

Derecho y Economía en el Siglo XXI

Coordinadoras

María Ovidia Rojas Castro

M^a Teresa Montalvo Romero

Teresa Da Cunha Lopes

Editado: Morelia, octubre 2009

ISBN: 978-0-557-21659-8

© **Derecho y Economía en el Siglo XXI**

Coordinación Editorial y Diseño

Sergio Rogelio Tinoco Martínez

Diseño del Logotipo en la Portada

Lucía Tinoco Martínez



Directorio



Universidad Michoacana de
San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales

Dra. Silvia M^a Concepción Figueroa Zamudio
Rectora

M. en D. Hill Arturo Del Río Ramírez
Director

L. E. J. Refugio Rodríguez Velázquez
Secretario Particular

Lic. Gustavo Guerra Servín
Sub-Director

Lic. Juan Carlos Gómez Revuelta
Secretario Privado

Lic. Zayuri Aguirre Alvarado
Secretaria Académica

Dr. Raúl Cárdenas Navarro
Secretario General

Lic. Damián Arévalo Orozco
Secretario Administrativo

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero
Secretario Académico

Lic. J. Jesús Rodríguez Morelos
Secretario de Desarrollo Estudiantil

M. E. y A. S. Amalia Ávila Silva
Secretaria Administrativa

Lic. Miguel Mendoza Barajas
Coordinador General de Licenciatura

Dr. Humberto Urquiza Marín
Secretario Auxiliar

Lic. María Elena Pineda Solorio
*Coordinadora de la Licenciatura
en Derecho, Sistema Abierto*

C. P. Horacio Guillermo Díaz Mora
Tesorero

Lic. María Eugenia Morales Lemus
*Coordinadora de la Licenciatura
en Derecho, Sistema A Distancia*

L. E. Ignacio Benjamín Campos Equihua
Contralor

Dr. Héctor Pérez Pintor
*Coordinador de la División
de Estudios de Posgrado*

Lic. Juan José González Hernández
Abogado General

Mtra. M^a del Rosario Ortiz Marín
*Secretaria de Difusión Cultural
y Extensión Universitaria*

www.umich.mx

www.themis.umich.mx

Derecho y Economía en el Siglo XXI

ÍNDICE

Los Determinantes Culturales en la Expansión del Comercio Electrónico
Jorge Sainz González pp.10-34

Derecho, Economía y Humanismo. (La Utopía del Siglo XXI)
Francisco Javier Ibarra Serrano pp.35-44

Liberalismo, Neoliberalismo y Postneoliberalismo
José Guadalupe Vargas Hernández pp.45-66

*La Delincuencia Organizada y el Blanqueo de Capitales.
Directrices Internacionales sobre la Materia*
Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch pp.67-82

El Derecho Fundamental de Protección de Datos en el Siglo XXI
Francisco Sacristán Romero pp. 83-111

*Las Relaciones entre México y los Estados Unidos de América a la Luz del
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).
Una Visión desde el Derecho y la Economía*
Miguel Ángel Medina Romero y Víctor Antonio Acevedo Valerio pp.112-133

El Juicio Sumarísimo Civil, Ejemplo de Economía
Ricardo García Mora pp.134-146

Derecho y Economía: Una Relación de Siempre
Héctor Chávez Gutiérrez pp.147-158

Derecho y Economía en el Siglo XXI
Clara Romero Jaime pp.159-166

Las Franquicias y su Legislación
Alan Freddy Carrasco Dávila pp. 167-174

El Derecho Penal Económico y la Persona Jurídica
Erandi Guadalupe Damián Ábrego pp.175-182

Conciliación Global como Fin del Derecho
Isabel Guerra Narbona pp.183-193

*Economía Política de la Corrupción en el Capitalismo Periférico
Iberoamericano ante la Transición Post Modernista*
Jorge Isauro Rionda Ramírez pp.194-206

La Evasión Tributaria en la Exportación de Productos Asiáticos
Leonel Raúl Angulo Ávila pp.207-210

Contaminación Hidrológica y Posibles Soluciones Legales en la Zona Sur de Tamaulipas
Luis Moral Padilla pp.211-218

*Derechos de Propiedad del Fenómeno Migratorio de la Mariposa Monarca:
Un Análisis desde la Perspectiva de la Teoría Económica*
Antonio Kido Cruz pp.219-225

Derecho Constitucional y Rectoría Económica
Yurisha Andrade Morales pp.226-241

La Rectoría Económica Estatal en la Constitución Mexicana
M^a Ovidia Rojas Castro pp.242-249

El Sector Eléctrico y la Rectoría Económica del Estado
Jorge Martínez Martínez pp.250-257

¿Puede la Federación Establecer Impuesto Alcabalatorios?
Jorge Álvarez Banderas pp.258-262

Inconstitucionalidad de los Artículos 1114, 1116 y 1117 del Código de Comercio
Jorge Reséndiz García pp.263-271

Globalización: Orígenes y Definición
Alan Freddy Carrasco Dávila pp.272-278

*El Concepto de Flexibilidad del Trabajo en la Economía del Conocimiento:
¿Hacia una Mayor Calidad del Empleo?*
Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes y Lucía Villalón Alejo pp.279-289

Marco Jurídico del Software y su Impacto en la Economía
Rubén Darío Ávalos Gómez pp.290-297

Política y Apartheid. La Discriminación Racial en África del Sur
José María Amenós Vidal pp.298-314

*El Fondo Monetario Internacional y sus Efectos Económicos
con los Países Subdesarrollados*
Martha Ochoa León pp.315-325

*Consideraciones de un Enfoque Jurídico-Económico en torno a los
Tratados de Libre Comercio Suscritos por el Estado Mexicano*
Miguel Ángel Medina Romero, Víctor Antonio Acevedo Valerio y Rolando Chávez
Chávez pp.326-335

*Teletrabajo, Integración Social y Seguridad Social: La Estrategia Europea
frente al Debilitamiento del Estado del Bienestar*
Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes y M^a Eva López Ramos pp.-336-339

El Derecho Económico Mexicano y el Orden Público Económico Global
M^a Teresa Montalvo Romero pp.340-350



Los determinantes culturales en la expansión del comercio electrónico

JORGE SAINZ
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

La irrupción de Internet ha permitido que empresas hasta ahora circunscritas a un relativamente pequeño mercado local pasasen a ser jugadores en un mercado global. Es por lo tanto importante tener en cuenta cuáles son las estrategias que necesitan las empresas para tener éxito en este mercado internacional. Partiendo de las 3C (contenido, comunidad y comercio electrónico) añadimos una tercera área fundamental en la internacionalización de la empresa, que es la cultura local. Las empresas están reconociendo este cambio como fundamental para tener presencia en una sociedad globalizada y multicultural.



1. Introducción.

La introducción de las nuevas tecnologías, y en especial de Internet, ha representado un cambio en el marco global de funcionamiento de las empresas tanto desde el punto de vista de la relación con sus proveedores como desde las relaciones con sus clientes. Las posibilidades de Internet, entre las que se incluyen la gestión electrónica de los aspectos financieros de la empresa, investigación de mercado, publicidad y marketing de los productos de la empresa, gestión de la relación con los clientes a los que se da un mayor poder en su relación con los proveedores ya que disponen una mayor información tanto en el proceso de adquisición como en el proceso de decisión al poder realizar más fácilmente comparaciones entre los distintos proveedores, tanto a nivel como a nivel internacional (Seybold, 1999).

Esta nueva mentalidad del consumidor, con un mayor poder del que disponía hasta el momento, hace que a la hora de plantear sus estrategias las empresas abandonen planteamientos locales y adopten globales. Tal como señalan Quelch y Klein (1996), cualquier compañía que decida situarse en Internet se convierte en una multinacional, se vuelve automáticamente accesible para millones de nuevos consumidores de distintos países y con patrones de gasto y consumo completamente distintos. Su sitio web pasa a ser su tarjeta de visita y el escaparate que tiene para toda una variedad de clientes que trabajan con la empresa.

Se abren nuevas oportunidades que permiten desarrollar nuevas estrategias de crecimiento, una nueva logística, un planteamiento nuevo de personal y de gestión de clientes. Las facilidades que supone Internet para lograr la internacionalización de la empresa en cuanto a la mejora en el acceso y mayor difusión de los distintos productos que la empresa distribuye.

Sería ingenuo pensar que la creación de la página supone, por sí sola, el éxito en la internacionalización de la empresa. Su resultado va depender de su capacidad de comprender el entorno de las distintas áreas geográficas donde quiere estar presente y sus particularidades culturales. Es este cambio en la empresa es el que pretendemos analizar en este artículo, planteando cuáles son los factores claves en el éxito de la internacionalización de las empresas y en el éxito en esta labor.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



2. Un marco para la nueva organización empresarial.

El uso de las TIC por parte de las empresas mejora la gestión de las actividades de la cadena de valor y estimula comportamientos más innovadores, no sólo basados en el desarrollo de nuevos productos, servicios o procesos, sino en la calidad de las interacciones de la empresa con el entorno (Vilaseca y Torrent, 2005). Cuando estas interacciones se realizan a través de Internet, se ha considerado tradicionalmente que hay que tener en cuenta lo que en la literatura se denominan las tres “ces”: Contenido, Comunidad y Comercialización (Jain, 1997). Cada una de estos pilares representa las áreas vitales a cubrir por parte de una organización para conseguir no sólo el establecimiento en la red sino también que dicha presencia sea estable y mantenida a lo largo del tiempo. Obviamente, y debido al entorno globalizado, es necesario que la presencia de la empresa en cada país sea establecida teniendo en cuenta las características locales, su adaptación a un mercado más amplio que al que hasta ahora se enfrentaban es un proceso más complejo que el hecho de realizar una tecnología capaz de conectar a los consumidores con los productores. Es por ello que es relevante añadir cultura como un factor adicional que representa la importancia que pasa a tener para las empresas la capacidad de ofrecer sus productos de acuerdo con las características y necesidades de cada mercado.

Podemos considerar, por lo tanto, que los cambios que se deben producir en la empresa se producen en cuatro marcos fundamentales: la cultura, el contenido que ofrecen las empresas, la comunidad que crean para sus nuevos productos y por último, su capacidad de traducir los cambios que experimenta la empresa a todos los niveles en una expansión de su negocio asociada a la facilidad de captar nuevos consumidores. A continuación vamos a pasar a realizar el análisis de las peculiaridades de cada una de estas áreas para poder plantear a continuación las características de una estrategia global.

El contenido como factor de calidad de producto

La calidad del producto sigue siendo la clave del éxito de cualquier estrategia, y el principal producto de cualquier web es ofrecer información a través de sus páginas, especialmente a medida que el producto que puede ofrecer una empresa puede ser cada vez más complejo. El desarrollo de



Internet esta permitiendo la difusión de música, imágenes, juegos, cine, etc. cuyo principal objetivo es crear valor para el consumidor.

A medida que se adoptan las nuevas tecnologías de distribución, fundamentalmente la banda ancha, los consumidores demandan un mayor número de aplicaciones multimedia (música y video) y la forma de plantear cómo se comercializan dichos productos, pasándose de las páginas planas sin apenas imágenes a las modernas visitas interactivas. Estamos en una sociedad donde la información y los bienes en los que se presenta pasan a tener un papel clave, renunciándose a un medio distribución físico (la tienda, el catálogo, etc.), reduciendo el coste marginal de las empresas a la hora de ponerlos a disposición de los clientes, pudiendo reducir el precio de los productos (Dolfsma, 2004).

