el Derecho en general, muy particularmente el Derecho privado. Nació del neoliberalismo a finales del Siglo XX, se acrecentó en el *common law*, como el proceso de la globalización, y constituye el máximo peligro para el sistema jurídico del *civil law*.

La tesis generalizada de los juristas del *civil law*, incluso de los más optimistas respecto del papel del Derecho en el mundo de la economía, es que la globalización ha impedido por todos los medios la intervención del jurista y de lo jurídico en este proceso. Con lo que se ha profundizado en este proceso queda claro que el papel del Derecho, si el tratamiento es científico y honesto las conclusiones han sido derrotistas, tristes, y vergonzosas.

Uno de los más grandes historiadores italianos, el florentino **Paolo Grossi**, desde sus cursos más elementales se refiere al impacto de la globalización del *common law* en el sistema jurídico del *civil law*, como consecuencia de la crisis en las escogencias más profundas, a causa de una ósmosis siempre más creciente de este último sistema en el primero.

El famoso historiador florentino GROSSI, Paolo, *Prima lezione di Diritto*, Roma, Laterza, 2003, p. 77, acota: “Gli arginamenti non possono e non debbono essere eccessivi, perché sarebbero fuorvianti: il sistema giuridico di *civil law* va soffrendo una grossa crisi nelle sue scelte piú fonde, a causa di una osmosi sempre crescente con l'area di *common law* e a causa della sottile erosione di vecchie certezze sotto la spinta del fenómeno sgretolante della globalizzazione giuridica”.

Los juristas que sostienen las tesis de la desregulación, de la renuncia a la normativa existente, de ser facilitador de un sistema económico y comercial global impulsor de un sistema mundial único sin reglas, su papel cumplido en nombre del Derecho es absolutamente desleal con la Ciencia del Derecho y doblemente vergonzante.

La idea global de la economía es antagónica con el mundo de las libertades del Ser Humano. Cualquier definición o idea conceptual sobre la globalización económica en nada se refiere ni a la historia ni a los valores ni a los principios sobre los cuales se ha construido la Humanidad. El Ser Humano en general es ignorado y no tiene ninguna importancia. Solo es visto como el consumidor en tanto sujeto consumista en el mundo del consumo y motor de la economía productivista. Para la cual el neoliberalismo primero, y la globalización después, despliegan toda una estrategia con los países para obligarlos por medio de la Organización Mundial del Comercio a abrir las fronteras para que pongan a su

disposición sus consumidores, como destinatarios en los mercados de las grandes empresas transnacionales.

El papel de un Código civil (precapitalista, lejos de ser preindustrial o industrial), dentro de este proceso global de las grandes potencias económicas y sus empresas, será mejor analizarlo después de aquilatar la verdadera magnitud de la globalización en el mundo actual, con algunas de sus características más salientes, identificando la forma cómo nace el fenómeno, la participación de las grandes empresas transnacionales, y en fin algunos de sus perfiles definidores para responder al cuestionamiento formulado.

La globalización constituye un proceso pluri facético denominado por sus creadores de muchísimas formas, según el momento y la coyuntura: factores que impulsan el desarrollo, apertura de mercados nacionales, principio del libre comercio, fusión de empresas multinacionales, privatización de empresas públicas, desregulación laboral, apertura financiera internacional a favor del libre comercio por medio de los tratados de libre comercio, beneficios potenciales de mayor eficiencia del mercado que aumenta su competencia disminuyendo el poder monopolista, mejoras en la comunicación y cooperación internacional que puede llevar a un mejor aprovechamiento de los recursos, impulso al desarrollo científico tecnológico lucrativo, mayor capacidad de maniobra frente a las fluctuaciones de las economías nacionales, eliminación de las barreras de entrada del mercado laboral, financiero y de bienes y servicios, eliminación de riesgos para evitar las responsabilidades de las empresas multinacionales, aumento de equilibrios económicos, sociales y territoriales, descuido sobre los índices de desarrollo humano con aumento de la pobreza, pérdida de factores que no se adaptan a la competencia.

La globalización es un proceso económico, dinámico, tecnológico, social y cultural a gran escala, de las sociedades capitalistas liberales, con apertura de puertas a la revolución informática, plegado a nivel considerable de liberalización y democratización liberal en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificado en sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

Nacido en la Civilización Occidental, expandido alrededor del mundo en las últimas décadas del Siglo XX, políticamente recibe su mayor impulso cuando termina la guerra fría, desaparece la Unión Soviética el 25 de diciembre de 1991, y el bloque comunista, simbolizada por la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989.

