

**Note:** the original Portuguese version of this article has been published in  
 Revista Jurídica, Brasília, vol. 7, n. 74, agosto/setembro 2005. Available at:  
[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_74/index.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/index.htm)

## **Derechos Sociales, Económicos y Culturales: Un Abordaje Pos-Neoclásico\***

**Marcus Faro de Castro**

Facultad de Derecho  
 Universidad de Brasilia  
 mfcastro@unb.br

*Para no ignorar enteramente nuestro libre arbitrio, creo que se puede aceptar que la suerte decide la mitad de nuestros actos, pero que nos permite el control sobre la otra mitad, aproximadamente. — Maquiavel*

### **Sumario:**

#### **1 Introducción**

#### **2 Insuficiencias de la Ciencia Económica**

#### **3 Las Reglas de la Política Económica: Una Visión Preliminar**

##### **- 3.1 El Primer Derecho Económico**

##### **- 3.2 El Segundo Derecho Económico –**

#### **4 Contribuciones para un Nuevo Derecho Económico (Pos-Neoclásico )**

##### **- 4.1 Introducción –**

##### **- 4.2 El Cuadro Institucional Básico**

##### **- 4.3 Instrumentos de política económica**

#### **5 La Globalización Como Mercantilización y Financierización**

##### **- 5.1 Mercantilización y Financierización abierta**

##### **- 5.2 Economía y Sociedad**

##### **- 5.3 Reserva de indisponibilidad, estructura social y dinámica económica**

#### **6 Las Jurisdicciones Nacionales e Internacionales**

#### **7 Conclusiones**

#### **8 Referencias Bibliográficas**

### **1 Introducción**

Es sabido que la doctrina jurídica sobre asuntos de economía ha avanzado con limitaciones, con la excepción del abordaje de la llamada "Análisis Económica del Derecho", que trata prácticamente todas las cuestiones jurídicas a partir de la perspectiva

de la "eficiencia" económica.(1) Ese abordaje incorpora el modelo analítico de la teoría microeconómica (Economía Neo-Clásica), descartando así cuestiones importantes para la elaboración jurídica que tenga la pretensión de explorar la dimensión valorativa y ética de las normas que ordenan la vida en sociedad. El presente trabajo tiene por objetivo ofrecer algunas contribuciones preliminares para el desarrollo doctrinario de los derechos sociales, económicos y culturales bajo perspectiva distinta, que incorpora preocupaciones con los fundamentos de la acción económica, capaces de conducir al desarrollo analítico de temas relacionados al compromiso de la acción económica y sus fundamentos jurídicos, con la ética y la equidad.

El trabajo se inicia con una discusión sobre las insuficiencias de la Ciencia Económica para el abordaje y análisis de aspectos de las relaciones económicas que son relevantes del punto de vista jurídico. En seguida, se discuten presupuestos generales de la política económica, entendida como conjunto de reglas. También son ofrecidas contribuciones para la construcción de un nuevo derecho económico, que abarque instrumentos de política macroeconómica, tales como las políticas fiscal, monetaria (mercado abierto) y cambio. A seguir, son desarrollados los temas de la "mercantilización" y de la "financierización" como vectores de globalización de la economía. El trabajo concluye con algunas consideraciones sobre el alcance de las jurisdicciones nacionales e internacionales en el área de la política económica.

## **2 Insuficiencias de la Ciencia Económica**

La materia de Economía Política, como todos saben, surgió en el siglo XVIII, pudiendo adoptarse el año de 1776 (publicación de "La Riqueza de las Naciones", de Adam Smith) para tal efecto. Pero, aún después de su surgimiento, ese nuevo punto de vista intelectual no suministró criterios prácticos efectivos para la conducta estatal antes del siglo XX. Segundo Tomlinson, en Inglaterra – que es la cuna de la tradición intelectual correspondiente a la nueva materia – apenas después de la Primera Guerra Mundial los economistas pasaron, efectivamente, a suministrar criterios para la formación de medidas de administración pública de la economía. Antes de eso, dice ese autor, "no había canales sistemáticos de influencia disponibles para que la Economía [en cuanto materia intelectual] tuviese el rol de suministrar el contenido de las políticas públicas".(2) En el caso de Brasil, es conocido el hecho que los economistas emergieron como segmento de la llamada "elite dirigente" después de 1930, consolidándose en esa condición después de 1964.(3)

Sin embargo, en el caso de la formulación con base en conceptos de la Ciencia Económica, la política económica presupone la aceptación de visiones teóricas de lo que la sociedad – considerada como un sistema económico – es, como está estructurada y como funciona. Pero casi siempre tales visiones teóricas se expresan bajo la forma de conceptos económicos urdidos de tal manera, que desvían el foco analítico del rol que los principios institucionales o jurídicos y sus relaciones con las reglas tienen sobre la acción económica.

Es en este sentido que argumenta el célebre economista Gunnar Myrdal. Dice ese autor: *"el raciocinio económico es frecuentemente obscurecido por el hecho de que los*

*principios normativos no son introducidos explícitamente, pero en forma de 'conceptos' generales".(4) Esto, según el autor, da la falsa impresión de que las proposiciones económicas son apenas enunciados lógicos sobre hechos incontrovertibles.*

En el mismo diapasón, el también consagrado economista John Eatwell observa:

*"La Economía hoy está construida sobre fundamentos teóricos que excluyen la sustancia misma de la política económica, a saber, las instituciones económicas mediante las cuales la vida económica es realmente vivida" (EATWEL, 1994, p. 36).(5)*

No espanta, por lo tanto, que, sobre las visiones más privilegiadas de la teoría económica, pocas hayan sido las críticas con secuencias analíticas y propositivas, útiles para la adopción de reformas preocupadas en alcanzar la justicia económica.(6) Lo que faltaría al abordaje económico es justamente lo que los juristas pueden ofrecer: un entendimiento analítico e interpretativo de las reglas formativas de la política económica. Tal deficiencia del abordaje económico es claramente identificada por Myrdal. Para este economista, sería mejor "no tomar al ambiente institucional como dato".(7) Y añade que el "ambiente institucional" no es sino "el orden legal y las costumbres, hábitos, y convenciones, que son sancionados o por lo menos tolerados por esa orden legal."(8)

Todo esto adquiere relevancia más grande para el entendimiento de la relación entre derecho y economía cuando se observa que la estructura institucional compuesta por reglas y principios, y cuyo análisis es típicamente suprimido de la mayoría de las formulaciones calcadas en conceptos de la Ciencia Económica, constituye no apenas un presupuesto de la política económica, mas, sobretodo, permanece como objeto disponible para elaboración intelectual bajo la perspectiva originariamente jurídica.

### **3 Las Reglas de la Política Económica: Una Visión Preliminar**

#### **3.1 El Primer Derecho Económico**

Dadas las limitaciones de la Ciencia Económica para considerar la importancia y la interpretación de principios y reglas políticas y jurídicas, en los campos de la acción económica y de la política económica, surgió la necesidad de elaborar un "derecho" para la política económica. Ese derecho, claro está, necesitaba ir más allá de lo que fueron capaces de ofrecer el derecho civil y la *common law* en sus formulaciones clásicas de los siglos XVIII y XIX.