Como Guadamuz (2005) señala, es realmente el acceso al contenido el factor clave dentro del fenómeno de Internet. Sin embargo hay que señalar que una estrategia global requiere que ese tipo de información esté vinculada directamente a las necesidades del público objetivo. En este sentido se espera que la información evite situaciones que afecten negativamente la percepción de los potenciales clientes, independientemente de que dicho contenido se encuentre en el idioma local o en inglés ya que, como indican Luna *et al* (2002), el empleo del inglés no es un factor que distorsione el uso de los distintos productos, aunque si que lo es la utilización de estereotipos locales tanto en el diseño como en el lenguaje. Bajo estos mínimos, el dinamismo del contenido pasa a ser la principal fuente de atracción de los consumidores que con su fidelidad facilitan la rentabilidad de la empresa (Jain, 1997).

La comunidad como nexa de unión entre los clientes

La palabra comunidad virtual aparece ligada inmediatamente al desarrollo de Internet en el sentido de experiencia compartida. La posibilidad de conseguir la fidelización de los clientes de una empresa a través de establecerá sentimiento de grupo es una de las mayores ventajas que se pueden encontrar en la utilización de la red. El origen de las comunidades virtuales se puede encontrar en el inicio de Internet y de las redes anteriores, especialmente aquellas vinculadas a investigación como CSNET.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Con la ampliación del acceso a Internet se empiezan a desarrollar comunidades comerciales con vista a obtener la rentabilidad a través de la publicidad, acuerdos con empresas de distribución o el cobro de cuotas de participación. En la actualidad el concepto de comunidad se ha ido ampliando hasta agrupar un número amplio de prácticas como reuniones sociales on-line, chats, grupos de noticias, blogs, foros de e-mail, etc. Estos cambios no sólo son distintos en forma, sino que también varían en cuanto a organización, existen foros creados por usuarios independientes, existen foros organizados por organizaciones sin fines de lucro y otros regentados y planteados por empresas con el fin de obtener los mayores beneficios posibles. El Gráfico 1 muestra cómo se produce la interacción en los grupos.

La presencia y la vigilancia en las mismas también es un factor relevante; existen modelos desde el más absoluto anonimato, a aquellas donde el registro detallado es imprescindible para participar, comunidades sin ningún tipo de control a otras muy vigiladas por parte de sus miembros o de sus organizadores (Langerak *et al.*, 2003). Estas variedades generan distintos tipos de estructuras, aunque el resultado final, la interacción de los participantes, sigue siendo la interacción¹, no sólo por compartir intereses comunes, sino también por pertenecer a grupos afines, utilizar productos similares, intercambiar opiniones, etc.

Para crear comunidad, el conocimiento cultural de los individuos es fundamental ya que distintas culturas tienen distintas reglas de interacción entre individuos y distintas regulaciones que afectan a esas relaciones. Los conflictos a los que diversas empresas de Internet han tenido que enfrentarse por obviar dichas reglas (por ejemplo Google en China o Yahoo! en Francia) son una muestra clara de estos problemas y de sus desagradables consecuencias. Casos contrarios, como la comunidad internacional de cámaras fotográficas Lomo son claro exponente de cómo el desarrollo de la comunidad ha permitido que un producto funciona a través de la demanda de una comunidad virtual.

¹ Los servicios de mensajería instantánea, como el de Microsoft o Yahoo! son ejemplos de esa interacción. La unión de estos dos servicios va a permitir que la estructura se amplíe, lo que hará que su valor de ambos pueda superar la de competidores como ICQ ó Skype, permitiendo que los usuarios sean "tentados" a un mayor grupo de ventas cruzadas de servicios.

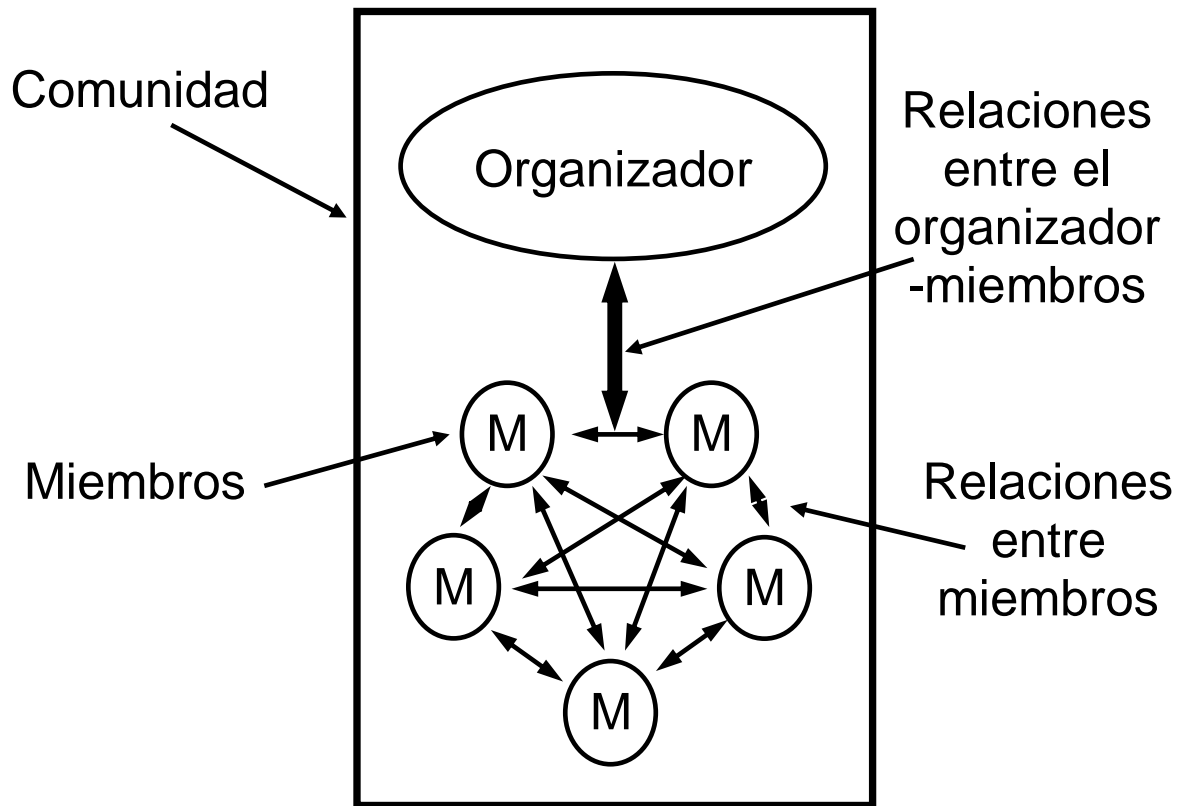


Gráfico 1: Interacciones de una comunidad virtual (basado en Langerak *et al.*, 2003)

El e-commerce como una nueva forma de distribución influenciada por la cultura

El objetivo de toda estrategia es conseguir de forma eficiente sus objetivos. El caso del e-commerce requiere que antes de plantearse cualquier tipo de estrategia haya que plantearse en un principio plantear las necesidad y la características locales que van a permitir el establecimiento de negocio que presente posibilidades de éxito.

La expansión que realizaron muchas de las empresas de Internet estadounidenses a finales de la década de los 90 fue debida en gran parte a su superioridad tecnológica (Kotha *et al.*, 2001). Muchas de las decisiones de entrada se hicieron teniendo en cuenta el potencial rendimiento de las estrategias pero sin valorar de forma correcta fuentes de incertidumbre como el riesgo país, y más



importante, la distancia cultural, que como señala Hofstede (1998) son más importante en el caso de las empresas de Internet².

El no advertir dichas diferencias, manteniendo modelos de negocio con estrategias de marketing que no eran capaces de advertir esas diferencias hizo que muchas empresas se enfrentasen a la indiferencia, cuando no al rechazo, a la hora de presentar sus productos, evitan el éxito que debe ser la calve de la estrategia.

La cultura como instrumento englobador de cara al planteamiento de la estrategia

Siguiendo de nuevo a Hofstede (1998), los principales caracteres culturales para un planteamiento estratégico en una nueva cultura van a ser la aversión al riesgo, la incertidumbre, el machismo de la sociedad y la distancia dentro de la estructura social. Seguiremos el desarrollo de Kotha *et al*, (2003) a la hora de evaluar dichos principios:

- i) Por **aversión al riesgo** nos vamos a referir a la ansiedad con la que responden los miembros de una sociedad cuando se enfrentan a situaciones ambiguas o desconocidas. En general, los miembros de sociedades con alta aversión al riesgo, como pueden ser aquellas resultantes de la caída de las economías socialistas, valoran sistemas claros y regulaciones estrictas, mientras que los países con cultura de baja aversión (países asiáticos) normalmente están mas preparados para trabajar en situaciones de incertidumbre y presentan menos resistencia al cambio y una mayor tendencia a trabajar en situaciones con incertidumbre.

Estos resultados son relevantes en modelos de negocio de Internet ya que presentan nuevas innovaciones, por lo que, por ejemplo, los consumidores pueden ser reticentes a involucrarse en comercio electrónico debido a la falta de conocimiento de cómo llevar a cabo dichas transacciones. Caso más complejo es la divulgación de la información

² Es curioso reseñar el ejemplo de los mercados de subastas. El líder mundial e-bay no fue capaz de captar las sutilidades del de los mercados asiáticos, el resultado fue que Yahoo!, que normalmente juega como segundo jugador por haber iniciado más tarde su presencia, pero que ha sido capaz de captar las especialidades culturales en mercados como el japonés o el chino, sea el líder en subastas en esos mercados.



personal, detalle clave en estrategias de empresas como Amazon, donde la estrategia de personalización puede representar un riesgo para el consumidor (Rothaermel y Sugiyama, 2001).

- ii) El **individualismo** se refiere a la forma de relación de los individuos dentro de una sociedad y el interés que tienen objetivos colectivos para sus componentes. En sociedades muy individualistas (el paradigma es Estados Unidos) las uniones de los individuos con la sociedad son ligeras mientras que en sociedades con un menor grado la participación del grupo social en el comportamiento es más relevante, jugando el individuo un papel menor en la decisión (caso de las sociedades latinoamericanas. La diferencia es relevante ya que productos y tecnologías típicamente diseñados para sociedades individualistas presentan situaciones despersonalizadas, que no conllevan relación y por lo tanto son menos atractivas para sociedades más colectivas.
- iii) El **machismo de la sociedad** se refiere a la dimensión que la diferencia de género representa en una sociedad. En sociedades con alto machismo (por ejemplo la japonesa) los roles entre los sexos están claramente diferenciados y los valores masculinos, como la competitividad o el éxito, son considerados los ideales culturales de la sociedad. Sociedades más femeninas (por ejemplo los países escandinavos), los papeles que juegan los individuos son independientes de su sexo y por lo tanto valores como la humildad y la armonía son los relevantes. Dewett y Jones (2001) muestran que en sociedades machistas los hombres son los que controlan las distintas tareas representativas de la organización, por lo que la llegada de Internet representa una tarea adicional a desarrollar por ellos, reduciendo la entrada femenina en el negocio facilitando la llegada de las empresas al público objetivo, ya que la tecnología permite a los hombres de nuevo marcar diferencias con respecto a las mujeres.
- iv) La **distancia** se refiere a cómo una sociedad responde a la desigualdad entre los agentes tanto en términos físicos como de capacidades. En sociedades con mucha distancia (sudeste asiático) existe una elevada desigualdad a la hora de acceder a distintas oportunidades de desarrollo personal, mientras que en las sociedades más igualitarias

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



(países centroeuropeos) la posibilidad de acceso a distintos grupos crea una distribución más igualitaria. Las innovaciones tecnológicas representan una oportunidad de desarrollo para el individuo que, por tanto, serán más accesibles para la totalidad de los miembros de una sociedad cuanto más igualitaria sea ésta.