Económicamente se caracteriza por la integración de las economías locales, previo algunas veces en economías regionales, a una economía de mercado mundial donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria (Nueva Economía) cobrando mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo.

El ordenamiento jurídico de la globalización debe uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica, además plantea universalizar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía.

En la cultura se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global (Aldea global), al respecto existe divergencia de criterios sobre si se trata de un fenómeno de asimilación occidental o de fusión multicultural.

En lo tecnológico la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transporte y telecomunicaciones) facilitando la libre circulación de personas y la masificación de las TICs (tecnologías de la información y la comunicación) y el Internet.

Ideológicamente los credos y valores colectivistas y tradicionalistas causan desinterés generalizado y van perdiendo terreno ante el individualismo y el cosmopolitismo de la sociedad abierta. Mientras tanto en la política los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado sociedad red, el activismo gira cada vez más en torno a las redes sociales, se ha extendido la transición a la democracia contra los regímenes despóticos, y en políticas públicas destacan los esfuerzos para la transición al capitalismo en algunas de las antiguas economías dirigidas y en economías subdesarrolladas de algunos países aunque con distintos grados de éxito.

Geopolíticamente el mundo se debate entre la unipolaridad de la superpotencia estadounidense y el surgimiento de nuevas potencias regionales, y en relaciones internacionales el multilateralismo y el poder blando se vuelven los mecanismos más aceptados por la comunidad internacional.

La valoración positiva o negativa de este fenómeno, o la inclusión de definiciones o características adicionales para resaltar la inclusión de algún juicio de valor, pueden variar según la ideología del interlocutor. Esto porque el fenómeno globalizador ha despertado gran entusiasmo en algunos sectores, mientras en otros ha despertado un profundo rechazo (de antiglobalización), existiendo posturas eclécticas y moderadas.

Pese a que la mayoría sostiene que la globalización comienza cuando termina la guerra fría, desaparece la Unión Soviética el 25 de diciembre de 1991, y el bloque comunista, simbolizada por la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, algunos tienen opiniones contrastantes.

En cuanto al Estado de Derecho el proceso de globalización pone al Estado Democrático de Derecho, que denomina despectivamente de proteccionismo o de bienestar, como venganza del capitalismo contra la tesis de entreguerras, cuando en las naciones capitalistas se difunde la noción que el Estado tiene una doble función fundamental en el

buen funcionamiento de la economía: uno, asegurar la prosperidad de la población y otro, evitar los ciclos de crecimiento y recesión.

Se crean así las bases para la aparición del **keynesianismo** y el Trato Nuevo. En las siguientes décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se vio la emergencia a la preeminencia de las "corporaciones" o empresas multinacionales, que desplazan la importancia de las empresas del capitalismo clásico que tanto **Adam Smith** como **Karl Marx** conocieron cuando formularon sus teorías. Se vio en Alemania un precedente del éxito de la liberalización que tomarían otros países: el resurgimiento de su nación en el denominado Milagro alemán.

Sin embargo, una nueva crisis que se inició a mediados de la década de los años 60, agudizada por la crisis del petróleo de 1973 provocó una reorganización radical de la economía, fundada en la intensa promoción de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), la reforma de las políticas de desarrollo y tentativas de desmantelar del Estado de Bienestar, que luego a ser visto como -en las palabras de **Margaret Thatcher** -un "estado niñera", sofocador de las libertades y limitante de la capacidad de escoger de los individuos. Ya desde la década de los años '70 y '80 del siglo XX varios analistas y políticos consideraron conveniente efectuar una fuerte crítica, sea desde un punto de vista pragmático o desde un punto de vista liberal a formas socio-político y económicas anteriores, que ellos consideraban despectivamente estatizantes y en consecuencia limitantes de las libertades individuales y del desarrollo económico y social, proponiendo nuevas formas a fin de crear un terreno favorable para la revitalización de las economías.

En el gobierno neoliberales, o de extrema derecha, del dictador **Augusto Pinochet** en Chile (en lo que se llamó "experimento" o "Milagro de Chile"), seguido por el de **Margareth Thatcher** (1979-1990) en Gran Bretaña y el de **Ronald Reagan** (1981-1989) en Estados Unidos impulsaron las políticas económicas de personajes tales como **Friedrich Hayek** y **Milton Friedman** respectivamente, para generar nuevas interrelaciones entre los factores económicos y mercados de todo el mundo (consumidores, trabajo, recursos naturales, inversiones financieras, etc.), aún cuando todos esos gobiernos fueron, en otras áreas, fuertemente intervencionistas.