Así surgió, en el siglo XX, la oportunidad para que se intentase elaborar una rama del derecho abocada a la tarea de intentar sistematizar las reglas correspondientes a prácticas administrativas que se situaban en las bases de la política económica de aquel entonces. Sin embargo, el desarrollo de este "Primer Derecho Económico", que nítidamente es una especialización del Derecho Administrativo,(9) sufrió la influencia de dos factores decisivos. Uno fue la valoración del "dirigismo" económico y de estrategias de la "planificación económica".(10) Otro factor fue la ausencia, desde 1945 hasta la década de 1970, de acentuada vulnerabilidad de los sistemas económicos nacionales en

relación a la economía internacional. Esto provenía no apenas de las prácticas del proteccionismo comercial de las economías nacionales – siendo que cumple subrayar la permanencia, después de la Segunda Guerra, de barreras no tarifarias, que pasaron a ser incluidas en el rol de negociación solamente en las dos últimas rodadas (Tokio y Uruguay) del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) – pero resultaba también de la existencia, después de la Segunda Guerra Mundial, de un mecanismo de cooperación monetaria internacional a servicio de la estabilidad cambiaria: los préstamos del Fondo Monetario Internacional (FMI) destinados a países con dificultades en la balanza de pagos.

De esta corriente doctrinaria del "Primer Derecho Económico" hacen parte los tratados clásicos de la especialidad.(11) El objeto por excelencia de ese esfuerzo de construcción doctrinaria son las formas de intervención del Estado en el campo económico. Por otro lado, la agregación de temas constitucionales (12) a esa temática amplió, pero no cambió esencialmente, el abordaje de ese tipo de elaboración doctrinaria.

### **3.2 El Segundo Derecho Económico**

No obstante, los factores del contexto de la política económica arriba indicados sufrieron transformaciones importantes. Así, el relativo desprestigio del "dirigismo" como vector de la política económica y el decaimiento de la estabilidad cambiaria a partir de los años 1970, juntamente con la intensificación de la interdependencia(13) de las economías nacionales, tornaron limitado el alcance del Primer Derecho Económico. La verdad es que, a partir de las décadas de 1970 y 1980, hubo una proliferación de reglas que pasaron a instrumentar la política económica a servicio del pragmatismo económico y político, en favor de la expansión de mercados por medio de una agenda de liberalización comercial y financiera, cuya implantación pasó a ser impulsada por medio de los llamados "ajustes estructurales" del FMI y del Banco Mundial, bien como por los acuerdos comerciales y negociaciones absorbidas en la política comercial conducida en el ámbito de las rodadas Tokio (1973-1979) y Uruguay (1986-1994) del GATT y subsecuentemente bajo la autoridad de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus reuniones ministeriales. Esa reorientación de la política económica en el mundo capitalista fue grandemente impulsada por la quiebra del llamado "Diálogo Norte-Sur".(14)

Fue en ese contexto que, a partir de los años 1980, creció el interés por el "Análisis Económico del Derecho".(15) Bajo esa nueva óptica doctrinaria, las relaciones entre derecho y economía pasaron a apoyarse en presuposiciones derivadas de la teoría microeconómica. Sin embargo, las reglas de la política económica que pasaron a constituirse como agenda de reformas impulsadas por los ajustes estructurales del FMI y del Banco Mundial y por las dinámicas propias a la política multilateral del comercio centradas en la OMC, necesitaban de elaboración doctrinaria capaz de incluir a las nuevas instituciones ya mencionadas, tales como las operaciones del mercado abierto de los mercados de cambio, las operaciones financieras multilaterales, la política de comercio multilateral, pero incorporando también preocupaciones con valores morales y culturales, determinantes de demandas de identidad por parte de los grupos sociales participantes en la economía. La elaboración doctrinaria de las reglas de política

económica tendrían, además, que destacar la unidad del todo normativo y sus implicaciones para la sociedad y también en términos de ideales de justicia.

Por ser tributaria de la visión de sociedad implícita en la teoría microeconómica, innata a la Escuela Neo-Clásica o a la Ciencia Económica, el denominado "Análisis Económico del Derecho" es extremadamente cuestionable,(16) pues confunde "derecho subjetivo" con "maximización de utilidad". Aparte, no posee fundamentos doctrinarios para desarrollar el abordaje alternativo ya indicado que requiere elementos apropiados al desarrollo de análisis capaces de focalizar inclusive aspectos fiduciarios, y no apenas coercitivos, de la economía, conforme será discutido abajo.

## **4 Contribuciones para un Nuevo Derecho Económico (Post-Neoclásico)(17)**

### **4.1 Introducción**

Con la finalidad de desarrollar una perspectiva jurídica sobre la política económica que incluya a las nuevas instituciones y sus consecuencias sociales, vale la pena aclarar, en carácter preliminar, cuales son – entre estas instituciones – las principales, y cual es su importancia correspondiente para la administración de la economía.

### **4.2 El Marco Institucional Básico**

Existen formulaciones económicas que, como subrayado por Myrdal y Eatwell,(18) ocultan la presencia y la importancia de instituciones. Con ello, permanecen sustraídas del campo argumentativo los análisis con articulación esencialmente jurídica de la estructura institucional de la política económica.

En ese sentido, podemos entender que un autor clásico, como David Ricardo, en su famoso libro "Principios de Economía Política y Tributación" (1817), haya adoptado un abordaje abstracto, a tal punto que es capaz de omitir referencias a los ricos y variados efectos que las instituciones y su tratamiento jurídico tienen sobre el sistema económico.

En el abordaje de Ricardo, el rol del Estado se concentra, como el título de su obra indica, en la actividad de la tributación.

Pero el rechazo de las abstracciones empobrecedoras, típicas de muchas formulaciones económicas, conduce al entendimiento de que, en las sociedades de mercado contemporáneas, los intereses de los agentes económicos pasan a ser influenciados por el Estado de las maneras siguientes:

- a) Mediante la intervención normativa directa, involucrando: (i) las actividades correspondientes a los servicios públicos, utilidades públicas, empresas del sector público y actividades estructuradas por medio de los contratos administrativos; y (ii) reglamentaciones de la actividad privada, consistiendo en licenciamientos, prohibiciones y la inclusión de cláusulas de interés público en

contratos privados. En todos esos casos, se trata de instituciones de carácter coercitivo, ya que en tesis presuponen la posibilidad, en determinadas condiciones, de apelar al poder de comando del Estado para la aplicación de sanciones coercitivas. Tales instituciones son más fácilmente pasibles de tornarse inteligibles por medio de referencias discursivas a obligaciones, derechos y deberes, y, por eso, sobre ellas los operadores del derecho, especialmente los de orientación positivista, tienen facilidad de pronunciarse; y

- b) Alternativamente, la influencia de los Estados sobre los intereses económicos puede ser hecha de manera indirecta, mediante el control de flujos monetarios. En este último caso (control de los flujos monetarios), la política puede presentar un carácter sea coercitivo (sistema tributario), sea fiduciario (mercado abierto y mercado financiero internacional).

Típicamente, las políticas de naturaleza fiduciaria no adquieren, fácilmente, inteligibilidad por medio de referencias discursivas densas a "derechos", "obligaciones" y "deberes" – y por eso son más difícilmente analizables por operadores del derecho.