Los distintos efectos de la cultura en todas las áreas representa el factor clave en el marco conceptual que podemos ver desarrollado en el Gráfico 2. Obviamente todas las dificultades y riesgos que supone acertar con la estrategia tienen una contraprestación. La primera y más obvia es que las empresas obtienen un mayor tamaño de mercado. Mayores mercados ofrecen más oportunidades de crecimiento e incentivos para invertir. Además, como señalan Dollinger y Golden (1992), cuando las empresas se preparan para abrir a nuevos mercados mejoran sus posibilidades de crecimiento no sólo en el nuevo mercado sino también en los tradicionales. En cualquier caso es claro que la cultura afecta cada uno de los aspectos que define el marco estratégico, analizando en el próximo epígrafe cómo se debe implementar y desarrollar una estrategia global.

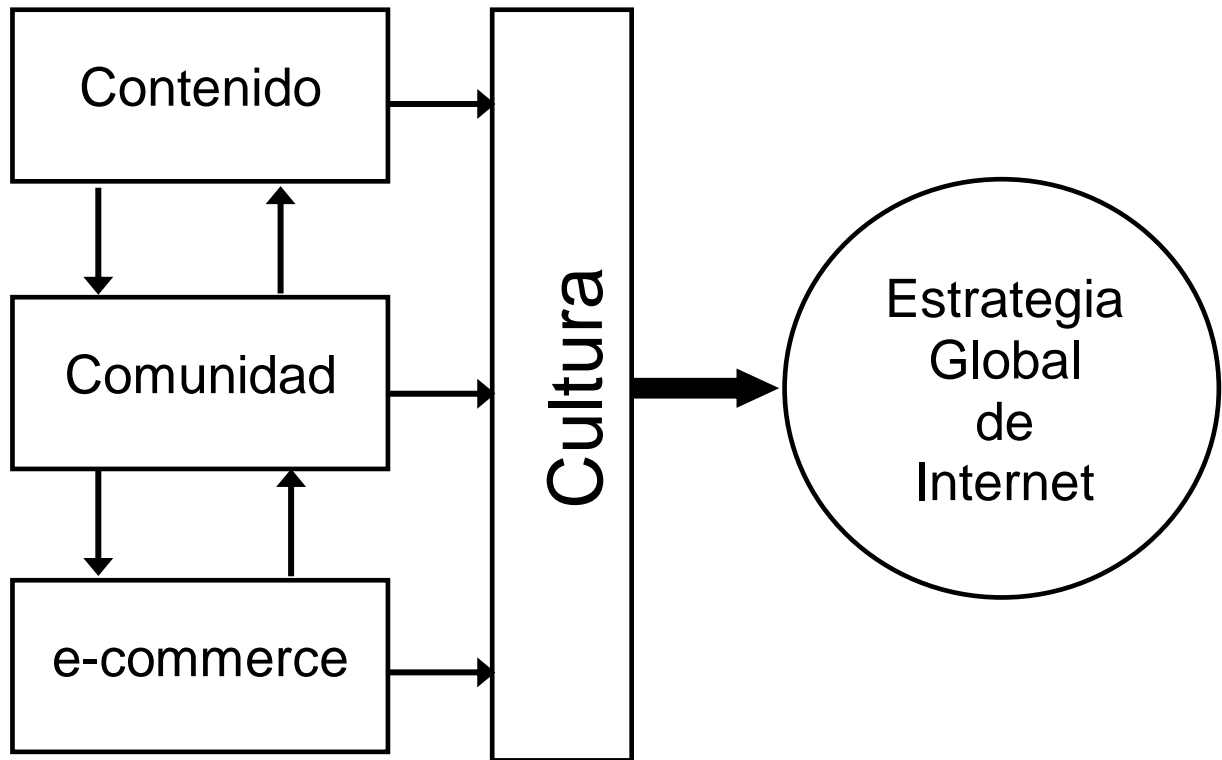


Gráfico 2: Marco conceptual para las estrategias de Internet

3. Estrategias globales.

El Gráfico 2 muestra el papel clave de la cultura en su interrelación con las 3cs más cultura en el desarrollo de la estrategia para Internet. La cultura representa un papel clave en la introducción de las empresas en los mercados. Es interesante comparar este resultado con el planteamiento tradicional³ de presencia en mercados internacionales, tal como lo presenta Horrillo (2006), y que se muestra en el Gráfico 3.

³ Una de las diferencias más relevantes va a ser la importancia de la presencia física. Los nuevos modelos sólo necesitan que la empresa extienda el modelo de negocio en el marco local pero ni la producción ni la

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales

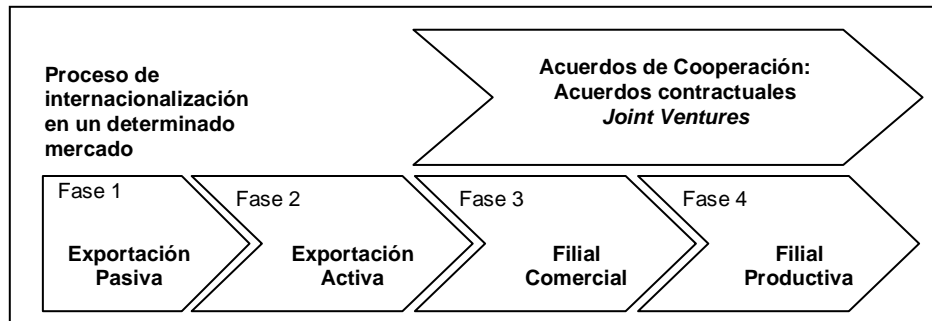


Gráfico 3: Estrategia de internacionalización tradicional (Horrillo, 2006)

Las empresas en una primera fase se dedican a la exportación sin presencia física en el mercado, primero desde un punto de vista pasivo, existiendo interés por el desarrollo posteriormente en vender en ese mercado. Para ello se utilizan dos estrategias: La primera pasa por la utilización de acuerdos de colaboración con empresas locales (por ejemplo es la forma de entrar en el mercado chino) mientras que en otros mercados se suele utilizar primero la presencia comercial a través de una filial, mientras que si el mercado de la empresa continua su crecimiento se exige la presencia de una filial productiva.

Por el contrario, al establecer una estrategia global de Internet se desestructura la línea anterior de crecimiento en el exterior y se plantea un modelo más simple, donde la empresa ya no requiere presencia física en el mercado y la presencia comercial facilita que toda la estructura de valor se deslocalice desde el país donde la empresa radica su actividad, el país donde comercializa el producto y el país donde se realiza la producción. Este cambio hace que la nueva organización empresarial pueda estar desligada de la producción remitiéndose la estrategia exclusivamente a la comercialización en los diversos mercados⁴. Pero a diferencia del caso anterior, donde la presencia local aseguraba un contacto con la realidad local, ese contacto no existe y sólo la comprensión de las peculiaridades en cada zona puede evitar los errores de gestión.

comercialización son relevantes en ese mercado. El cambio de la sociedad arrastra al modelo productivo en una sociedad donde la información es el carácter definitorio (Castells, 2001).

⁴ El ejemplo arquetipo es IBM que ha vendido todo su negocio de producción pero no el de creación de productos, obteniendo valor a partir de su investigación y gasto en I+D.



Una vez establecido el marco hay que definir la estrategia. Frente al objetivo inicial de las empresas en Internet “hacerse lo mas grande posible a cualquier precio” en este momento el planteamiento objetivo es bien distinto. Acosta, Sainz y Salvador (2006) señalan que ese cambio de estrategia es común a todos los sectores de la economía y como Barwise et al (2002) señalan tiene unas nuevas bases que son alcance, riqueza y fidelización.

Con respecto al alcance nos referiremos a la capacidad de cualquier estrategia a llegar de forma convincente al mayor número de consumidores posible. La búsqueda de la satisfacción del consumidor puede ser extremadamente compleja y costosa para el desarrollo de una estrategia efectiva. Niveles altos de satisfacción se traducen en mayores deseos de mejora, que para la empresa se traducen en gastos que son negativos de cara a la expansión. La facilidad de copiar estructuras de satisfacción y atención al consumidor y la competencia entre las empresas pueden afectar los resultados de las empresas.

Una de las ventajas de Internet es que sirve para gestionar las expectativas de los consumidores. Cuanto mayor sea el volumen de consumidores que se puede alcanzar, la información que se difunda permitirá que los clientes mantengan sus expectativas controladas. Yahoo! por ejemplo ha realizado en los últimos años un cambio en su estrategia, del concepto original de ser todo para todo el mundo en Internet se ha enfocado diferencialmente en ser un medio de comunicación integrado que forma parte de la experiencia diaria on-line de sus usuarios, buscando un papel más limitado y claro, sin crear falsas expectativas sobre sus posibilidades.

A medida que los límites geográficos desaparecen, el alcance que finalmente consigan las empresas se traducirá posteriormente en mayor oportunidad de negocio y una mejora de los costes. A medida que hay un mayor número de clientes estos consiguen mejorar su habilidad en la utilización de la red, lo que lleva por un lado, a un mayor uso y, por otro, a que pueda servir para atraer nuevos internautas. Ese aumento en el alcance es la clave para asegurar una ventaja competitiva sostenible cuya validez dependerá del sector donde se desarrolle su negocio (Grewal *et al*, 2004). Posteriormente, al analizar las claves de la estrategia, sólo el hecho de tener la posibilidad de un alto alcance permitirá el éxito.



Riqueza de los datos que se pueden explotar

Directamente relacionado con el anterior está la riqueza de la cantidad e importancia de la información que la empresa puede ofrecer a los consumidores, como aquella que puede recoger de los mismos. La gestión de las bases de datos permite realizar un cambio fundamental en el negocio, permitiendo colocar el producto ante los ojos de los consumidores, produciéndose lo que Sharma y Sheth (2004) denominan un marketing centrado en el consumidor, frente a un marketing enfocado en los grandes grupos. La posibilidad de hacer llegar mensajes personalizados a los individuos refuerza la importancia de la idoneidad cultural de cada uno de los contenidos emitidos.

La ventaja que obtiene las empresas es poder a ofrecer el mensaje correcto a cada individuo, se pasa de la regla tradicional del 80/20 (el 20% de los individuos realizan el 80% del consumo) se pasa a una situación donde las empresas ya sólo tienen que enfocarse en aquellos consumidores que son realmente rentables, evitando costes innecesarios. Es claro que los beneficios en mercados nuevos van a verse afectados positivamente si la empresa sólo se va a enfocar en aquellos clientes rentables, manteniendo aquellos clientes que son viables económicamente o estratégicamente (es decir, aquellos cuyo consumo es importante en cuanto al incremento que pueden suponer de otras formas de ingresos no existentes previamente).

Fidelidad a las empresas

Como Porter (2001) señala, Internet no ha cambiado los principios del Marketing, y la fidelización sigue siendo parte clave del crecimiento de la empresa. Los clientes se plantean un cambio de proposición de valor por una nueva proposición de valor. Iffeld y Winer (2002) señalan que, en Internet, el modelo tradicional de jerarquía de las decisiones pasa del pensar-sentir-hacer a un comportamiento vinculado a las compras de productos de bajo compromiso (pensar-hacer-sentir), por lo que sólo un alto reconocimiento de marca permitirá que sean capaces de sobrevivir, como se ha podido verificar a lo largo de los últimos años, sólo un número pequeño de empresas ha conseguido sobrevivir.