A partir de entonces otros gobiernos deberían aplicar medidas combinando algún nivel de liberalismo económico junto con la tecnocracia estatal, muchas veces para poder contentar con algún grado de intervencionismo a sectores sociales y grupos de presión que rechazan el desmantelamiento del Estado de Bienestar. Todo este fenómeno en políticas públicas sería conocido, especialmente por sus críticos provenientes del socialismo post-Guerra Fría, bajo el confuso término de **neoliberalismo**.

Durante este periodo destaca el rol de los organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Mundial Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) que en las últimas décadas han sido retratados como impulsores de la globalización. Empero, la globalización siendo un proceso civil y de mercado más bien

tiende a ser vista como un orden espontáneo independiente de los organismos políticos, siendo discutido si las acciones de los organismos supra estatales dificultan en vez de facilitar la globalización. Una organización privada que anualmente se reúne para dar su respaldo al proceso globalizador es el **Foro Económico Mundial**.

La globalización desafía las leyes de los países en su forma de regular el funcionamiento de empresas y el comportamiento económico de los individuos a nivel internacional. Si bien pueden dar trabajo a la mano de obra desocupada o ser los contratados, también pueden beneficiarse de irregularidades y debilidades subsistentes en un determinado país. Es fácil para estas empresas simplemente trasladar sus centros de producción a lugares donde consigan el máximo de facilidades. La globalización desafía el orden jurídico de los países en vías de desarrollo porque acusan cualquier intervención estatal para denotar la crisis del proteccionismo y al a los intereses de esas empresas (en la medida que tales planes implican regulaciones y demandan impuestos y otros recursos), además aseveran que la idea misma del desarrollo social como meta y objetivo gubernamental o estatal precluye la libertad individual y distorsiona tanto la sociedad como el mercado.

Se puede observar, como ejemplo, que los altos costes de producción en los países desarrollados, que confluyendo con una apertura de los países del Este Oriental, especialmente China e India, a los mercados de capitales y su inclusión como miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), resultó en el traslado masivo de la producción industrial desde Europa y Estados Unidos a esos otros países que ofrecían condiciones más favorables al incremento de las ganancias de esas empresas internacionales.

La apertura generalizada de los mercados de bienes y capitales que sugiere el fin de los bloques comerciales, tratados regionales, e independencia económica de los países al mismo tiempo facilita la capacidad de resolver necesidades económicas que actores locales han sido incapaces de satisfacer.

La creciente privatización de los sectores económicos, junto al auge de la empresa multinacional y el decaimiento de empresas y estado nacionales, es considerado como un aumento de la competencia (economía) que por un lado incrementa la cantidad y calidad de los productos pero por el otro consideran una amenaza las condiciones de trabajo (incluyendo la fijación de salarios mínimos) y las normas referidas a la protección a la explotación del medio ambiente

El acceso no regulado de los países a los mercados internacionales, lo que por un lado facilita la venta de sus productos y la adquisición de tecnologías y mercancías, promueve empleos pero esta política de desregulación laboral desprotege a los de menor ingreso económico y los lleva al abandono de intentos organizados de promover el progreso y la justicia social.

La generalización de la democracia y el estado de derecho como formas de gobierno predominantes a nivel mundial versus el resurgimiento de áreas y periodos de profunda inestabilidad política debido, por un lado, a la pérdida de poder por parte de los gobiernos (produciendo los llamados estados fallados) y, por el otro, al rechazo a lo que se ve como

concepciones occidentales de hacer política, se funda en la concepción del Estado liberal de Derecho.

La disminución paulatina en los controles migratorios, que puede llevar a la pérdida de los sectores más innovadores y la invasión de élites empresariales internacionales en países pobres, es otro problema complejo no resuelto.

En noviembre de 1989 el economista estadounidense John Williamson incluyó en un documento de trabajo una lista de varias políticas que consideraba más o menos aceptadas por los grupos económicos con sede en Washington y lo tituló el Consenso de Washington. Para algunas personas representan los puntos claves de la globalización, sin embargo esos consensos y la globalización no son lo mismo.

La creación en 1995 de la Organización Mundial de Comercio (OMC) es uno de los momentos decisivos de la globalización. Por estar integrada por la mayoría de los países de la población mundial: propiedad intelectual, regulación de empresas y capitales, subsidios, tratados de libre comercio y de integración económica, régimen de servicios comerciales (especialmente educación y salud), etc.

Las crisis económicas: tequila, dragón, vodka, samba, tango: La velocidad y libertad alcanzada por los capitales para entrar y salir de países y empresas está asociada a una serie de crisis eco-financieras locales de impacto global. La primera de la serie se produjo en México en 1994/1995 y su impacto global se conoció como efecto Tequila. Con posterioridad se produjeron la crisis asiática en 1995/1997 (efecto Dragón), la crisis rusa en 1998 (efecto Vodka), la crisis brasileña en 1998/1999 (efecto Samba) y la crisis argentina en 2001/2002 (efecto Tango). Las reiteradas crisis económicas han generado una amplia discusión sobre el papel desempeñado por el Fondo Monetario Internacional.