La sistematización de la política económica en esos términos está resumida en la Tabla 1 abajo. Tal vez valga la pena anotar que, para la consolidación de la capacidad del Estado de moldar a los intereses económicos a través de políticas fiduciarias (poco sujetas al filtro del análisis jurídico y de la elaboración jurisprudencial), fue crucial lo que los historiadores apellidaron de "Revolución Financiera", ocurrida en Inglaterra, en el siglo XVIII.(19) Esta revolución impulsó a la primera experiencia de estructuración de las finanzas públicas de modo a asociar el crédito privado a la administración de la deuda estatal. La "Revolución Financiera", en Inglaterra, correspondió a la creación del mercado de títulos de la Corona Inglesa. A partir de entonces, la rentabilidad de toda propiedad pasó a compararse a la tasa de interés del Banco de Inglaterra, en función de la posibilidad de inversión en bonos de la deuda de la Corona.(20) Esto creó un mecanismo poderoso, capaz de conectar – no discursivamente, mas monetariamente – la administración del crédito privado a decisiones coercitivas del Estado en otros campos, especialmente en el de la tributación,(21) pero abarcando, también, a lo largo del tiempo, a las actividades del sector público y a las medidas referentes a licenciamientos, vedas y a la inclusión de cláusulas de interés público en contratos privados. Y este mecanismo acabó articulándose con la gestión privada de la moneda en el ámbito internacional, bajo el arreglo informal del Estándar Oro Internacional.(22)

En relación a esto es de hecho curioso constatar que el desarrollo de la capacidad del Estado de moldar intereses económicos permaneció como que al margen del derecho (tanto en el plan del derecho interno como en el del derecho internacional) precisamente en el campo de las instituciones fiduciarias, existiendo allí – comparativamente al campo de las instituciones coercitivas – pocas categorías doctrinarias que auxilien en el esfuerzo analítico necesario a la elaboración jurídica y jurisprudencial. Sin embargo, este desequilibrio es sin duda mitigado en el caso de doctrinas vinculadas al derecho de tradición anglosajona, que cuenta con categorías – como las del *trust*, de los *equitable interests* y otras – del llamado "derecho de equidad".(23)

**Tabla 1 - Política Económica**

| Intervención Directa - Coercitiva   | Intervención Indirecta |  |
|---|------------------------|--|
| (i) Utilidades y servicios públicos y empresas del sector público   | Coercitiva             | Fiduciaria   |
| (ii) Reglamentaciones de la actividad privada: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Licenciamientos</li> <li>• Vedas</li> <li>• Cláusulas de interés público</li> </ul> | Sistema tributario     | Mercado abierto (intereses)<br><br>Mercado financiero internacional (cambio) |

De cualquier manera, lo que parece claro es que el crecimiento de la democracia introdujo un elemento fiduciario en el proceso político: los ciudadanos, periódicamente, ofrecen su confianza a los gobiernos mediante el proceso electoral democrático, lo que limita la capacidad del Estado de legitimarse puramente a través de la coacción.

Lo que ocurrió fue la introducción del elemento de fiducia política, institucionalizada por medio de la representación democrática de intereses, con la renovación periódica de los gobiernos en función de variaciones de la opinión pública, auscultada episódicamente por medio del proceso electoral. En Inglaterra, la ampliación del derecho de voto se inició con la primera reforma del Parlamento, en 1832. Y, en todas partes, la democracia se expandió en "olas".(24) A partir de ahí, el "debido proceso legal", (25) incluyendo la interacción de los procesos institucionales del Estado y la "legalidad", no pueden más escapar a la consideración del consentimiento autónomo de los individuos, que pasan a participar de la política en números crecientes.

Mas, al mismo tiempo, desde la "Revolución Financiera" fueron introducidas junto a la fiducia política, instituciones de fiducia económica, que no fueron, y aún hoy no lo son, útilmente elaboradas por economistas para la finalidad de la realización de la justicia económica. Tales instituciones de fiducia económica, donde se articula el crédito privado con instrumentos coercitivos del Estado, deberían ser objeto de nuevas elaboraciones jurídicas, tanto doctrinarias cuanto jurisprudenciales, que fuesen suficientes para capacitar al derecho a contribuir para la protección equitativa de los intereses de los individuos.

En esto, ciertamente, el derecho como materia en gran parte falló. El surgimiento del "positivismo jurídico", al suprimir las referencias a cualquier contenido sustantivo para la legalidad, apenas abrió camino para que el pragmatismo político hiciese las veces de la base valorativa de la política económica, que se tornó doblemente utilitarista y tecnocrática. Por otro lado, tampoco fue posible una recuperación del rol del derecho como fuente de contribuciones originarias de carácter ético para la política económica, ni siquiera a partir de aquellas formulaciones del "Primer Derecho Económico" que incorporan discusiones constitucionales, una vez que tales discusiones típicamente dejan

de desarrollar el esfuerzo de determinación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto derechos fundamentales. El cuadro se completa con el surgimiento de la perspectiva del "Segundo Derecho Económico", que prolonga la postura positivista, ahora presentada bajo nuevo ropaje, derivado de la Ciencia Económica.

### **4.3 Instrumentos de política económica**

Existen muchos ejemplos de reglas que dan forma jurídica a los instrumentos de política económica descritos arriba (ver Tabla 1) y que auxilian en la elaboración de categorías útiles al análisis jurídico de la política económica, una vez que tales categorías sean visualizadas como un todo articulado. Así, el primer tipo jurídico de instrumento de política económica puede ser ejemplificado en el disciplinamiento de actividades, mediante las cuales el Estado produce directamente utilidades bajo la forma de servicio público o de utilidad pública, o en la regulación de actividades mediante las cuales, en asociación con particulares, el Estado participa directamente de la producción de utilidades para consumo de la sociedad o de otras organizaciones, o encomienda a grupos privados la producción de tales utilidades por medio de contratos administrativos. Por otro lado, los licenciamientos concedidos por el Estado para una serie de actividades, tales como la construcción de obras públicas, el ejercicio de profesiones, la apertura de establecimientos comerciales, el acceso al patrimonio genético etc. son ejemplos del segundo tipo jurídico de instrumento de política económica. El tercer tipo jurídico de instrumento de política económica se refiere a las prohibiciones incidentes sobre el ejercicio de diversas actividades, muchas de las cuales pueden, incluso, ser penalmente cohibidas. Las prohibiciones pueden incidir, también, sobre la práctica de diversas especies de actos negociales, considerados ilegales o jurídicamente nulos. El cuarto tipo jurídico de instrumento de política económica consiste en la inclusión – administrativa, legislativa o judicial – de cláusulas de interés público en contratos privados. Tales cláusulas son de interés público porque, bajo la perspectiva jurídica, su contenido no puede ser objeto de negociación privada, al simple arbitrio de las partes. Al contrario, el contenido de tales cláusulas debe ser determinado mediante el "debido proceso legal". (26) La inclusión de cláusulas de interés público en contratos es lo que ocurre con gran frecuencia hoy en casi todas las especies de negocio civil o comercial, desde los contratos de alquiler residencial – cuyo contenido necesariamente comprende diversas cláusulas contractualmente innegociables sobre determinadas obligaciones establecidas legal y/o jurisprudencialmente para locatarios y locadores – y los contratos de trabajo, en el que innumerables cláusulas (salario mínimo, derecho a vacaciones, licencia maternidad, etc.) son obligatorias, hasta contratos bancarios, sujetos a diversas reglamentaciones innegociables privadamente y obligatorias para las partes. El quinto tipo jurídico de instrumento de política económica es ejemplarmente el impuesto, mas se refiere a cualquier tributo y exacción instituidos y administrados por el Estado. El sexto tipo jurídico de instrumento de política económica comprende al conjunto de negocios jurídicos mediante los cuales el Estado participa en el mercado de compra y venta de títulos financieros, inclusive los títulos de la deuda del Estado. Finalmente, el séptimo tipo jurídico de instrumento de política económica corresponde esencialmente al conjunto de negocios jurídicos mediante los cuales el Estado participa del mercado de compra y venta de monedas extranjeras y otros activos financieros expresos en moneda extranjera.