Moe y Fader (2000) muestran que aquellos clientes que visitan de forma más continua las tiendas son los que tienen más posibilidades de comprar. Esta fidelidad, a pesar de que los costes de

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



transacción relacionados con el cambio son más bajos en el medio on-line, la fidelidad es mayor que el medio off-line.. Dicho de otra forma, la fidelidad se traduce en negocio, y el negocio en beneficios de forma más rápida que en los mercados tradicionales.

Partiendo de las bases señaladas para la estrategia global, ésta sólo será realizable si se cuenta con las siguientes bases habilitadoras de la estrategia.

Categoría de producto

Las categorías de producto con mayor éxito son aquellas que están claramente estandarizadas y donde no existe dispersión de marca (caso de viajes, CDs, DVDs o libros) ya que no existe la incertidumbre en la calidad de dichos productos, con proposiciones de valor tangibles y claramente diferenciadas. Es en estos segmentos que se puede obtener una mayor facilidad en la entrada. Adicionalmente este tipo de productos facilitan la interacción con comunidades, facilitando la fidelización del consumidor.

Acceso a la información

Como ya hemos señalado, Internet permite el acceso a información de forma más efectiva. Un sitio comercial permite obtener un catálogo amplio con esfuerzos mínimos y con costes financieros y de almacenamiento mucho más reducidos, en un punto donde no pueden compararse con las tiendas físicas, pudiendo ofrecer más información a los consumidores.

Por otro lado los consumidores pueden intercambiar datos entre si, compartiendo experiencias sobre productos y marcas, consiguiendo contactar más eficientemente con los clientes, aunque en todo caso se hace con una mayor privacidad, lo que hace que el valor percibido por los clientes sea mayor (Grewal *et al*, 2004.).

Acceso a la información de precios

La percepción de la objetividad de precios y la posibilidad de poder comparar precios facilita la elección del consumidor permitiendo así que el consumo de bienes se pueda realizar de forma más

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



eficiente (Smith y Brynjolfsson, 2001). En este contexto los clientes pueden valorar no sólo el precio que ofrecen los diversos proveedores sino también la comparación entre los gastos asociados al envío, el tiempo de recepción del artículo y la credibilidad (dada por el poder de mercado) de cada uno de los países. El concepto de comparador de precios, como el que ofrecen páginas como Yahoo!, Kelkoo o Froogle, es un ejemplo de imparcialidad dada que permite a los usuarios tener el poder a la hora de tomar su elección de compra.

Novedad

Internet sigue siendo una novedad para muchos consumidores, siendo el perfil que presentan estos consumidores distintos al que ya existe en otros mercados. Como señalan Barbera, Doncel y Sainz, (2005) aquellos consumidores con un poder adquisitivo más alto y más intensivos van a ser los primeros en tratar de entrar en un mercado que siempre va a tener novedades ya que los sistemas de venta y fidelización van a avanzar más deprisa que los sistemas más tradicionales, los formatos de compra van a cambiar rápidamente y van a ofrecer mayor valor en cada transacción.

Accesibilidad

Uno de los principales problemas que presenta el desarrollo de Internet a nivel internacional es el desarrollo de la conexión (Acosta *et al*, 2006), lo que sin duda produce retrasos en la adopción de la nueva tecnología. Existiendo conexiones viables, los clientes pueden acceder desde casi cualquier lugar a las compras, pero el retraso en la creación de conexiones de calidad será uno de los factores que excluirá a aquellos mercados menos evolucionados⁵.

Conveniencia

Internet ofrece un horario continuado desde cualquier punto con conexión a Internet. Con consumidores cada vez más exigentes con respecto a su tiempo de ocio, Internet permite que se

⁵ Yahoo!, por ejemplo, permite acceder a su portal a través no sólo de Internet sino a través de la tecnología 3G y está desarrollando el sistema de acceso a través de televisión que permite integrar toda la experiencia de ocio del usuario.



mantenga la satisfacción de los consumidores a pesar de que el servicio mejora (Lewis y Breidger, 2000). Es este cambio el que facilitará el desarrollo de Internet.

Estas actuaciones permitirán el establecimiento de una marca. Los consumidores tendrán en mente la personalidad de las empresas que, como señalan Smith y Brynjolfsson (2001), se ha de traducir en uno de los factores claves que determinará el éxito del modelo de negocio. En el próximo epígrafe determinaremos las claves del éxito.

4. Perspectivas de la empresa red en un entorno internacional.

Las empresas que se planteen una estrategia internacional van a tener que evolucionar de forma continua para mantener una posición de éxito (Earl, 2000). Al centrar su estrategia en un marco dinámico de crecimiento, sus perspectivas de éxito deberán tener en cuenta los siguientes objetivos que van a representar en cualquier caso los puntos de ventaja seguir compitiendo se deben plantear (Rothaermel *et al*, 2006):

i) *Mantener el contenido continuamente actualizado*

La fidelidad requiere de competitividad por parte de la empresa. Sólo aquellas empresas que decidan invertir en calidad de contenido conseguirán hacerlo. El planteamiento es más complejo que el simple gasto, puesto que debido a los cambios de tendencias y la facilidad de entrada en el mercado, las empresas deben mantener siempre el producto en vanguardia para poder seguir siendo atractivas.

ii) *Arquitectura integral*

A pesar de que hasta ahora no lo hemos tratado, el aspecto tecnológico es fundamental. Las empresas requieren de sistemas actualizados para poder seguir manteniendo las expectativas de sus clientes en cuanto a facilidad y rapidez de acceso, seguridad en la transacción y aspecto actualizado y atractivo para los clientes.

iii) *Estrategia clara del canal electrónico*

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Uno de los principales problemas estratégicos de las empresas de Internet ha sido lo erráticos de sus planteamientos de Internet, con sucesivos cambios de posicionamiento que no han permitido que los clientes se habituasen a su uso. Sólo con una estrategia clara las empresas podrán evitar usuarios confundidos que nunca podrán ser fidelizados lo que, como hemos visto, acaba traduciéndose en compras.

iv) *Implantar y mantener procesos de alto rendimiento*

Bajo este epígrafe se engloban todas aquellas estrategias que se centran en facilitar todo el proceso de la transacción, desde que se inicia la adquisición hasta que el consumidor recibe el producto. Una parte clave para mantener al cliente y su fidelidad proviene de que el cliente perciba que todo el proceso es claro, transparente y sobre todo, eficiente. Eso facilitará la repetición de las compras y el aumento de la credibilidad tanto de la empresa como el del entorno.

v) *Continua actualización con respecto a las tendencias y cambios culturales*

Como señala Seybold (1999), Internet representa un sistema cambiante que se ve influenciado por la evolución de la sociedad. Sólo aquellas empresas que evolucionen con el mercado y sean capaces de prever esos cambios, se adelanten a ellos e incluso puedan motivar dicho cambios. Empresas como Google que han marcado una tendencia o que incluso han creado una palabra para denominar las búsquedas en algún idioma (como en alemán) han representado un éxito en la estrategia.

vi) *Aprendizaje del comportamiento de los usuarios*

La explotación de la cantidad de información que cada usuario deja en los blogs de la empresa de Internet al realizar su navegación es un factor clave para conseguir datos que permitan segmentar de forma más clara a los potenciales clientes. Este comportamiento es mucho más importante a nivel internacional ya que el diferente comportamiento de cada país, relacionado con sus peculiaridades, puede ser mejor explotado a partir de esta información. La explotación representa no sólo ventajas para

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



el vendedor, sino también para el comprador, que ve optimizado su tiempo de navegación al reducir los costes de búsqueda.

El resultado de estas estrategias definen un modelo de negocio escalable a nivel internacional, aprovechando la complementariedad⁶ de recursos que permite la red obteniendo economías de escala que la expansión internacional va a favorecer al reforzar las economías de escala (Ethiraj, Guler y Singh, 2000). La novedad de la introducción de Internet representa la transformación del modelo de negocio y de la forma de llegar al consumidor.

La empresa internacional tiene una oportunidad de crecimiento que gracias a la virtualidad le va a permitir crecer y plantear un negocio saludable a partir de ofrecer un servicio de alto valor para el usuario. Es este cambio el que va a abrir las perspectivas de crecimiento más allá de su ámbito de presencia tradicional, por lo que este tipo de estrategia de crecimiento empresarial se va a reproducir en los próximos años. Este tipo de crecimiento va a permitir que empresas más pequeñas creen un negocio internacional. Ejemplos de éxito, como la empresa Barrabes, van a animar a otros empresarios a tomar ese planteamiento de crecimiento internacional, basado en las nuevas estrategias que hemos señalado anteriormente.

Obviamente estas estrategias tienen peligros que no hay que desdeñar (Bhagwati, 2004). Las empresas pueden estirar su estructura productiva hasta límites que desgasten la estructura eficiente del negocio, lo que se traduce en un crecimiento desequilibrado a largo plazo que es sinónimo de desastre. Las perspectivas de crecimiento de las empresas van a verse limitadas por alguno de los siguientes factores, como detalla Grewal *et al* (2004):

Falta de experiencia de producto

Muchos de los productos que entran en nuestra cesta de la compra son fruto de la experiencia del consumidor en la prueba de los mismos, ya que la experiencia positiva con los mismos se deriva de

⁶ La definición de complementariedad es equivalente a lo que en teoría económica tradicional se conoce como ventaja comparativa. Los beneficios no son sólo beneficiosos para los países desarrollados sino para los países que consiguen cimentar un desarrollo que posteriormente se puede traducir en crecimiento sostenido. Para más detalles sobre los mecanismos de desarrollo a través del aprovechamiento de las complementariedades ver Wolf (2004).



su uso diferenciado, lo que no es fácil en un entorno que facilita la homogenización de los productos. Sólo a través de experiencias positivas (videos del producto, etc.) se puede conseguir un resultado equivalente tanto en ventas como en satisfacción.

Falta de confianza interpersonal

Muchas de las adquisiciones minoristas vienen vinculadas por la sensación de confianza que ofrecen los responsables en la relación personal con el cliente. En el caso de la Internet la confianza personal se tiene que sustituir por la credibilidad en la marca y la expectativa que cualquier error se va a poder subsanar inmediatamente. Este problema es especialmente importante para la expansión internacional, especialmente si no va incorporado a una eficiente logística.

Falta de gratificación personal inmediata

Una adquisición que requiere de un periodo elevado para su adquisición siempre va a suponer un problema en comparación con el mundo off-line. Sólo aquellos productos que se pueden adquirir en el momento (software o música, por ejemplo) pueden comprarse.

Costes elevados de envío y gestión

Smith y Brynjolfsson (2001) señalan que es uno de los factores determinantes en la decisión de compra del consumidor. La internacionalización de la economía tiene uno de sus principales problemas en ese tipo de gastos y la eficiencia de los mismos. La correcta gestión de este tipo de productos es relevante para cualquier empresa ya que los errores suponen pérdidas irremisibles de clientes.

Sentimiento de inseguridad

Especialmente relevante en las transacciones. Como señalan Acosta *et al* (2006), la desconfianza de los consumidores a poner sus datos bancarios conlleva problemas relacionados con los distintos pagos. La inseguridad de poner el número de la tarjeta o de la cuenta corriente retrae a muchos consumidores, especialmente en pagos transnacionales, por otro lado las empresas también se

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



enfrentan a esos problemas en transacciones multinacionales debido a los problemas de fraude e impago.

No crear una base estable de consumidores

Cómo hemos visto el principal problema va a ser mantener la lealtad de los clientes. El problema que se plantean muchas empresas es cómo va a modificarse la lealtad de los consumidores. La idea de que las empresas tradicionales mantienen más fácilmente la lealtad no realmente cierta. Como señalan Lewis y Breidger (2000), los clientes establecen su comportamiento en función de los beneficios que la empresa pueda proporcionarla.