La detención de Pinochet y creación de la Corte Penal Internacional: En octubre de 1998 el ex-dictador de Chile, Augusto Pinochet, fue detenido en Londres acusado en España por tortura y terrorismo. El 24 de marzo de 1999 el Tribunal de los Lores del Reino Unido resolvió que Pinochet podía ser extraditado, aunque finalmente la extradición no fue completada debido a la supuesta demencia del comandante. El hecho es destacado como un punto de inflexión en la globalización de los derechos humanos.

Simultáneamente en 1998 se firmó el Estatuto de Roma creando la **Corte Penal Internacional**, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 luego de alcanzar la cantidad de ratificaciones necesarias. En 2003 la Corte penal Internacional quedó constituida. El principal problema para el funcionamiento de la misma es la posición de los Estados Unidos, opuesto a su jurisdicción.

El ingreso de China en la OMC: En 2001 (Ronda de Doha) y después de 15 años de duras negociaciones, China ingresó en la OMC. De este modo el

país más poblado del mundo (22% de la Humanidad), quinta economía mundial y la de mayor crecimiento en los últimos 30 años, se incorporó plenamente al mercado mundial. Los enormes desplazamientos de capital y trabajo que está causando la economía china, así como las consecuencias para el sistema mundial que tendrá la vinculación de una gigantesca y pujante economía de " mercado socialista" con el sistema capitalista mundial, son discutidas apasionadamente por los estudiosos de todo el mundo. Existe sin embargo un amplio consenso de que China, y su creciente liderazgo económico en Asia, está impulsando un proceso histórico que será determinante en el curso del siglo XXI y la orientación de la globalización mundial.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001, contra el Centro Mundial de Comercio (World Trade Center) de Nueva York y el Pentágono, transmitidos en vivo y en directo por las cadenas globales de televisión a toda la Humanidad, adquirieron una significación mundial. A partir de ese momento, la lucha contra el terrorismo internacional y la defensa de la seguridad nacional de los Estados Unidos, adquirirá una jerarquía prioritaria en la agenda global, propondrá la necesidad de restringir los derechos humanos para garantizar la seguridad, y reinstalará el valor del Estado.

Los disturbios de Francia de 2005, en noviembre, miles de jóvenes franceses, hijos de inmigrantes provenientes del norte de África, protagonizaron durante dos semanas una revuelta que tuvo su sello en la quema de miles de automóviles en París. En la región de París, más de la mitad de la población menor de 15 años, es originaria de África, lo que ha dado un vuelco a la cultura de la zona en menos de una generación. El acontecimiento sorprendió al mundo y puso sobre el tapete la cuestión de las migraciones internacionales y las desigualdades sociales y territoriales en la globalización.

Es importante anotar que entre los partidarios de la globalización están corrientes con visiones encontradas y radicalmente diferentes en su percepción sobre los beneficios de la globalización, es el caso del liberalismo libertario y el neoconservadurismo en lo político, o la escuela austríaca y el monetarismo/escuela neoclásica en la doctrina económica.

Los liberales libertarios y otros proponentes del *laissez faire laissez passer* capitalista, dicen que altos niveles de libertades políticas y económicas, en la forma de democracia y capitalismo, han sido fines evaluables en sí mismo en el mundo desarrollado y han también producido altos niveles de riqueza material. Ellos ven en la globalización un proceso benéfico de extensión de la libertad y el capitalismo.

Aquellos que apoyan el libre comercio proclaman que el aumento tanto de la prosperidad económica como de oportunidades, especialmente en los países en desarrollo, incrementara las libertades civiles y llevara a una alocución de recursos más eficientes. Las

teorías económicas de la ventaja comparativa sugieren que el mercado libre produce tal alocución efectiva de recursos, a mayor beneficio de todos los países que estén envueltos. En general, esto conduce a reducción de precios, más empleos, incremento en la producción y de niveles de vida especialmente para los que viven en países en desarrollo.