Así pues fue a través de esos medios, unos de naturaleza coercitiva, otros de naturaleza fiduciaria, que el Estado se tornó capaz de limitar, de manera diferenciada entre grupos e individuos, las condiciones que ellos tienen de formar sus preferencias en relación a la producción de utilidades, y también así con relación a la oferta de bienes para el consumo. Podemos entonces dividir a la política económica en cuatro grandes vertientes:

(1) una, fundada en el poder coercitivo del Estado de apropiación de la riqueza privada mediante el sistema tributario;

(2) la segunda, referente a las relaciones que el Estado establece con grupos privados mediante: (a) la estructuración administrativa y contractual de su poder de dispendio (esencialmente, involucrando al proceso presupuestario, procesos de licitación, contratos administrativos, inversiones en empresas del sector público y servicios públicos), excluidos los gastos financieros decurrentes de adquisiciones de activos financieros (moneda y títulos financieros) y del pago de deudas; y (b) su actuación como agente crediticio, ofreciendo préstamos con intereses subsidiados.

(3) la tercera, correspondiente a la reglamentación de la economía mediante licenciamientos o vedas y la inclusión (legislativa, administrativa o jurisprudencial) de cláusulas de interés público en contratos privados; y

(4) una cuarta, que se refiere a la participación del Estado en mercados financieros – específicamente el mercado abierto y el mercado de cambio – con repercusiones sobre las tasas de interés y cambio.

## **5 La Globalización como Mercantilización y Financierización**

### **5.1 Mercantilización y financierización abierta**

Lo que escapa tanto a la doctrina del "Primer Derecho Económico" cuanto al abordaje del "Análisis Económico del Derecho" (o Segundo Derecho Económico) es que el desarrollo de la política económica ha apoyado un amplio y poderoso programa de mercantilización y financierización de todo lo que, en las diversas sociedades, es apreciable a partir de puntos de vista distintos de la perspectiva de la eficiencia económica. "Mercantilizar" y "financierizar", del punto de vista jurídico, significan:

a) Mercantilizar: transformar un tipo de bien específico – por ejemplo, un antibiótico, el agua potable, servicios de educación, una innovación tecnológica, un tratamiento dentario, una obra de arte, un inmueble residencial – en mercancía, o sea, en una prestación de utilidad a la que corresponda una prestación pecuniaria, establecidas contractualmente mediante negociación privada, de manera más o menos exenta de la operación del debido proceso legal y sus lazos democráticos (permaneciendo, así los contratos sin incidencia del principal mecanismo de constitución de la fiducia política); y

b) Financierizar: subordinar, sobretodo por medio de la interconectividad contractual, la determinación de las prestaciones pecuniarias de la economía real a la especulación practicada en mercados financieros, incluyendo (en el caso de la "financierización abierta" resultante de la anulación de los controles cambiarios a partir de la década de 1970) a los mercados internacionales (bolsas de valores y de mercancías o mercados financieros privados, no adecuadamente alcanzados por la reglamentación pública).

La "mercantilización" y la "financierización abierta", por lo tanto, requieren la adopción de reformas que minimicen o supriman los instrumentos de "intervención directa" (todos coercitivos), reservando para los instrumentos de "intervención indirecta" – y destacadamente para los fiduciarios de carácter económico, poco sujetos a la operación del debido proceso legal – la función de ofrecer criterios marcadores del intercambio económico y de la formación de expectativas. El debido proceso legal y sus fundaciones democráticas operan allí parcamente, sobretodo en función de los siguientes factores: (a) relativa informalidad, insuficiente publicidad y acentuado esoterismo de diversos procesos de creación de normas (27) y de negociación;(28) y (b) relativo aislamiento burocrático de autoridades económicas como los bancos centrales y otras autoridades monetarias. Esta tendencia ha caracterizado buena parte de los esfuerzos de establecimiento de los llamados "regímenes internacionales" en el área económica, que producen impactos diferenciados sobre las diversas sociedades. En eso inciden las reformas en favor de la "privatización" o "mercantilización" de diversos bienes esenciales – incluyendo agua, saneamiento, carreteras, puertos, telecomunicaciones, salud, educación – combinadas con la creación de agencias reguladoras abocadas a la principal tarea de "proteger la ecuación financiera" de los contratos, focando la rentabilidad de las inversiones y marginando preocupaciones con los consumidores y con la protección de los derechos sociales, económicos y culturales. Viniendo como un complemento a la mercantilización, la "financierización abierta" de los nuevos y de los antiguos mercados de la economía real tiene como consecuencia el hecho de que la oferta de bienes esenciales, en sus características y sus precios, pasa a ocurrir en el contexto de parámetros dados por los movimientos financieros – muchas veces inesperados, irracionales y respondiendo al "instinto de manada" – y por la arquitectónica contractual constitutiva de la Inter.-conectividad financiera de portafolios, insuficientemente reglamentada por reglas públicamente instituidas mediante el debido proceso legal.

## **5.2 Economía y sociedad**

En relación a esto es necesario entender que toda economía, como se desprende de lo que afirma Polanyi,(29) reposa sobre un conjunto de relaciones que no se define apenas económicamente. Tal conjunto de relaciones, aunque no sea fijo, está formado por personas y/o cosas a las cuales los individuos destinan, en determinadas circunstancias, una consideración de tal modo especial que el valor de ellas no puede ser fácilmente traducido en un precio económico, o sea, en una prestación pecuniaria contractualmente establecida. Tal consideración especial que los individuos destinan a personas y cosas durante su vida atañe nociones de honra, dignidad, decencia, afectividad, autoestima, reverencia, etc. Aparte, la consideración especial puede ser atribuida, también, a lo que el

individuo entiende ser su propia naturaleza, incluso su naturaleza corporal y psicológica, en la medida en que integran lo que cada uno vivencia como siendo su estado de bienestar o "salud".

Así, las prácticas sociales sobre las que incide la consideración especial son sometidas a un régimen jurídico de inserción diferenciada en el sistema de contratos y pasan a constituir el substrato social de la economía, que no es fijo, ni inmutable, mas refleja las elecciones más privadas de los individuos. En el ámbito de tal substrato, se construyen las redes de lealtad – a personas, lugares, memorias y objetos con valor simbólico, afectivo o cultural, además de estrategias y procesos de formación de conocimientos y creencias – que existen como apoyo necesario a las redes de contratos constitutivos de la economía.