Sin embargo, como señalan estos autores, esa lealtad es simplemente una pseudolealtad en cuanto aunque incorpora la realización de compras repetidas no supone un compromiso emocional de vinculación con la marca, lo que si que supone una relación a largo plazo que es independiente del precio que puede fijar la empresa. Seybold (1999) refuerza este planteamiento, ya que reconoce que los clientes “virtuales” son más dependientes de este tipo de servicios que, en el caso de una buena experiencia, van a producir una lealtad a largo plazo.

Respuesta

	Primaria	Secundaria	Resultado
Pseudolealtad	Negocio repetido	Neutral	Corto plazo
Lealtad	Negocio repetido	Positiva	Largo plazo

Tabla 1: Lealtad vs. Pseudolealtad (Lewis y Bridger, 2000)



Mala logística

Este cuestión se refiere tanto al envío de los productos como a la gestión de las devoluciones, mantenimiento de inventarios, etc. El negocio online representa unas ventajas indudables para la distribución, pero sólo la correcta gestión de la logística permitirá obtener el beneficio del mercado (Smith y Brynjolfsson, 2001). Una dificultad adicional se presenta por el hecho de que un error en logística supone un cliente con una experiencia negativa que probablemente nunca más vaya a realizar compras ni en la tienda ni por el canal, por lo tanto es un problema donde no deberían existir errores.

Falta de experiencia

Este problema corresponde tanto a los empresarios como a los consumidores ya que puede dificultar la realización de la transacción o crear expectativas irrealistas sobre el resultado de la transacción. La mala gestión de las expectativas supone que las faltas de experiencias pasan por ser experiencias negativas del proceso on line que son muy difíciles de contrarrestar para empresas no implantadas en el mercado nacional.

En conclusión, los errores anteriores funcionan como recordatorio de que no todas las estrategias pueden ser válidas en el mercado, los errores son comunes de cometer y los clientes, como señala Seybold (1999) tienen un elevado peso sobre la estrategia de crecimiento, ya que a falta de una interacción directa entre el consumidor y el vendedor, cualquier fallo de comunicación se traduce en el abandono no ya sólo de la tienda sino también del canal.

5. Conclusiones.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y la comunicación, especialmente Internet, ha facilitado la internacionalización de la empresa tradicional, que una vez desechando los métodos tradicionales de presencia física puede basar su expansión exterior en estrategias virtuales donde el cliente obtiene una oferta de valor claramente diferencial obtenida a través de la flexibilidad del canal web.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Estos cambios plantean un nuevo marco de competencia que se tiene que basar en las 4cs, comunidad, contenido, comercio electrónico y, por encima de todo, el entendimiento de la cultura donde la empresa tiene que vender el producto ya que solamente a través de situar un marco diferencial dentro de cada mercado, a pesar de la homogeneidad del producto se puede conseguir tener éxito. Al revés que en los métodos tradicionales, la única relación del comprador con la empresa se produce a través de la red y del servicio que percibe. Es por esto que algunos factores que hasta ahora no eran relevantes pasan a ser claves.

Destacan entre ellos esta la logística, la tecnología o la involucración que es capaz de inducir la empresa con el cliente y su toma de decisión. La presencia de comunidades que aseguran la fidelización del cliente son un paso adelante en este cambio de relación, ya que la lealtad pasa a medirse a partir de parámetros distintos que los que se han utilizado en los mercados tradicionales.

El cambio de planteamientos conlleva riesgos que las empresas deben entender de cara a plantear su salto a distintos países, la marca local deja de tener valor y sólo el servicio y la responsabilidad de la atención continua al cliente va a permitir el crecimiento de la compañía y la rentabilidad de la inversión.

La entrada de la sociedad de la información ha representado un cambio estratégico que sólo aquellas empresas que sean capaces de advertir las diferencias que supone el paso a un mercado global multicultural e influenciado por el flujo continuo de la información. Es este hecho el que diferenciara las empresas de éxito en la nueva economía, su capacidad de adaptarse a los nuevos consumidores y a sus necesidades.



Bibliografía

Acosta, M.A., Sainz, J. y Salvador, B. (2006). "Hago clic y opero a tu lado: Estrategia de la Banca on-line en España", *Cuadernos de Gestión*, N°7, pp101-110.

AIMC, (2005) "Navegantes en la Red, 7ª Encuesta AIMC a usuarios de Internet". AIMC (Madrid).

Barbera, R. A., Doncel Pedrera, L.M. y Sainz, J. (2005), "Playing and Paying on the Internet: Determinants for Spanish Gamers". *SSRN Working Papers Series* N°: 657041 <http://ssrn.com/abstract=657041>

Bhagwati, J. (2004). In *Defense of Globalization*. Oxford University Press.

Barwise, P., Elberse, A. y Hammond, K. (2002) "Marketing and the Internet: A research review" publicado en Weitz, B y Wensley, R., (eds). *Handbook of Marketing*, Sage, 2002.

Castells, M. (2001) *The internet Galaxy*, Oxford University Press

Dewett, T., y Jones, G. (2001). "The role of information technology in the organization: a review, model, and assessment". *Journal of Management*, 27, 313-346

Dollinger, M.J and Golden, P.A. (1992) "Collective Strategies in Entrepreneurial Firms: Environmental Contingencies and Performance in Fragmented Industries" *Journal of Management*, 18, 695-717

Dolfsma, Wilfred, (2004) "Some Economics of Internet content" en: Luc Soete y Bas ter Weel (eds.) *The Economics of the Digital Economy*. Cheltenham: Edward Elgar.

Earl, M. J. (2000). "Evolving the E-Business". *Business Strategy Review*, 11(2), 33-38.

Ethiraj, S., Guler, I., & Singh, H. (2000). "The Impact of Internet and Electronic Technologies on Firms and its Implications for Competitive Advantage" *Working Paper, The Wharton School*, 1-40.

Grewal, D., Iyer, G. and Levy, M. (2004), "Internet Retailing: Enablers, Limiters and Market Consequences," *Journal of Business Research*, 57 (7), 703-713.

Jain, R. (1997). "The three keys to Internet success -- Content, Community and Commerce", disponible en <http://www.emergic.org/archives/indi/column26.html>

Guadamuz, A., (2005) "The Digital Divide: It's the Content, Stupid!". *Computer and Telecommunications Law Review*, Vol. 304, pp. 73-77, 113-118.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Hofstede, G. (1998) "Identifying Organizational Subcultures: An Empirical Approach". *Journal of Management Studies*, Vol. 35 no. 1, 1-12.

Horrillo, J., (2006). "La internacionalización de la empresa en la Sociedad del Conocimiento" Universitat Oberta de Catalunya, Mimeo.

Langerak, F., Verhoef, P., Verlegh, P. y de Valck, K., (2003) "The Effect of Members' Satisfaction with a Virtual Community on Member Participation". *ERIM Report Series Reference No. ERS-2003-004-MKT*.

Ilfeld, J., y Winer, R. (2002). "Generating website traffic". *Journal of Advertising Research*, 42(5), 49-61.

Kotha, S., Rindova, V., & Rothaermel, F. T. (2001). "Assets and actions: Firm-specific factors in the internationalization of U.S. Internet firms". *Journal of International Business Studies*, 32 (4): 769-791.

Lewis, D. y Darren B. (2000), *The soul of the new Consumer*, Londres, Nicholas Brealey Publishing

Luna, D., Peracchio, L. de Juan, M. (2003), "The Impact of Language and Congruity on Persuasion in Multicultural E-Marketing" *Journal of Consumer Psychology*, Vol. 13, No. 1&2, Pp. 41-50

Moe, W., y Fader, P. (2004). "Capturing Evolving Visit Behaviour in Clickstream Data". *Journal of Interactive Marketing*, 18(1), 5-19.

Porter, M. E. (2001). "Strategy and the Internet". *Harvard Business Review*, (Marzo), Pp. 62-78.

Rothaermel, F.T., Kotha, S., y Steensma, H. K. (2006). "International market entry by U.S. Internet firms: An empirical analysis of country risk, national culture, and market size". *Journal of Management*, 31: 56-82.

Rothaermel, F.T., y Sugiyama, S. (2001). "Virtual Internet communities and commercial success: Individual and community-level theory grounded in the atypical case of TimeZone.com". *Journal of Management*, 27: 297-312..

Seybold, P. (1999) *Customers.com*, Random House, Londres.

Smith, M.D. y Brynjolfsson E., (2001) "Consumer Decision-making at an Internet Shopbot: Brand Still Matters". *Journal of Industrial Economics*, Vol. 49, No. 4 pp. 541-558

Quelch, J. y Klein, L. (1996), "The Internet and International" *Sloan Management Review*, Vol. 37, No.3, 60-75.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Vilaseca, J. y Torrent, J. (2005). Cap a l'empresa xarxa. Les TIC i les transformacions de l'activitat empresarial a Catalunya. Editorial UOC.

Wolf, M. (2004), Why Globalization Works, New Haven, Yale University Press.

Zettermeyer, F. (2000). "Expanding to the Internet: Pricing and Communications Strategies When Firms Compete on Multiple Channels". *Journal of Marketing Research*, 292-308.



***Derecho, economía y humanismo.
(La utopía del siglo XXI)***

***A Manuel Crescencio Rejón
In memoriam***

Francisco Javier Ibarra Serrano

La utopía ya no es el sueño imposible. Porque necesitamos soñar y tener esperanza, la utopía es hoy el ideal realizable, el motivo para vivir, para luchar por algo, bajo riesgo de insistir en la destrucción total. Hoy la utopía es necesaria y también viable, posible. El futuro ya no es lo que era antes, hoy sabemos que lo podemos construir, sabemos también que el futuro es ahora, porque después, tal vez, será demasiado tarde.

La utopía en el siglo XXI consiste en la esperanza de que el Derecho sea capaz de regular a la economía para que, entre otros factores, sea posible el humanismo, es decir, la posibilidad de que todo ser humano, por el solo hecho de serlo, tenga al nacer asegurado un modo de vida digna, vivienda, educación, trabajo y cultura. No parece ser mucho cuando se contrasta con la irracionalidad del gasto en armas de destrucción o cuando se comparan los privilegiados de Forbes con el salario mínimo en México:

“MÉXICO S.A.

Slim ya acumula el equivalente a 7 % del PIB

En 16 años su fortuna creció 3,000 % mientras
el país avanzó sólo 2 %

... a escala mundial Carlos Slim es el multimillonario que mayor incremento, y por mucho, reportó en su fortuna a lo largo de 2006, con un crecimiento de 63 %, equivalente a 19 mil millones de dólares (52.05 millones de dólares por día [en tanto el 3.4. % de mexicanos privilegiados con el salario mínimo ganan 50.57 pesos por día, doña Rosa Martínez gana 5 pesos al día, para ella y sus tres hijos, al día siguiente de ésta noticia en la

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



misma publicación la Coparmex declara ‘absurdo’ pedir alza al minisalarario), con lo que su hacienda (de Slim claro) acumuló 49 mil millones de dólares...de tal suerte que poco le falta para desbancar a los gringos de la primera posición (y segunda, Slim es el tercero por escasa diferencia). Para ello sería suficiente un contrato público, un decreto presidencial a modo o **una ley a la medida**...con Carlos Salinas, la fortuna de Slim creció 130 %; con Zedillo 192 %; con Fox 353 % casi 39 mil millones de dólares con el gobierno del ‘cambio’; con el inicio del sexenio de Calderón Slim es ya el segundo más rico del mundo y a punto de ser el primero ¿Hasta dónde la ambición, hasta dónde **la licencia?**”; mientras tanto México es el mayor expulsor de mano de obra del mundo (más de dos millones de mexicanos emigraron entre 2000 y 2005, por pobreza extrema). La Jornada, 16 de abril de 2007.