Hay también los llamados **globalistas** o **mundialistas**, que proponen una "globalización democrática". Ellos creen que la primera etapa de la globalización, orientada al mercado o a asuntos económicos, debe ser seguida por una etapa de creación de instituciones políticas globales que representen las visiones o aspiraciones del "ciudadano mundial" Su diferencia con otros "globalistas" es que ellos no definen por adelantado una ideología para orientar esta voluntad, dejándola a la voluntad de esos ciudadanos a través de un proceso democrático

Proponentes de la globalización argumentas que el movimiento anti-globalización es proteccionista y usa evidencia puntual y provocada para apoyar sus visiones, mientras que las fuentes estadísticas proveen apoyo fuerte a la globalización:

Los proponentes de la globalización critican duramente algunas políticas corrientes en países desarrollados. En particular, los subsidios a la agricultura y las tarifas protectoras en esos países. Por ejemplo, casi la mitad del presupuesto de la Unión Europea se emplea en subsidios agrícolas, en su mayoría, a las grandes empresas y granjas industrializadas que constituyen un poderoso lobby. Japón, por su parte, concedió a su sector agrícola 47 mil millones de dólares en el 2005 casi cuatro veces la cantidad que dio en Ayuda oficial al desarrollo. Los **Estados Unidos** dan 3.900 millones de dólares cada año a su sector agrícola algodonero, que incluye 25 mil granjeros, tres veces superior al presupuesto completo de USAID para los 500 millones de habitantes de África. Estas políticas agotan los recursos de los contribuyentes e incrementa el precio a los consumidores en los países desarrollados, disminuye la competencia y eficiencia, evita las exportaciones de agricultores más eficientes y otros sectores en los países en desarrollo y socaban las industrias en los cuales los países desarrollados tienen ventajas comparativas. Así, las barreras al comercio dificultan el crecimiento económico no solo de las naciones en desarrollo, lo que tiene un efecto negativo en los niveles de vida generales.

La globalización es un fenómeno complejo, no debería ser sorpresa por lo tanto que provoque diferentes reacciones entre diferentes individuos o grupos. Para algunos, amenaza la estructura misma de la **Nación estado** y **el concepto moderno de democracia** mientras que para otros, tales como los partidarios del Islamismo político, busca imponer estructuras políticas no islámicas (es decir, la democracia) sobre países que lo rechazan. Para otros, amenaza la identidad nacional mientras que otros ven esa identidad como una construcción impuesta que busca obliterar diferencias individuales y culturas locales en aras de una unidad artificial. Aun otros ven el proceso como simplemente una continuación o incluso agudización de procesos de explotación, resultado directo del neocolonialismo capitalista, mientras para otros amenaza el fin de esa predominancia. Para algunos, promete una nueva era de riquezas para todos, para otros, es la seducción de un consumismo que arruinará económica y moralmente a la mayoría (similar a la posición de la Iglesia Católica)

Antes de hacer una crítica es necesario considerar un aspecto fundamental. El libre comercio de la globalización no sólo se refiere al libre movimiento de capitales sino que

también al libre movimiento de bienes y personas. Por lo tanto los globalistas consideran inaceptable, como se ha visto, las barreras aduaneras y tratos preferenciales que los países desarrollados imponen o practican cuando así les conviene. Las mismas objeciones se aplican a las barreras de todo tipo a la migración y movimiento de los trabajadores: ¿cómo pueden los recursos ser limitados racionalmente o las sociedades derivar el máximo de beneficio del sistema cuando se imponen condiciones que son últimamente irracionales en términos económicos?

La apertura generalizada de los mercados de bienes y capitales que sugiere el fin de los bloques comerciales, tratados regionales e independencia económica de los países pero al mismo tiempo facilita la capacidad de resolver necesidades económicas que actores locales han sido incapaces de satisfacer.

La creciente privatización de los sectores económicos, junto al auge de la empresa multinacional y el decaimiento de empresas y los estados nacionales. El aumento de la competencia (economía) que por un lado incrementa la cantidad y calidad de los productos y por el otro amenaza las condiciones de trabajo (incluyendo salarios) y la sobre explotación del medio ambiente. El acceso no regulado de los países a los mercados internacionales, lo que por un lado facilita la venta de sus productos y la adquisición de tecnologías y mercancías y promueve empleos y por el otro desprotege los de menor calibre económico y lleva al abandono de intentos organizados de promover progreso y justicia social. El intercambio cultural que amenaza una pérdida en la integridad de las culturas o identidades nacionales de los países participantes versus la oportunidad de diversificar y enriquecer las costumbres. El conflicto entre las concepciones de la cultura como Civilización o Alta Cultura contra la extensión de la Cultura de el **Hombre Común** o **cultura popular**. La posibilidad del refloreCIMIENTO de culturas regionales o folclóricas y valores individuales contra la homogenización producto de la masificación e internacionalización de los medios. El reforzamiento de una conciencia de **comunidad humana** versus la adquisición acrítica de elementos culturales de **sociedades dominantes**.