Esto significa que, de una manera general, el usufructo o consumo corresponde a las actividades sociales que, para cada individuo, tienen como suposición la negación subjetiva de la orientación para el canje. Tal negación, por su vez, ocurre cuando hay motivación para tanto, resultante de lo que cada uno vivencia a partir de encuentros frente a frente o procesos de interacción social, cuyo significado no es derivado primordialmente del uso de la moneda, pero sí del ejercicio de la comunicación lingüística(30) y de la llamada "política del reconocimiento".(31)

La negación de la orientación para el canje, radicada doblemente en la comunicación lingüística y en la política del reconocimiento, compone, así, el fundamento de las relaciones cooperativas y de solidaridad, consideración o reverencia que los individuos establecen entre sí, en ritmos existenciales diversos y con significados culturales variados, en el curso de la vida social. (32) A esas relaciones, los individuos no les atribuyen primordialmente un significado económico. Aquí, las relaciones incorporan un elemento de fiducia social, en los círculos privados de relaciones personales (familia, amistades, camaradería, vivencias en el proceso educativo de las escuelas, asociaciones informales, relaciones personales, etiquetas sociales, vida comunitaria, asociaciones profesionales, etc.). La determinación del contenido de tales relaciones ocurre con fundamento preponderante en experiencias sociales de interacción frente a frente, que pueden tener como una de sus características básicas, también, la ausencia de sistemática interferencia del aparato coercitivo del Estado, judicialmente movilizable.

Por lo tanto, en la vida social, existen diversas prácticas de usufructo o consumo que los individuos, en determinadas circunstancias y bajo patrones de cooperación social, eligen como bienes circunstancialmente indisponibles, sobre los cuales desean hacer incidir una "consideración especial" o protección, frente a la posibilidad de su desaparecimiento, decurrente de causas naturales o sociales. Tales bienes con reserva de indisponibilidad constituyen, por decirlo así, el núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales que necesitan de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, contextualizada en diferentes medios sociales y culturales.

Como ya fue dicho, los bienes tornados circunstancialmente indisponibles, a pesar de que en muchos casos puedan no adquirir indisponibilidad absoluta, frecuentemente incorporan en su constitución un elemento de fiducia social que está exento de limitaciones coercitivamente instituidas, y cuyo significado apenas secundariamente se

relaciona al precio económico. No obstante, en la ausencia de protección específica ofrecida por el Estado por medio del debido proceso legal, o por autoridad internacional, tales bienes, aun cuando no sometidos sistemáticamente a prácticas coercitivas, pueden, contrariando la voluntad del titular, y en virtud de su vinculación a la red de contratos constitutivos de la economía, ser transformados en bienes "mercantilizados" y financierizados y, por lo tanto, sujetos a la política económica supresora de los elementos de interés público de los contratos privados. En estos casos, la demanda por protección jurídica acaba atropellada por la gestión económica, más sujeta a los instrumentos de intervención indirecta, que pasan a ser, concentradamente, los instrumentos de molde económico de los intereses de los individuos y grupos.

Por eso, habiendo conflicto sobre cual debe ser considerado el contenido de interés público de las cláusulas contractuales, cabe a los operadores del derecho, atentos a los argumentos de las partes, relativos a lo que cada una considera ser sus derechos con reserva de indisponibilidad, contribuir para establecer, en cada caso, si, cuando, como, en que medida, bajo que condiciones y con que duración, debe la indisponibilidad prevalecer (por ejemplo, en el ámbito de políticas relacionadas a derechos como el "derecho a la educación", o "derecho a la salud", o "derecho a la habitación", etc.), de modo a que se alcance la justicia económica y no apenas la eficiencia económica.

### **5.3 Reserva de indisponibilidad, estructura social y dinámica económica**

Fue mediante semejantes elaboraciones que, en el siglo XX, se desarrolló y adquirió complejidad la reglamentación del mercado de trabajo, en gran parte con base en el Derecho del Trabajo y a su rica construcción doctrinaria y jurisprudencial. Como se sabe, fue esta regulación "jurídica", y en gran parte jurisprudencial, el medio capaz, por decirlo así, de "humanizar" el mercado de trabajo, tornándolo compatible con la existencia de las relaciones sociales no definidas primordialmente por el canje económico – lo que abarca diversas relaciones calcadas en la solidaridad, que son imprescindibles para que cualquier sociedad se organice.

Sin embargo, la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sofisticada, característica del Derecho del Trabajo, está ausente de la regulación de otros mercados – especialmente los mercados de servicios en expansión, en áreas como la de la salud y de la educación. La "mercantilización" de los servicios en áreas como esas es preocupante y sufre acentuado proceso de internacionalización.

Considérese el caso de la política de salud, hoy sometida a creciente mercantilización bajo la forma de los planos de salud y de las patentes de remedios. Sobre las patentes incide la política de propiedad intelectual, hoy ampliamente relevante del punto de vista de las políticas bilaterales y multilaterales de comercio. En el primer caso (políticas bilaterales), destácase el rol de "estrategias coercitivas"(33) de algunos países, notadamente de los Estados Unidos, bajo la influencia de poderosos grupos de interés, tales como la *Pharmaceuticals Manufacturing Association*.(34) En el caso de las políticas multilaterales, cobra importancia el conjunto de reglas llamado TRIPs (*Trade- Related*

*Intellectual Property Rights*) aprobado como legislación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).(35)

En el ámbito de tales políticas, el desarrollo de jurisprudencia, consonante con principios de protección a los derechos humanos, y correctiva de excesos del "molde económico" de intereses, podría contraponerse a los consensos tecnocráticos típicamente formados sin preocupación con ideales de justicia.(36)

Otro ejemplo de crucial importancia y que incluye la incidencia de la financierización es el de los mercados de activos "securitizados", en los que bienes de la economía real (por ejemplo, bienes raíces, o una cosecha agrícola), conectados a operaciones de financiamiento garantizado (por ejemplo, financiamiento con garantía hipotecaria u otra garantía real o personal), son comercializados en forma de "créditos financieros" en mercados internacionalizados. En esos casos, las redes de lealtad eventualmente referenciadas a las prácticas de usufructo y consumo, designadas como utilidades en los contratos de la economía real (por ejemplo, la actividad de usufructo residencial del inmueble, o el consumo de trabajadores participantes del emprendimiento de la producción de la cosecha agrícola), estarían sometidas, por medio de la interconectividad contractual, a riesgos financieros oriundos de la especulación en mercados impersonales – por ejemplo, en Londres, Sao Paulo, Nueva York, Hong Kong, Chicago, o Sydney.

En los ejemplos citados de financiamiento garantizado, los efectos de la interconectividad contractual corresponderían a la posibilidad de comprometimiento de relaciones de confianza social incidentes sobre:

- (a) el uso no comercial (por ejemplo, la vivienda) de los bienes raíces sometidos a hipoteca;
- (b) la amistad o lazo afectivo familiar involucrado en el establecimiento de garantía personal; etc. Raciocinio semejante podría ser trazado en relación a la política agrícola (subsídios, créditos, contratos agrícolas, cédulas rurales etc.) y sus relaciones con la llamada agricultura familiar en proceso de absorción por el agro-negocio. Serían también comparables los procesos económicos mediante los cuales modos de vida son destruidos en virtud de agresiones al medio ambiente decurrentes de proyectos de inversión.(37)

En realidad, para la mayoría de los individuos, todas las relaciones basadas en elementos de fiducia social, pueden ser, contra su voluntad, sometidas a diversos regímenes jurídicos conducentes a la "mercantilización" y a la absorción de tales relaciones por el "capitalismo de casino" de los mercados financieros estructurados en base a contratos financieros primarios, muchos de los cuales son inmunes a reglamentaciones de carácter público, como es el caso de los instrumentos llamados "*over the counter*" (OTC), que alimentan a los mercados de derivados. La necesidad de determinación del contenido del interés público de las cláusulas contractuales, mediante la operación del debido proceso legal, en esos casos, adquiere especial relieve e invita al esfuerzo de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, a servicio del establecimiento de parámetros o principios de justicia económica. Un aspecto digno de nota de los principios de justicia económica, sin duda, se refiere al hecho de que, considerada la presencia múltiple (política, económica,

social) del elemento fiduciario, probablemente merecerían especial atención de los juristas las situaciones de "quiebra de confianza" y la posibilidad de su conversión en obligaciones pecuniarias. En este sentido, principios jurídicos económicamente relevantes pueden: (a) ser aplicados a situaciones particulares, o (b) tener en cuenta la dimensión sistémica de la reglamentación económica, derivada de la interconectividad contractual.