De no depositar la esperanza en el Derecho, para que esto cambie, poco optimista parece el futuro. ¿Pero qué es el Derecho? Un sistema normativo por supuesto (no solo un conjunto de normas o leyes) pero de normas jurídicas, es decir, heterónomas bilaterales y obligatorias para todos. Normas legales que regulan ciertas conductas derivadas de determinadas relaciones sociales, el Derecho es entonces una técnica de organización social tendiente al control o a la transformación social y, por lo tanto, ligada al fenómeno del poder.

Pero además el derecho es un muy importante fenómeno social, presente en casi todas las etapas de la vida individual y colectiva. Todo fenómeno jurídico es por esencia social, y por lo tanto económico, político, cultural e ideológico, Por eso se estudia al Derecho como una (y desde) de las ciencias sociales. El Derecho es una de las ciencias sociales, lo mismo que la política, la economía y la sociología.

Por si fuera poca la complejidad del Derecho, no se le puede desligar tampoco de un sistema axiológico, fundamental para el ser humano. En efecto, decir Derecho es decir justicia, es decir, igualdad, equidad, democracia, derechos humanos, imparcialidad, solidaridad, etc. El Derecho también implica una reflexión teleológica, el derecho ¿Para qué? ¿A favor de qué? ¿En contra de qué?.

El Derecho es también y sobre todo un fenómeno histórico, es decir, determinado por coyunturas políticas, económicas y sociales. El Derecho es un producto de su tiempo, distinto al Derecho de otros tiempos. Pero a su vez el Derecho ejerce influencia sobre la realidad social al imponer normas que regulan conductas. En una relación dialéctica Derecho y realidad social se determinan mutuamente. A veces la realidad social exige cambios al Derecho, y a veces, muchas veces, el derecho transforma y conduce los procesos sociales. El Derecho marcha acorde con la realidad, aunque a veces se rezaga y hasta es obstáculo de los cambios sociales, otras veces es capaz de adelantarse y resolver

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



los conflictos, y a veces también es factor de cambio pacífico y ordenado, hoy debe serlo antes que sea demasiado tarde.

En fin que el Derecho tiene, cuando menos, una quintuple identidad como:

1. Sistema normativo, regulador de conductas, de relaciones sociales e institucionales
2. Fenómeno social, y por lo tanto económico, político, cultural e ideológico.
3. Sistema axiológico y teleológico, ligado entonces a valores y fines muy importantes para el ser humano.
4. Ciencia social, y
5. Proceso histórico.

Por su parte ¿Qué es la economía?, además de una ciencia social, es entre otras cosas y de manera general, la actividad permanente y organizada como lo seres humanos satisfacen sus necesidades básicas; la economía está entonces al servicio del ser humano, de todos, no de unos pocos. Para lo cual es necesaria una relación Derecho-Economía acorde a las necesidades sociales de todos.

¿Y qué es el humanismo? Entre otras muchas definiciones, el humanismo es el derecho de todo ser humano, a la vida, a la libertad, a la justicia, al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la recreación cultural y a la dignidad personal.

Esta es la concepción elemental que la humanidad ha perseguido, sin conseguirlo, a lo largo de su Historia. Desde el inicio de la civilización con los Sumerios se buscó en teoría la igualdad, pero en la realidad imperaba el imperialismo y el esclavismo; el Código de Hammurabi nos habla de justicia pero sus normas son diferentes según la clase social, más castigo y menos valor para el esclavo. Lo mismo sucedía en Egipto y en todas las civilizaciones antiguas, orientales y occidentales.

Incluso en la clásica Grecia, la que nos sigue asombrando con el desarrollo esplendoroso del arte, con sus reflexiones en torno a la filosofía, las virtudes, la libertad; en la Grecia sorprendente hasta hoy, el humanismo era uno en el discurso y otro en la realidad, porque la cultura no era para todos, no era para las mujeres, ni para los esclavos. La democracia de los atenienses era solo para el hombre, ciudadano y libre, para unos cuantos.

Lo mismo que en la Roma creadora del Derecho escrito, donde las normas protectoras no alcanzaban a los esclavos, el humanismo clásico no era para todos. Igual que en el Renacimiento de las artes, la ciencia y la cultura, que no era para los campesinos, ni para las mujeres. El humanismo de las universidades se reservó para unos

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



pocos privilegiados. Ni el siglo XVIII, el siglo de las luces, llevó el humanismo para todos, no iluminó a todos, fue para unos cuantos. Tampoco el siglo XX con su impresionante desarrollo científico y tecnológico logró el humanismo para todos, porque mientras unos pocos disfrutaban el avance de la medicina y su expectativa de vida aumenta (a 80 años en Europa y Norteamérica) para otros muchos no hay tal progreso (su expectativa de vida, en África, Asia, y regiones de Latinoamérica, es de la mitad: 40 años).

El siglo XXI amanece con amenaza de tormenta, porque el ser humano no ha logrado el humanismo para todos, porque parece cavar su tumba al destruir su casa: la tierra, porque se empeña en un progreso para unos cuantos, porque le apuesta a una economía irracional en la que se prefiere tirar los alimentos antes que bajarles el precio, o utilizarlos como fuente de energía aunque se eleve su precio; porque se prefiere gastar más dinero en guerras que en educación.

Nuestro tiempo, el del inicio del siglo XXI y del tercer milenio, es el tiempo de la contradicción y el desafío. La contradicción entre el esplendor científico para unos pocos y el hambre para muchos pueblos; el desafío de su propia sobre-vivencia, porque hoy lo que suceda con la humanidad es responsabilidad estricta de la propia humanidad. El ser humano es el único responsable de lo que suceda, porque ya no puede culpar a los dioses, ni al destino.

Nuestro tiempo se abre con la gran interrogante: ¿será capaz el ser humano de crear el humanismo de su propia salvación? ¿será capaz de lograr por fin la justicia social, su gran utopía? o seguirá empeñado en su propia destrucción.

Porque el autoproclamado “Rey de la Creación” ha sufrido severos golpes a su vanidad y soberbia. Creó dioses a su imagen y semejanza y se inventó una religión que ubicaba su espacio, la tierra, como el centro del universo, pero Nicolás Copérnico y Galileo Galilei le demostraron que no es cierto, que se trata de un planeta girando, junto a muchos otros, en torno a uno de tantos cuerpos celestes del infinito, el hombre se empequeñeció; se sentía de origen divino cuando Charles Darwin le viene a demostrar que no es más que una especie, un poco más evolucionada, pero animal al fin y al cabo; se creía el gran hacedor de la Historia y Carlos Marx le demuestra que son las colectividades, buscando mejores condiciones de vida, las que producen los cambios sociales; presumía de su consciencia como distintiva ante los demás animales cuando Sigmund Freud le exhibe en su fragilidad de consciencia y en su inconsciente verdadero y malvado.

¿Qué le queda al ser humano para optar entre la salvación o la destrucción? Le queda la utopía posible, soñar y luchar por su sueño.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



¿Qué hacer para que no exista entre la ciencia y la moral la asimetría que aceleraría el final? ¿Cómo hacer para que la informática no sea utilizada para intercambiar miseria moral y vacíos existenciales? ¿Cómo conciliar los avances de la medicina, para unos pocos, con la marginación y la pobreza, para muchos? ¿De qué sirve una globalización que genera enormes riquezas para unos cuantos y desempleo y miseria para los demás?

La esperanza, la utopía, es la construcción de un humanismo real, de un progreso para todos. Tal vez si el Derecho es capaz de regular la economía y orientarla hacia un progreso incluyente, no sea demasiado tarde. Esa es hoy la utopía, el sueño, para que no nos gane el cinismo, la indiferencia o el estallido social.

Se trata de humanizar la globalización y el neoliberalismo, por medio de una Economía al servicio de todos, con una nueva ética empresarial en la que esté presente el otro, los otros. Se trata de crear un Derecho acorde a las necesidades actuales de una mejor distribución de la riqueza, con justicia social. Se trata de obligar al soberbio a entender que el estallido social general, de no actuar ahora, será trágico para todos, también para el amo de los mercados. Se trata de transformar el Derecho que hoy permite que unos cuantos derrochen lo que otros necesitan vitalmente. Se trata de darle un rostro humano a la globalización por medio de normas de Derecho Económico más eficientes y justas.

Pero ¿qué es la globalización? La integración de países, la reducción de costes de transportes y comunicaciones; el desmantelamiento de barreras artificiales a flujo de bienes, servicios, capitales, conocimientos y personas a través de las fronteras, quizá también la posibilidad de un mundo mejor.

Para J. E. Stiglitz (Premio mundial de Economía y asesor de organismos financieros internacionales) la globalización es: “El asunto más apremiante de nuestro tiempo”. Porque la aldea global también significa mayor acercamiento entre los pueblos y eso podría (debería) ser bueno para la humanidad. La globalización también significa ayuda exterior a los países con problemas de subdesarrollo y marginación social. Las nuevas tecnologías no tendrían que implicar más pobreza, si imperase una ética empresarial no de ganancia y plusvalía sino de humanismo, una ética humanista urge a los patrones y empresarios.

La globalización no tiene que ser fatalmente deterioro ambiental si somos capaces de crear el Derecho Ecológico que lo impida. El avance del comercio mundial no tiene que significar más miseria para muchos, ni corrupción gubernamental, podría ser bueno para el mundo con un Derecho Comercial tendiente al progreso incluyente, equitativo y justo. El neoliberalismo no tiene que ser alienación y

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



homogeneización, si somos capaces de crear un Derecho Cultural que rescate, valore e impulse la glocalización cultural.

Porque si el Derecho es algo más que normas, como proceso de regulación de las relaciones sociales es una técnica de organización de la sociedad. Como técnica normativa contribuye al aseguramiento de un orden específico y coadyuva en la realización de un modelo de organización social, establecido por las fuerzas determinantes en un momento histórico y en una sociedad determinada. Sin olvidar que se trata de un producto histórico, es decir, de algo concreto situado en la Historia y respondiendo entonces a condiciones coyunturales que, en última instancia, la determinan dialécticamente, en el sentido que a su vez el Derecho ejerce influencia (consolidando) en el contexto socioeconómico, político y cultural que le da vida:

“...Todo Derecho (sistema de legalidad) deriva de un determinado sistema de intereses y valores (sistema de legitimidad en sentido amplio) y que, inversamente, todo sistema de legitimidad intenta realizarse a través de un determinado sistema de legalidad... Todo Derecho incorpora y realiza, en este sentido, un determinado sistema de valores e intereses”¹

El Derecho, en cuanto sistema normativo, implica por tanto un sistema de seguridad, pero también puede ser un sistema de control social y posiblemente de cambio. Por lo tanto el análisis del Derecho implica el análisis del control social.

Por control social Alain Veroux entiende “el conjunto de los medios y de los procedimientos por medio de los cuales un grupo o una unidad social encamina a sus miembros a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, en una palabra, de las costumbres, que el grupo considera como socialmente buenas”².

Para Bottomore “El término control social puede concebirse de dos maneras: 1) Como una referencia al conjunto de valores y de normas con que se resuelven o mitigan las tensiones y los conflictos entre individuos y grupos, con la finalidad de mantener la solidaridad de algún grupo más general; 2) Como el sistema de instituciones que sirven para comunicar e inculcar dichos valores y normas”³

El control social puede realizarse por persuasión o mediante la coacción. En las dos formas interviene el Derecho. En efecto las leyes han tenido un carácter educativo, desde los griegos se ha reconocido el carácter educativo del Derecho, aunque cuando no funcione esta función persuasiva la represión coactiva cumplirá la tarea.