La generalización de la democracia y el estado de derecho como formas de gobierno predominantes a nivel mundial adversas al resurgimiento de áreas y periodos de profunda inestabilidad política debido, por un lado, a la pérdida de poder por parte de los gobiernos (produciendo los llamados estados fallidos) y, por el otro, al rechazo a lo que se ve como concepciones occidentales de hacer política. La disminución paulatina en los controles migratorios que puede llevar a la pérdida de los sectores más innovadores (fuga de cerebros) y la invasión de élites empresariales internacionales en países pobres.

Frente a todos estos fenómenos de destrucción del Estado, del ordenamiento jurídico, de cualquier intervención a favor de los privados, la perplejidad es enorme, y las reflexiones sobre el papel del Código civil se queda en el vacío, sin ninguna respuesta, con conclusiones frustrantes y silenciosas, porque resulta inimaginable el poder ilimitado de la economía fría y globalizante no conocida en ninguna etapa histórica de la humanidad.

Aquí solo puede continuar planteándose la tesis de continuar construyendo una Sociedad Civil humanista, solidaria, tomando como centro de toda reflexión al Ser Humano, confiando en el regreso del péndulo histórico para salir de estas etapas negras y vergonzosas de la humanidad donde la negación de la construcción de la Cultura y de la

Ciencia Jurídica es la regla y la religión, en un mercado sin alma, sin corazón, donde la riqueza de unos pocos es el fin último y el valor supremo.

Las críticas al proceso de globalización, desde el punto de vista histórico, político, ideológico y jurídico, pueden sintetizarse de la siguiente manera.

I. La democracia no puede ser pisoteada por la globalización.

Los criterios de eficiencia financiera imponen una lógica utilitarista y una ideología de mercado que prevalece sobre los principios normativos de carácter social y cultural, conquistados en las democracias modernas.

Los mismos proponentes de la globalización no discuten como la democracia y el capitalismo fueron las fuentes de la prosperidad económica de los países desarrollados. A pesar del argumento que la democracia por sí misma no promueve el crecimiento económico cabe considerar el origen de los actuales niveles de desarrollo económico y bienestar social tienen íntimas relaciones políticas referidas a la expansión y profundización de la democracia. El Estado democrático de Derecho también en la emergencia de la prosperidad se hizo presente y logró impulsar en forma considerable los niveles de desarrollo económico y bienestar social. En tal sentido es innegable que la presencia de ambos, en una retroalimentación continua, tiene resultados positivos.

Histórica y políticamente uno de los errores más graves cometidos por la globalización consiste en pisotear la democracia, porque los efectos de *boomeram* seguramente le harán daño profundo a este proceso incipiente y sin Cultura.

II. Los derechos humanos no pueden limitarse a los derechos humanos liberales, clásicos o civiles de libertad, desconociendo los derechos humanos económicos, sociales o culturales de libertad y los de solidaridad.

Esta nueva forma de dominación universal instrumentaliza a su favor el principio jurídico de la igualdad meramente formal, constituida sólo por los derechos de carácter individual, como fundamento de su propia legitimidad. Pero hasta ahí llega la dimensión. Todos los demás derechos humanos son rechazados porque la globalización económica considera que atentan contra la libertad y la ideología neoliberal del mercado.

El proceso de globalización económica no tiene un efecto neutral. Es falso. Repercute negativamente sobre los niveles de protección de los derechos humanos económicos, sociales, y culturales de libertad (de la segunda generación) y los derechos humanos de solidaridad (de la tercera generación), impulsando un retroceso político, ideológico, jurídico e histórico de grandes magnitudes. Niega grandes conquistas de la Humanidad y de la Conciencia internacional del concierto de las Naciones, y en el plano individual perjudicando los estratos económicos, sociales y culturales más desprotegidos.

Los mecanismos de flexibilidad productiva impuestos por la globalización económica están produciendo un descenso creciente en las remuneraciones económicas y en las garantías sociales de los trabajadores, así como un importante número de destrucciones de puestos de trabajo en los países denominados centrales, lo cual a su vez dificulta el desarrollo del diálogo social. Así, la ideología neoliberal impulsada por el mercado global va transmitiendo la idea de que es mejor que muchos individuos trabajen en peores condiciones laborales a que existan trabajadores protegidos socialmente. Esto provoca la obligación de muchos países a modificar su legislación laboral, haciéndolas cada vez menos proteccionistas hasta el punto de competir entre ellos, para conseguir el mejor tipo de inversión extranjera en sus territorios.