Las hipótesis, más sencillas, de condenación individual en presupuestos de carácter alimentario o simplemente compensatorio, en función de comportamiento caracterizado como "quiebra de confianza", o "daño moral", (38) serían ejemplos de aplicación de principios jurídicos económicamente relevantes a situaciones particulares.

Como ejemplos de programas de gobierno en relación a los cuales pueden ser desarrollados principios jurídicos económicamente relevantes y con alcance sistémico, pueden ser citadas las políticas públicas correspondientes a: (i) programas de capitalización de trabajadores individuales, como el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS); (ii) fondos de pensión/jubilación; (iii) oferta de crédito público subsidiado para diversas finalidades, inclusive para la adquisición de vivienda, para la producción agrícola e industrial, para la exportación, etc.;(39) (iv) reglamentación de los mercados de crédito privados,(40) de los mercados de capital,(41) de la industria de seguros, inclusive los seguros de salud; etc.

## **6 Las Jurisdicciones Nacionales e Internacionales**

Para todos los casos de contratos constitutivos de la economía, sean contratos financieros, sean otros, conviene observar que el contenido de las cláusulas de interés público de esos negocios jurídicos es determinable en consecuencia de la operación del debido proceso legal de Estados nacionales. Mas, a la par, ocurre también con frecuencia la coordinación transnacional privada, o aún la coordinación entre autoridades económicas por procesos que permanecen sustraídos de la visibilidad pública y del alcance de las reglas públicas, que hayan sido negociadas en espacios institucionales públicos y ampliamente representativos.(42)

Por ello, en el plan internacional, puede y debe ser relevante la actuación de órganos judiciales supranacionales, siendo merecedora de destaque la posibilidad de que las cortes de derechos humanos puedan jugar tal rol con notables contribuciones. Los tribunales arbitrales, inclusive el Mecanismo de Resolución de Controversias, de la OMC, y el *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), del Grupo Banco Mundial(43) (entre muchos otros) tienen una limitación cabal, al excluir completamente de sus jurisdicciones las discusiones sobre bienes con reserva de indisponibilidad. En principio, los tribunales arbitrales consideran todos los derechos como siendo intrínsecamente negociables. En ese sentido, ha sido benéfica la evolución de la doctrina relativa a la aplicación de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales, que han subrayado la relevancia de los llamados "Principios de Limburgo", de 1987,(44) y la aplicabilidad interna inmediata de ciertos derechos consagrados en pactos y jurisprudencia internacionales, tales como algunos derechos sindicales, el derecho a igual remuneración por igual tarea, la libertad de investigación científica, el derecho a la educación, etc.(45) Existe incluso una jurisprudencia internacional, con impacto potencial

sobre los contratos que dinamizan a la economía, como la decisión acaecida en el llamado Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores vs. Panamá), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que trató de violaciones a los derechos humanos vinculadas a la demisión de trabajadores.(46) Otro ejemplo interesante es el del juicio conocido como Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en el que fue afirmado el derecho de la comunidad indígena Mayagna, de usufructo de sus tierras conforme usos ancestrales, frente a la pretensión de empresas comerciales de explotar madera.(47)

## 7 Conclusiones

La apellidada "globalización de la economía" ha sido, frecuentemente, invocada para justificar un proceso de cambio de las políticas económicas y de las políticas públicas de diversos países.(48) La imagen que la prensa divulga de tal proceso hace parecer que es inexorable e inherente al funcionamiento de la economía mundial y de las diversas economías nacionales. En el campo jurídico, el baluarte teórico de ese proceso es el Análisis Económico del Derecho. Pero es necesario, para los juristas y tribunales nacionales e internacionales, rescatar el rol del análisis jurídico y recuperar la capacidad de que los tribunales judiciales ejerzan autoridad sobre los diversos aspectos de la política económica, preservando los derechos de los individuos y grupos, que no deben quedarse a la merced de lo que dicen ser "imperativos económicos".

La realidad es que tales "imperativos económicos" no existen, no constituyen la naturaleza de las instituciones, por más que muchos análisis económicos hagan parecer que no hay alternativas a la política económica corrientemente adoptada. Nada en la sociedad es inexorable, de acuerdo con la lección de Maquiavel. Que los juristas, abogados y tribunales se inspiren, con el fin de avanzar más allá de los conceptos ofrecidos por la Ciencia Económica (adaptados como "Análisis Económica del Derecho"), y hagan valer, al lado de la eficiencia económica, los ideales de justicia económica.

## Referencias Bibliográficas

BERCOVICI, Gilberto. O Planejamento e a Constituição de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). Constitucionalizando direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 305-328.

BRAUN, Rudolf. Taxation, sociopolitical structure, and state-building: Great Britain and Brandenburg Prussia. In: TILLY, Charles (Org.). The formation of national states in western Europe. Princeton: Princeton University Press, 1975. p. 243-327.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Mudanças no papel e nas estratégias do FMI e perspectivas para os países emergentes. In: FERRARI FILHO, Fernando; PAULA, Luiz Fernando de (Org.). Globalização financeira. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 179-203.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e jurisdição constitucional: notas sobre a determinação normativa dos direitos constitucionais. Revista de Informação Legislativa, ano 28, n. 111, p. 41-56, jul./set. 1991.

\_\_\_\_\_. Julgar a economia. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 68, n. 1, p. 190-203, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. Política e relações internacionais: fundamentos clássicos. Brasília: Ed. UnB, 2005.

\_\_\_\_\_; VALLADÃO, Maria Izabel de Carvalho. Globalization and recent political transitions in Brazil. International Political Science Review, v. 24, n. 4. p. 465-490, 2003.

CONFORTI, Benedetto; FRANCONI, Francesco (Org.). Enforcing human rights in domestic courts. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

DEVOLVÉ, Pierre. Droit public de l'économie. Paris: Dalloz, 1998.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. A Dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação do Estado, 1960-2000. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, p. 163-176, 2000.

DICKSON, Peter G. M. The financial revolution in England. London: Macmillan, 1976.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value. In: \_\_\_\_\_. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985 pp. 237-266.

\_\_\_\_\_. Why efficiency?. In: \_\_\_\_\_. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 267-289.

EATWELL, John. Institutions, efficiency, and the theory of economic policy. Social Research, v. 61, n. 1, p. 35- 53, 1994.

EICHENGREEN, Barry. Globalizing capital. Princeton: Princeton University Press, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico, Rio de Janeiro: Forense, 5. ed., 2004.