¹ Díaz Elias. *Sociología y filosofía del derecho*, Editorial Taurus, Madrid, 1980

² Veroux Alain. *Léxico de sociología*. Editorial Ediar, Argentina, 1964.

³ Bottomore T R, *Introducción a la sociología*, Editorial Ariel, Madrid, 1967.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Entre los medios e instrumentos que acompañan al Derecho, hacia el control social o hacia su transformación, se encuentran: la costumbre, la opinión pública, la religión, la moral, la educación y actualmente de manera significativa, los medios de difusión masiva.

El nuevo Derecho es una propuesta que complementa a la crítica jurídica, ya que no basta con cuestionar puesto que es necesario también proponer. Así, frente a la globalización neoliberal, el nuevo Derecho tiene que ser sobre todo humanista, poniendo el fenómeno jurídico (incluido el Estado) al servicio del hombre, de todos los hombres. El respeto a las garantías individuales y sociales, en todo el mundo, es entonces esencial y fundamental, por lo que se tiene que avanzar en la cultura y respeto absoluto de los derechos humanos, de todas las generaciones, siempre como perfeccionamiento de la vida social.

El nuevo Derecho tiene que sustituir el neoliberal-individualismo por un Derecho con sentido social-humanista. En Italia se habla de un “uso alternativo del Derecho” que conduzca “sin tibieza ni ambigüedades”, a una protección efectiva de las clases oprimidas (Pietro Barcelona). En Chile se trató de construir un Derecho de solidaridad (Novoa Monreal, antes del golpe de Estado) es decir no individualista, que debía de girar en torno a dos polos principales: la primacía del interés colectivo o general por sobre el interés particular o privado y el desarrollo de la idea de los deberes sociales, como un equilibrio al sistema jurídico individualista basado en la exaltación desmesurada de los derechos individuales.

El nuevo Derecho implica un nuevo Estado, ¿regional? ¿mundial? con tendencia a la protección legal de los intereses de las grandes mayorías, incluido un sistema jurídico de asistencia gratuita, pero que corresponda con nuevas actitudes sociales (en especial de responsabilidad y ética) en función de un proyecto concreto de vida social, con base en las particularidades históricas de los país, los principios constitucionales que no se han cumplido y los deseos de justicia social y democracia que impulsa el nuevo proyecto histórico. Todo lo cual implica una nueva actitud del investigador del Derecho, que tendría que dejar de estudiar al fenómeno jurídico al margen de su contexto económico y social, para involucrarse subjetivamente en la investigación desde un paradigma cualitativo y crítico, por un Estado de Derecho universal cada vez más justo, más humano.

Para ello nuevos actores suben al escenario político internacional, están por supuesto las empresas multinacionales, la delincuencia internacional, los países imperialistas y sus dirigentes irresponsables, pero también surgen los organismos de ayuda como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Comercio, entre otros muchos que nacieron, por increíble que parezca, para ayudar, el Derecho Económico Internacional podría hacer mucho al respecto.

Cuando los gobiernos, los partidos políticos, las religiones, los ejércitos, las organizaciones mundiales, han demostrado su ineficiencia para lograr un mundo mejor para todos, ha surgido una gran cantidad de Organismos No Gubernamentales, locales, nacionales e internacionales, cuyos integrantes son ciudadanos que han tomado en sus manos la atención a muchos y graves problemas de la humanidad, el Derecho y la Economía podrían sumarse a su labor.

Pensadores, analistas, educadores, intelectuales, escritores y artistas en todo el mundo se han empeñado en la construcción teórica y práctica del nuevo proyecto histórico, a partir del derrumbe de las utopías absolutas y universales como el socialismo y comunismo, el capitalismo, el tigre asiático y el fundamentalismo religioso; se requiere que los juristas y los economistas se sumen y hagan la tarea que les toca: crear un Derecho Económico humanista, esa es nuestra tarea.

No faltarán los que lo vean imposible o inútil, para otros ...no vale la pena. Será mejor entonces comunicarnos con los que no han perdido la esperanza, con los soñadores que viven por algo, para algo, porque piensan que su existencia tiene alguna razón de ser y se disponen a hacer la tarea que les toca. Los que no están de acuerdo pero están dispuestos a la discusión, a la reflexión, a la propuesta, seguramente participarán desde la tribuna que tienen, en el aula, en el libro, en la revista, en el acto político, en la participación ciudadana.

Para que no nos gane el desaliento o la desesperanza, una opción es colaborar con el proyecto mundial de crear una regulación de la economía hacia el humanismo necesario, con propuestas a partir del estudio, la investigación y la reflexión compartida; también se puede construir la propia utopía, la local, la inmediata, la personal y subjetiva, la de cada quien, si se hace en colectivo todavía mejor.

La palabra utopía ha evolucionado cuando menos en tres dimensiones:

1. Como adjetivo, sinónimo de irrealizable, similar al sueño imposible.
2. Como ideal, quimera de una sociedad perfecta, que no podría existir.
3. Como actitud y actividad política, realizable, viable, local, cotidiana, inmediata, presente y posible. Es la consciencia histórica de que el futuro no es fatal sino accesible, el futuro que se construye en el presente, cuando se abandona la actitud del espectador pasivo, para pasar a asumirse como protagonista, como participante activo pero reflexivo, que le da sentido a su existencia mediante el compromiso con los demás, desde la parte que le toca a cada quien para que este mundo sea mejor. Se trata de hacer la Historia, se trata de soñar y luchar por el sueño.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Tal vez sirva recordar a juristas soñadores que con su pensamiento y acción, como estudiosos y activistas del Derecho, cambiaron al mundo, como Carlos Marx, Mahatma Gandhi, y Nelson Mandela en el mundo; como Manuel Crescencio Rejón, Benito Juárez, Ignacio Ramírez y Antonio Díaz Soto y Gama en México, para sólo mencionar a unos cuantos.

De ellos uno solo es muestra inobjetable, Manuel Crescencio Rejón, el gran jurista creador y defensor del Amparo, el que luchó por la independencia y la libertad, el Diputado Federal que al combatir al emperador Iturbide es perseguido y aprehendido. A la caída del efímero imperio es liberado e integra el Constituyente del 24, y como miembro de la Comisión de Constitución, presidida por Miguel Ramos Arizpe, Crescencio Rejón redacta varios artículos constitucionales, posteriormente es otra vez Diputado y luego Senador, nuevamente encarcelado por sus ideas y acciones a favor de Vicente Guerrero; liberal y federalista lucha como periodista contra los privilegios de clase social, el régimen militarista y el grupo de los conservadores lo que le vale ser nuevamente encarcelado y luego exiliado.

Manuel Crescencio Rejón colabora en el gobierno de Valentín Gómez Farías y por lo tanto propone y apoya las reformas liberales contra el poder del clero y la iglesia católica. En Yucatán preside la Comisión revisora de la Constitución local, logrando en el texto constitucional, la libertad de religión, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la libertad de prensa, el jurado popular, la supresión de fueros civiles y militares, las garantías individuales y, por supuesto y sobre todo, el juicio de Amparo. Es nuevamente apresado, ahora por Santa Anna, figurando después como firme opositor a los Tratados de Guadalupe Hidalgo.

Manuel Crescencio Rejón es el ejemplo de la lucha, de la congruencia entre el pensar, decir y hacer, en teoría y práctica, por la libertad y la justicia, por la República y el Federalismo. Es el mejor ejemplo del jurista soñador, que logró hacer realidad su propia utopía.

BIBLIOGRAFÍA

1. Carbonell Miguel y Vázquez Rodolfo (2003) “Estado constitucional y globalización” Editorial Porrúa-UNAM, México,
2. Chossudovsky Michel (2003) “Globalización de la pobreza” Editorial Siglo XXI, UNAM, México.
3. Fuentes Carlos (1997) “Por un progreso incluyente” Editorial IEESA, México.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



4. González María del Refugio (1981) “Introducción al derecho mexicano” Editorial UNAM, México.
5. González Oropeza Manuel (1988) “Historia de dos influencias” en “Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano” Editorial UNAM, México.
6. Hayeg Helu Jorge (1986) “Introducción a la Historia Constitucional de México”, Editorial Pac, México.
7. Hernández Chavez Alicia (Coord.) (1996) “Hacia un nuevo federalismo” Editorial: E.C.M. y F. C. E., México.
8. López Ayllón Sergio (1997) “Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad” Editorial UNAM, México.
9. Radhakrishnan S. y Raju P.T. (1993) “El concepto del hombre” Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
10. Stiglitz Joseph E. (2003) “El malestar en la globalización” Editorial Taurus, México.

LIBERALISMO, NEOLIBERALISMO Y POSTNEOLIBERALISMO

José Gpe. Vargas Hernández, M.B.A; Ph.D.
Investigador del Sistema Nacional de Investigadores
Instituto Tecnológico de Cd. Guzmán
Avenida Tecnológico 100
Cd. Guzmán, Jalisco, 49000, México
Telefax: +52 341 41 33116
Email: jgvh0811@yahoo.com

Resumen

Este trabajo se propone analizar el liberalismo en sus vertientes político y económico que son los fundamentos del surgimiento del Estado liberal y del sistema capitalista. Con estos antecedentes se analiza el neoliberalismo como modelo de desarrollo impulsado por el capitalismo que se opone al modelo de desarrollo del nacionalismo económico. Finalmente se concluye que el neoliberalismo puede cohabitar con el nacionalismo económico contemporáneo en el diseño de una política económica y en la promoción de nuevas alternativas de modelos de desarrollo que implique relaciones de cooperación entre el Estado, el mercado y la comunidad. Este posneoliberalismo puede orientarse a la satisfacción de necesidades sociales mediante procesos de desmercantilización ya sea dentro de la misma lógica o en contradicción del sistema capitalista.

Palabras clave: Capitalismo, Estado liberal, liberalismo, neoliberalismo

Abstract

The aim of this paper is to analyze the liberalism in its different political and economic forms, which are the fundamentals of rise of liberal state and the capitalist system. With this background it is analyzed the neoliberalism as a model of development promoted by the capitalism which it is opposed to the model of economic nationalism development. Finally it is concluded that the neoliberalism can get along with the contemporary economic nationalism in the design of an economic policy and the promotion of new alternatives of development models that imply relationships of co-operation between the State, the market and the community. This posneoliberalism can be oriented towards the satisfaction of social needs through desmercantilization processes even within the same logic or in contradiction of the capitalist system.

Key words: Capitalism, liberal State, liberalism, neoliberalism.

1. Liberalismo político

Bobbio (1961:89) define el liberalismo “Como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo (reducido al mínimo indispensable). El liberalismo como

expresión del pensamiento y acción debe ser caracterizada para que incluya la diversidad y multiplicidad de ideas sin que se pierda su significación esencial como ideología.

El liberalismo como ideología nace inspirado en el individualismo tiene sus raíces en la reforma protestante del Siglo XVI, en las revoluciones inglesas del Siglo XVII y en la influencia de los pensadores de los Siglos XVII y XVIII.

La reforma protestante permite las expresiones de la libertad humana en diversas manifestaciones. La Reforma representó una ruptura confusa de las clases dominantes de su época con el pasado feudal que de acuerdo a Weber sentó las bases ideológicas para el desarrollo del capitalismo entre la burguesía emergente, los grandes terratenientes y la monarquía que mantenían bajo control la amenaza representada por los campesinos pobres, las principales víctimas de las transformaciones sociales.