Estas situaciones y otras similares están generando nuevas formas, directas o indirectas, de violación de los derechos humanos en el mundo, provocadas por la desigualdad de los intercambios capitalistas globales. La lógica utilitarista y acumulación del capitalismo global produce mayores niveles de empobrecimiento de las personas y de los países.

III. La globalización no puede destruir los Estados, mucho menos el Estado democrático de Derecho.

La globalización se atreve a menospreciar e infringir los derechos humanos porque ha debilitado a los Estados nacionales encargados de garantizarlos. Porque los Estados están limitados en su capacidad de actuación, sobre todo los periféricos y semiperiféricos al poder central. Los Estados nacionales han ido perdiendo capacidad de decisión política y económica. El proceso de globalización les impone una desterritorialización y una descentralización del proceso decisorio estatal; ahora son los mercados financieros los que toman las decisiones y los gobiernos estatales los que gestionan y ejecutan tales decisiones, como consecuencia de la transnacionalización.

La descentralización provocada en los Estados lleva aparejada la crisis de la gobernabilidad, porque como consecuencia de este gobierno global los gobiernos estatales ya no gobiernan, solo gestionan. Esto se manifiesta en la incapacidad de las viejas estructuras para dar respuesta satisfactoria a los problemas del proceso de globalización, así como su incapacidad para defender a sus nacionales frente a las desventajas de la globalización económica. La crisis de la gobernabilidad va unida a la crisis de representatividad cada día más evidente de los partidos políticos, de los sectores económicos y sociales representativos, los sindicatos, las organizaciones estatales, la representación popular, igualmente retrasados en la burocracia estatal y su corrupción.

La globalización ha llegado a tal abuso en relación con el Estado que sus consecuencias negativas solo las pueden seguir gestionando los mismos Estados nacionales sometidos al proceso, con las limitaciones impuestas por los indicadores macroeconómicos de los mercados financieros y con los condicionamientos fácticos de un predominio casi absoluto del capital global. Si el Estado ahora se presenta como el más débil dentro del escenario, resulta hasta ridículo pensar que sea a él a quien le sea confiada la tarea de exigir

un mejor trato en el ámbito económico y social para su propio país, para sus ciudadanos o sus empresas.

IV. Los procesos de desregulación jurídica.

La desregulación jurídica ha sido un instrumento de interés del liberalismo económico. Consiste en derogar todo tipo de relación contractual establecida por la ley, donde se garanticen equitativamente derechos y obligaciones recíprocas para las partes, para dejarlas en el ámbito de la autonomía privada de la voluntad, es decir para que los privados sean tratados como iguales en un plano de igualdad formal.

La ideología del mercado pretende evadir todo tipo de compromiso con las normas estatales internas y todo tipo de responsabilidades individuales o colectivas. Constituye un factor creciente de desintegración social al dejar a un amplio sector de la población sin vínculos sociales, huérfanos de la civilización global, y empobrecidos. El ámbito donde más se busca la desregulación es en el campo del derecho laboral pretendiendo evitar la representación colectiva de los trabajadores, para negarles los derechos adquiridos y consolidados normativamente desde siempre por Convenios internacionales. El mercado global pretende dirigir a los trabajadores, no como seres humanos, a un destructivo individualismo.

V. La globalización lleva en su seno su propia aniquilación si pretende destruir el Derecho privado.

La destrucción del Derecho en general, y del Derecho privado en particular, a través del proceso de globalización económico es una tarea muy difícil.

Aún cuando los juristas pensadores del *common law* inspirados en la libertad e ideología neoliberal de mercado, comprenden los derechos humanos limitados a los derechos políticos (es decir a los derechos humanos clásicos, políticos, o civiles de libertad, denominados como los derechos humanos de la primera generación), y conciben el triste papel del Derecho tendiente a desaparecer en el mercado global, sobre todo en las relaciones privadas, ello obedece a una concepción ideológica muy específica, limitada, desconocedora de la Historia, del Derecho comparado e incompatible con la Cultura del Derecho en general.

Su misión neo imperialista y totalitaria aún cuando pueda ser considerada un peligro para el sistema jurídico del *civil law*, tiene muchos obstáculos por delante. Al derecho privado como derecho de la libertad, de las libertades, generador de derechos, no se le puede socavar con tanta facilidad. Porque forma parte de la Cultura, de los derechos de los privados, de la Sociedad Civil, y en defensa de él muchos otros regímenes totalitarios, negadores de los derechos del Ser Humano, han provocado grandes luchas y enfrentamientos hasta bélicos, recibiendo una férrea respuesta política y hasta bélica como consecuencia del derecho a la rebelión contra la opresión, pasando esos movimientos a ocupar papeles vergonzosos en la Historia. Por otra parte el haber socavado la Democracia, el Estado democrático de Derecho, provocar la desregulación para negar derechos fundamentales, y negarle el verdadero rol al Derecho en nombre de la transnacionalidad o el gobierno de los mercados financieros no

constituye un contrapeso suficiente como para haber impulsado estos cambios favorecedores a esta ideología neo imperialista y totalitaria, por más que sostengan una lógica utilitarista y de acumulación del capital global.