FREITAS, Maria Cristina Penido; PRATES, Daniela Magalhães. Sistema financeiro e desenvolvimento: as restrições das novas regras do Comitê da Basiléia sobre os países periféricos. In: FERRAZ, João Carlos; CROCCO, Marco; ELIAS, Luis Antonio (Org.). Liberalização econômica e desenvolvimento. São Paulo: Futura, 2003. p. 234-261.

FURTADO, Celso. Teoria e política do desenvolvimento econômico. São Paulo: Ed.Nacional, 1987.

GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HIRSCHMAN, Albert O. Grandeza e decadência da economia do desenvolvimento. In: \_\_\_\_\_. A economia como ciência moral e política. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 49-80.

HUNTINGTON, Samuel. Democracy's third wave. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Mark (Org.). The global resurgence of democracy. 2. ed. [s.l.]: The Johns Hopkins University Press, 1996. p. 3-25.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID convention: regulations and rules. Washington, D.C.: ICSID/15/Rev. 1, Jan., 2003.

KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. Power and interdependence. 3. ed. New York: Longman, 2001.

LOUREIRO, Maria Rita. Os economistas no governo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). O Brasil e os acordos econômicos internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65-73.

MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito econômico. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MYRDAL, Gunnar. Aspectos políticos da teoria econômica. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Legalidade e eticidade nas pequenas causas. In: \_\_\_\_\_. Direito legal e insulto moral. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 31-46.

POLANYI, Karl. The great transformation. Boston: Beacon Press, 1944.

POSNER, Richard A. Economic analysis of law. 2. ed. Boston: Little Brown, 1977.

PRADO, Mariana Motta. Análise de custo-benefício e o direito. In: BITTAR, Eduardo C.B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). Temas de filosofia do direito. São Paulo: Manole. p. 33-82.

SELL, Susan K. Intellectual property protection and antitrust in the developing world: crisis, coercion and choice. International Organization, v. 49, n. 2, p. 315-349, Spring, 1995.

SHONFIELD, Andrew. Modern capitalism. London: Oxford University, 1969.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, Amy (Org.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University, 1994. p. 25-73.

TOMMLINSON, Jim. *Public policy and the economy since 1900*. Oxford: Oxford University, 1990.

UNITED NATIONS Commission on Human Rights. *Economic, social and cultural rights: effects of structural adjustment on the full enjoyment of human rights*. E/CN.4/1999/50. 24 de fevereiro de 1999.

UNITED NATIONS General Assembly. *Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*. A/55/342. 31 de agosto de 2000.

UNITED NATIONS. *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. E/CN.4/1987/17.

WEIR, Margaret; SKOCPOL, Theda. State structures and the possibilities for 'Keynesian' responses to the great depression in Sweden, Britain, and the United States. In: EVANS, Peter B.; RUESCHEMAYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda (Org.). *Bringing the state back in*. Cambridge: Cambridge University, 1985. p. 107-163.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

---

(\*) - Este trabajo es una versión modificada y ampliada de artículo de mi autoría publicado con el título "Direito e Economia: Contribuições para o Desenvolvimento da Doutrina dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais" en Renato Zerbini Leão (Coord.), *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 2005, tomo III, pp. 291-312.

(1) - Para una discusión, ver PRADO, 2004.

(2) - TOMMLINSON, 1990, p 34

(3) - Ver LOUREIRO, 1997.

(4) - MYRDAL, 1986, p. 160.

(5) - EATWELL, 1994, p. 36.

(6) - Es evidente que las discusiones académicas en la materia son más ricas y variadas de lo que el mercado de profesionales para asesoría económica absorbe, tanto en el sector público cuanto en el sector privado. Aún desconsiderando todo el universo de las propuestas socialistas ligadas a la noción de planeamiento central, varias escuelas de pensamiento económico tuvieron, en el pasado – y hay otras que potencialmente lo

tendrían en el presente –, impactos sobre la formulación y la administración de políticas económicas socialmente diferenciadas, como fue el caso de ciertas corrientes de interpretación de la teoría keynesiana, de la teoría del desarrollo económico y de la llamada Escuela de Estocolmo. Para una discusión de la articulación de las corrientes de pensamiento entre economistas y abogados en el contexto de los "mercados internacionales de conocimiento técnico", ver DEZALAY & GARTH, 2000. Ver, para una caracterización de los posibles alcances de la teoría del desarrollo económico, HIRSCHMAN, 1986 y FURTADO, 1987. Para una discusión de los contextos políticos en que estuvieron involucrados el keynesianismo, en los Estados Unidos y en Inglaterra, y la Escuela de Estocolmo, en Suecia, ver WEIR & SKOCPOL, 1985.

(7) - MYRDAL, 1972, p. 162.

(8) - Idem, ibidem.

(9) - El Primer Derecho Económico fue, esencialmente, fruto de la cultura jurídica continental europea, siendo menos compatible con la tradición de la *common law* angloamericana.

(10) - Cf. SHONFIELD, 1969, p. 71-236. Para el caso de Brasil, fueron relevantes las experiencias del Plan de Metas (1956-1961), del Plan Trienal (1962-1963) y del II Plan Nacional de Desarrollo (1975-1979). Ver BERCOVICI, 2003. Ver también, sobre planeamiento en Brasil, GRAU, 1978.

(11) - Ver, por ejemplo, DEVOLVE, 1998; SOUZA, 1980; MONCADA, 1988; y FONSECA, 2004.

(12) - Ver, por ejemplo, GRAU, 2000. Soy grato a Carlos Jacques Vieira Gomes y a los participantes del "*Grupo de Direito e Economia*" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia, por discusiones sobre este punto.

(13) - Para una discusión sobre la "interdependencia compleja", ver KEOHANE & NYE, 2001. Para la contextualización del concepto, ver CASTRO, 2005, p. 122-134.

(14) - Ver CASTRO, 2005, p. 134-144. El liderazgo del presidente americano, Ronald Reagan, en el sentido de marginar los esfuerzos de cooperación Norte-Sur para la adopción de políticas proactivas, favorecedoras del apalancaje del desarrollo de países del Sur, quedó patente en su pronunciamiento en la Reunión sobre Cooperación y Desarrollo, celebrada en Cancún, México, en octubre de 1981. Los puntos enfatizados por Reagan en esa ocasión, y que señalaban una reorientación de la agenda de cooperación internacional fueron los siguientes: "estimular el comercio internacional por medio de la apertura de mercados dentro de países y entre ellos"; "mejorar el clima para flujos privados de capital, particularmente la inversión privada"; y poner de lado a las "políticas inadecuadas (*misguided policies*) que restrinjan o interfieran en el mercado internacional o causen inflación". Ver <http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1981/102181c.htm> consultado el 02 de julio del 2005.

(15) - Una obra que se convirtió en referencia central de la literatura pertinente fue Posner, 1977. Este "Segundo Derecho Económico", que, en Brasil, permanecía limitado sobretudo al área de los análisis en el campo de la política de defensa de la competencia, ha expandido su alcance en Brasil. Cf. ZYLBERSTAJN; SZTAJN (Org.), 2005.

(16) - Para algunas problematizaciones, ver DWORKIN, 1985a; e DWORKIN, 1985b.

(17) - Esta sección incorpora algunos argumentos de CASTRO, 2002.

(18) - Ver arriba, Sección 2 del presente texto.

(19) - El estudio clásico es DICKSON, 1967.

(20) - Esta transformación de las finanzas públicas demoró más a ocurrir fuera de Inglaterra. Para una comparación en ese sentido, de los casos inglés y prusiano, ver BRAUN, 1975.

(21) - La conexión entre la administración (fiduciaria) del crédito privado y la administración (coercitiva) del sistema tributario, en realidad, se convertirá, en el siglo XX, en la base de la política macroeconómica, que procurará articular, de manera precisa y sistemática, la proporción de la recaudación frente al gasto (política fiscal) con la política monetaria. Esta conexión entre la administración del crédito privado y la administración del sistema tributario ofrece también la base de la "financierización" de la economía (sobre esta noción, ver abajo, sección 5).

(22) - Ver EICHENGREEN, 1996.

(23) - Ver, sobre el derecho de equidad, CASTRO, 1991.

(24) - La expresión es de Samuel Huntington. Ver HUNTINGTON, 1996.

(25) - Para fines de la presente discusión, el "debido proceso legal" será entendido como el conjunto de procedimientos públicos del Estado moderno, incluyentes de la interacción de los procesos electoral, legislativo, administrativo y judicial, de modo que haya contribución jurisprudencial orientada para atribuir, por medio de la hermenéutica jurídica y constitucional, significado ético a las normas públicas, inclusive a las normas de la política económica.

(26) - En el sentido adoptado aquí, el debido proceso legal constituye el conjunto de actividades institucionales del Estado (entre las cuales se destaca la actividad jurisdiccional, con sus contribuciones de carácter hermenéutico) orientadas para la definición discursiva del contenido y del alcance del interés público de las diversas cláusulas de los contratos constitutivos de la economía.

(27) - Por ejemplo, decurrente del "poder normativo" de las agencias reguladoras.

(28) - Como los pertinentes al establecimiento de reglas para la cooperación en el área de "créditos a la exportación" o al establecimiento de las llamadas "cartas de intenciones" y también las "*side letters*", que definen referencias obligacionales o de expectativas entre el Fondo Monetario Internacional (FMI) y Estados nacionales. Para una discusión de la instrumentalización jurídica de las políticas abarcadas en acuerdos con el FMI y su aprobación en Brasil, ver Medeiros, 2003, donde el autor subraya el valor atribuido al carácter de "acuerdo de caballeros" de entendimientos fijados por medio de cartas de intención con el FMI. La misma figura del "acuerdo de caballeros" es utilizada para validar las reglas sobre cooperación de países ricos en el área de créditos a la exportación. Ver, por ejemplo, *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, "*Arrangement on Officially Supported Export Credits*", D/PG(2004)12/VER, 27-Jan- 2005, en la dirección [http://webdomino1.oecd.org/olis/2005doc.nsf/Linkto/td-pg\(2005\)22-final](http://webdomino1.oecd.org/olis/2005doc.nsf/Linkto/td-pg(2005)22-final), consultado el 8 de agosto de 2005.

(29) - POLANYI, 1944.

(30) - Hoy tornada más compleja, involucrando incluso el uso y procesos sociales referentes a la producción, apropiación y circulación de la "información", lo que incluye la constitución de redes sociales, con base en la tecnología de la información.

(31) - La "política del reconocimiento" se refiere a procesos sociales conflictivos relevantes para la definición de identidades. Sobre la "política del reconocimiento", ver TAYLOR, 1994.

(32) - Pueden ocurrir injusticias en la "política del reconocimiento", normalmente derivadas de situaciones en que alguien se vale de una posición de poder (económico o

organizacional, en ambos casos con legitimación jurídica) para ejercer opresión en relaciones frente a frente. En ese sentido, vale señalar que, según Taylor, 1994, p. 25, "nuestra identidad es parcialmente formada por el reconocimiento o su ausencia, y frecuentemente por la desconsideración (*misrecognition*) por parte de otros". Además, "el no reconocimiento o la desconsideración pueden infligir daño, puede ser una forma de opresión, aprisionando a alguien en un modo de ser falso, distorsionado, reducido". Idem, ibidem.

(33) - Estrategias coercitivas son aquellas que utilizan medidas de retaliación en el área de la política comercial, como, por ejemplo, el aumento de tarifas de importación para determinados tipos de productos.

(34) - Cf. SELL, 1995. Otros grupos de intereses indicados por SELL, 1995, como actores relevantes en la formación de medidas de política comercial bilateral de los Estados Unidos son la *Semiconductor Industry Association*, la *Business Software Alliance*, y la *International Alliance for Intellectual Property*. Cf. idem.

(35) – En el área de la política de patentes en su relación con la política de salud, comienza a desarrollarse, en Brasil, un campo doctrinario halagüeño. Para algunas formulaciones, ver PICARELLI; ARANHA (org.), 2001.

(36) - Ver, por ejemplo, discusión en el Informe de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas intitulado "*Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*". A/55/342, 31 de agosto de 2000.

(37) - Un ejemplo internacionalmente conocido es el de la construcción del gasoducto/oleoducto Baku-Tibilise- Ceyha, en territorios de tres países (Azerbaijón, Georgia y Turquía), que recibió críticas de movimientos sociales de defensa de los derechos humanos. Ver documentación producida por Amnistía Internacional y disponible en la dirección <http://www.amnesty.org.uk/business/btc/#clarify>, visitado el 14 de julio de 2005.

(38) - O aún "insulto moral" o "agresión cívica". Sobre estas nociones, ver OLIVEIRA, 2002.

(39) - Las posibilidades de distribución del crédito a tasas de interés y condiciones de pago diferenciadas es relevante. Sobre esto vale la pena registrar la importancia de posibles principios jurídicos aplicables: (a) a políticas de fomento, abarcando bancos de desarrollo y agencias de fomento; y (b) a las prácticas de ayuda financiera por medio de entidades como las agencias de crédito a la exportación, el FMI y otros fondos internacionales como el Fondo para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA), además de los bancos multilaterales. Sobre la evolución de las operaciones del FMI, ver CARVALHO, 2004.

(40) – Por los mismos motivos mencionados en la nota anterior, debemos señalar la importancia de posibles principios jurídicos aplicables a la regulación bancaria en general, inclusive las normas oriundas de mecanismos de su coordinación internacional, tal como el llamado "Comité da Basilea", ligado al *Bank for International Settlements* (BIS). Sobre el "Comité de Basilea", ver FREITAS e PRATES, 2003.

(41) - Incluyendo su posible coordinación internacional, como, por ejemplo, por medio de reuniones y deliberaciones de la llamada *International Organization of Securities Commission* (IOSCO).

(42) - Por ejemplo, reuniones de presidentes de bancos centrales.

(43) - Para una descripción del ICSID, ver *International Center for Settlement of Investment Disputes*, 2003.

(44) - Ver *United Nations*, 1987.

(45) - Sobre la aplicabilidad interna, ver TRINDADE, 2001, pp. 122-139 y SCHEININ, 1995. Para estudios sobre la aplicación interna en diversos países, ver CONFORTI & FRANCONI, 1997.

(46) - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores vs Panamá), Sentencia del 2 de Febrero de 2001.

(47) - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

(48) - Para el caso de Brasil, ver CASTRO; VALLADÃO, 2003.