Al Derecho en general, al Derecho privado en particular, a todos los juristas democráticos, independientemente de nuestros criterios doctrinarios e incluso las diferencias políticas y hasta ideológicas, ha de quedarnos claro el papel antagónico de la globalización económica con nuestro principios centrales de defensa irrestricta de la Democracia representativa, del fortalecimiento del Estado democrático de Derecho, de luchar contra la desregulación del Derecho privado, y defender los derechos humanos, en una transformación total de globalización del Derecho.

Constituiría la globalización del Derecho para asumir la defensa de la dignidad de la Justicia y de los ordenamientos jurídicos, la protección del orden institucionalizado, de impedir el avance en la venganza contra el Estado de Derecho, en proteger todos los derechos fundamentales, en sostener la preeminencia de la Constitución Política sobre tratados internacionales que han sido interpretados con criterios humillantes para nuestros países, impedir fracturas en el proceso evolutivo de la Ciencia Jurídica, denunciar tratados denigrantes, e impulsar la aprobación de cuerpos normativos compensatorios con un sentido cada vez más contemporáneos.

Quizá la globalización económica vaya a ser el detonante esperado, necesario, por los juristas para encontrar solución a tantos problemas que se han venido discutiendo desde hace muchos años para enfrentar la solución a los problemas el Derecho privado. Es el momento de asumir la función ordenadora. Resolver los problemas ideológicos y políticos, para dar una respuesta a las exigencias económicas, sociales y culturales de los nuevos tiempos, del Derecho privado contemporáneo. Se debe crear un derecho igual para todos los ciudadanos, cercano al proceso económico, ajustado a los lineamientos de la Constitución Política, una puesta al día de nuestra Cultura, pasando de un sistema estático a uno dinámico, admitiendo que las leyes generales no son negadoras del Código sino susceptibles de sistematización en función del mismo derecho común.

Es el tiempo del jurista. Para la reflexión sobre el inmenso bagaje cultural derivado de la realidad social, del proceso económico, de los movimientos culturales. El jurista como filósofo del Derecho debe proyectar la sociedad con las estructuras jurídicas necesarias para hoy, pero sobre todo para mañana, con fórmulas abiertas, sostenibles históricamente, democráticas, equilibradas, de derecho viviente y no meras formulaciones teóricas. Para reencontrarse en la construcción del Derecho de su tiempo, según una síntesis de los esquemas e instrumentos necesarios.

También es el tiempo de la recodificación. La estructuración del un Código de Derecho privado. Para utilizar todo el instrumental del jurista, del filósofo del Derecho, para la institucionalización real de un Derecho Privado contemporáneo. Quizá no con las pretensiones de los codificadores clásicos, ni con las posibilidades históricas que ellos tuvieron porque vivimos otros tiempos. En la recodificación nadie niega la extracción de los principios generales de la totalidad del nuevo Código como ha sucedido siempre, sin embargo la técnica moderna y contemporánea de reformar el viejo y ampliar el viejo título preliminar al Código (no de principios, comenzando por la misma Francia) ha permitido el remozamiento de los

viejos códigos y el rejuvenecimiento permanente de los nuevos. En el *civil law* la aspiración, junto a los aspectos ideológicos y políticos de nuestros tiempos, como su actualidad, su realidad, su contemporaneidad, siempre debe tratarse de conjunto de normas generales abstractas, sin límites de duración, flexibles, orgánicas y autosuficientes, con reglas para regular hechos, situaciones o actividades del Ser Humano, y de las personas jurídicas, así como de constituir normativa supletoria para la legislación especial.

La globalización económica puede constituir el acicate para fortalecer el Derecho privado, sin embargo si su definición totalitaria continúa en forma avasalladora contra los institutos centrales de la Democracia, los derechos humanos, el Estado democrático de Derecho, su actitud contra el Derecho privado pretendiendo más desregulaciones, y contra el Derecho, en su seno encontrará su propia aniquilación, porque no puede destruir siglos y siglos de Cultura democrática, siglos y siglos de construcción evolutiva del Derecho.

Si la globalización continuara con su política e ideología contra el Derecho encontrará una rebelión de los Pueblos, los seres humanos, la Sociedad Civil, junto a los juristas, quienes impedirán que la Historia tenga marcha atrás.