Las revoluciones inglesas de 1648 y 1688 reivindicaron las libertades de los ingleses contra el absolutismo de los reyes. John Locke sostiene en su *Ensayo sobre el gobierno civil* que la voluntad de los ciudadanos es el origen del gobierno político y no los derechos de las monarquías.

Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*, expone que una división de poderes y el equilibrio de funciones del gobierno, acota el poder mismo del Estado. Desde 1750, Diderot y D'Alembert publican *La Enciclopedia* con colabores liberales que pugnaban por la libertad de las ideas y de la vida económica, política y religiosa. Juan Jacobo Rousseau publicó en 1762 *El contrato social* en el cual fundamenta con principios el derecho político de una sociedad de hombres libres e iguales. En *El Contrato Social* de Rousseau se afirma la necesidad de hallar una forma de asociación por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo. Rousseau capta este sentido en la potestad del soberano para considerar la forma de gobierno adoptada y la continuidad de los mandatos acordados. Para Rousseau la democracia liberal es el gobierno de la opinión pública.

Emmanuel Siéyès muestra las aspiraciones del estamento popular francés en su publicación *Qué es el tercer Estado?*, el cual sirve de inspiración para la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*.

Así, estas concepciones individualistas y liberales sobre el hombre y la sociedad permearon la Revolución Francesa de 1789 y las constituciones políticas que fundamentan el Estado democrático centrado en la soberanía popular y en la libertad e igualdad de los ciudadanos. La izquierda que surge de la Revolución Francesa se orienta por la búsqueda de la igualdad. Parece que el surgimiento del Estado-nación se realiza en el siglo XVI cuando se dan como condiciones propicias los grandes descubrimientos geográficos y científicos y se consolida con la construcción cultural de la nacionalidad con su principal atributo, la soberanía como la fuente del poder político en los siglos XVII y XVIII cuando los Estados-nación de Europa delimitan su poder en contra de las pretensiones del poder de la monarquía, como es el caso de Francia con la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa fue propiciada por una movilización popular, laica y radical de los estratos dominados para alcanzar una mayor libertad, igualdad, fraternidad, mayores niveles de vida y participación democrática en los asuntos públicos. Hasta nuestros días, los derechos ciudadanos, sociales y democráticos planteados por la Revolución Francesa no han sido conquistados todavía a escala mundial.

Con la Revolución Francesa se sacudió el ambiente cultural del mundo porque se hizo del poder un grupo que propuso que el gobierno tenía el derecho de imponer un cambio radical en el sistema social como un fenómeno normal, y debía hacerlo en nombre del "pueblo", que era "soberano", ideas que prendieron en todo el mundo, que de hecho no ha variado desde entonces. El liberalismo como expresión del pensamiento individualista es el producto de la ilustración racionalista. La "revolución americana", fue una guerra de independencia sin una dimensión en la transformación de las relaciones económicas y sociales.

Quienes reaccionaron inmediatamente a estos conceptos considerados perturbadores fueron llamados reaccionarios. Edmund Burke en Inglaterra y Joseph de Maistre en Francia cuestionaron fundamentalmente toda la doctrina, reafirmando el valor moral y social perdurable de las autoridades "tradicionales". A pesar de que Napoleón continuó el impulso jacobino después de haber sido derrotados, en 1815 la contrarrevolución ganó definitivamente y se restaura el orden en Europa y el mundo con el príncipe Metternich que instauró una "santa alianza" mediante represión masiva.

En Francia la revolución de 1830 derrocó a Carlos X e instauró en el poder a Luis Felipe, el "ciudadano rey". En Inglaterra, lenta pero eficazmente, Sri Robert Peel hace concesiones limitadas con la reforma de 1832. Los movimientos sociales a favor de la justicia social, la liberación de los pueblos y la democracia en los últimos dos siglos se representan por la revolución comunista de 1848 que continuó el movimiento de 1789. La revolución mundial de 1848 se marca con la expulsión de Metternich en Francia por revolución social que afirma los derechos de los "trabajadores" que inspira "la primavera de las naciones" en Europa. Los gobiernos de la derecha aceptaron la necesidad de hacer "concesiones" aunque en las décadas siguientes surgieron "los conservadores ilustrados": Disraeli en Gran Bretaña extiende el sufragio, Napoleón III restaura los derechos sindicales en Francia y Bismarck en Alemania inicia el Estado benefactor.

La revolución de 1968 que continuó el movimiento revolucionario de 1917. La revolución de la izquierda mundial de 1968 desplaza a los liberales de centro y conservadores considerados de derecha. La nueva izquierda se empieza a gestar con la revolución del 68 dando importancia a la democracia plural y participativa centrada en el poder de los ciudadanos y más tarde, en 1996 se reorientan hacia las luchas contra el proyecto hegemónico neoliberal. Mientras que el liberalismo político abre la puerta a la rivalidad y competencia política entre los partidos para la obtención de recursos financieros mediante métodos no muy legítimos.

La libertad del ser humano radica en el espacio privado conformado por el interior moral de las personas físicas y por la decisión económica de la persona jurídica. Esta libertad se satisface considerandola así como un derecho de los individuos que se basa en la separación del ser humano en relación de sus semejantes, es decir excluyéndose de sus congéneres. Nozick (1991) utiliza el concepto de libertad natural para legitimar la propiedad, pero manipula una definición de derecho de libertad para sostener que los individuos son inviolables, y para eso actúan las restricciones laterales, por lo que también es inviolable su derecho a la propiedad privada.

En esta versión deontológica del liberalismo que se reflejan en la teoría consecualista, se exige que los individuos que conforman el Estado, el mercado y la sociedad, como productos de sus interacciones pero que actúan libremente, es decir, delimitándose a sí mismos. La aplicación liberal de esta libertad humana es el fundamento de los principios del capitalismo centrado en una economía de libre mercado, lo que hace que cada individuo encuentre sus límites irrebasables en los otros.

Amadeo y Morresi (2003: 100) afirman que la forma individualista ha agotado el modelo liberal porque hace girar la organización social que equipara libertad y propiedad. Coincidimos con Amadeo y Morresi (2003: 101) en que “en la medida en que el liberalismo siga basándose en un individualismo poseedor de los medios de producción, y entonces en una distribución crecientemente desigual de la propiedad y la libertad, manteniendo siempre la equiparación de ambas, parece imposible hacer el pasaje del individualismo a la protección de los individuos dentro de una comunidad positivamente libre”.

Las explicaciones liberales del ejercicio del poder en la gobernabilidad enmascaran significativas desigualdades. Cada forma del poder ilumina un aspecto específico del poder social, y todos tienen importancia para la gobernabilidad global, más sin embargo se señala la importancia del poder institucional por sobre las demás formas de poder. Las formas liberales del poder representadas como cooperación y elección son ejercitadas a través de los poderes compulsivo y productivo inherentes en las políticas de las protestas de antiglobalización y antiprivatización.

2. Liberalismo económico

Jean Baptiste Colbert (1619-1683, ministro de Hacienda de Luis XIV) quien con su famosa frase *laissez faire et laissez passer; le monde va de lui même* (Dejar hacer y dejar pasar, el mundo marcha por sí mismo. Adam Smith, David Ricardo y Thomas Robert Malthus, economistas ingleses proponen el desarrollo económico basado en el libre mercado. Para Smith, los hombres y la sociedad están sujetas a leyes naturales. No es de la benevolencia del carnicero -decía el moralista escocés-, del cervecero, o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de su preocupación por sus propios intereses. Apelamos, no a su sentido humanitario, sino a su autoestimación, y nunca le hablamos de nuestras propias necesidades, sino de sus ventajas. Para Smith las valoraciones y normas éticas se fundan en la experiencia de la interacción humana y surgen como un derivado intelectual y sensible de la simpatía, la empatía y la compasión humanas (Prats, 2002).

La teoría desarrollada por Smith conecta la naturaleza humana con las políticas públicas cuando sostiene que los individuos son egoístas por naturaleza motivados para perseguir aquellas actividades económicas que sirven a su mejor interés. Los economistas enfatizan las acciones de auto interés de los agentes económicos, se guían por su propio interés para lograr el máximo de beneficios. La naturaleza egoísta del ser humano lo motiva a un deseo creciente y continuo de consumo de bienes y servicios que el sistema capitalista se encarga de alentar.

La globalización como teoría surge con los trabajos de Adam Smith, un filósofo moralista que contradice los principios de la teoría mercantilista de la política económica que establece que un Estado progrese económicamente debe restringir sus importaciones y promover las exportaciones, argumentando que la competencia y la especialización de las actividades económicas son los elementos clave.

Por otro lado, los trabajos de David Ricardo sobre las ventajas comparativas y su interpretación moderna en el modelo Heckscher-Ohlin de comercio internacional, establece que las diferencias en las ventajas comparativas en la producción de diferentes mercancías se deben a las diferentes dotaciones de factores. Las ventajas comparativas de las naciones se expresan como las habilidades para adquirir, organizar, almacenar y diseminar la información mediante procesos de tecnología de información y la comunicación.

Adam Smith, Thomas R. Malthus, David Ricardo y el francés Jean Baptiste Say basaba la economía en el ahorro, el trabajo y el libre comercio. Pero la aplicación de estas tesis es contradictoria e incompatible con “el empleo sistemático del poder político, militar y económico del país en una praxis de colonialismo, proteccionismo y explotación de los pueblos bárbaros” (Dieterich, 2002). Friedrich List, formador del capitalismo del Estado Alemán a finales del siglo XVIII y principios del XIX, critica esta doble moral inglesa, la cual se sintetiza en el análisis de Dieterich (2002) porque desde “la constitución del moderno estado inglés en la dictadura desarrollista de Oliver Cromwell tal como se había manifestado en el Acta de Navegación (1651) y el monopolio de la East India Company hasta los días del encantador Tony Blair, la única política real de crecimiento económico ha sido el capitalismo proteccionista de Estado”.

Turgot y Quesnay, fisiócratas franceses se centraron en el retorno a la naturaleza y al cultivo de la tierra.

Tres siglos después las ideas son retomadas por la Escuela de Chicago. Cuando cada uno de los individuos persigue su propio interés sin consideración a los efectos sociales de sus acciones, el mercado se vuelve turbulento e inestable y como consecuencia de esto, los beneficios que obtienen inicialmente se tornan en desastres posteriormente debido a la naturaleza de la reflexividad de los mercados financieros.

En el análisis de Hayek, el empresario trabaja en un contexto de libre competencia, inversiones y precios adecuados al beneficio esperado. El mercado proporciona al empresario información sobre la oferta y la demanda, y las coordina. Los productores, independientes entre sí, reciben indicadores de los consumidores acerca de los bienes que deben producir y a qué precios. Aspiran a vender bienes y prestar servicios de la mejor manera posible, vendiéndolos al precio más barato para atraer clientes. Es la smithiana mano invisible del mercado.

Los procesos de destrucción creativa del capitalismo, según Schumpeter, explican con más acierto el desarrollo del capitalismo internacional en su fase superior, la globalización, que la interpretación neoliberal de Hayek de que “el empresario, bajo su responsabilidad, decide qué produce, qué servicios ofrece y cómo lo hace; en la actividad empresarial, es totalmente libre. El consumidor, por su parte, es libre de elegir, de acuerdo con su renta, entre los valores y servicios que le ofrece el empresario” (Estefanía, 2002).

En la economía política internacional, el concepto de nacionalismo económico se opone al liberalismo y su variante, el neoliberalismo económico, por su identificación con un conjunto de políticas estatistas que promueven el proteccionismo y la intervención del Estado en lo que se considera una doctrina del desarrollo económico en la cual todas las actividades económicas se subordinan a las metas de desarrollo del Estado. Consecuentemente, el nacionalismo económico connota un conjunto de prácticas que para el liberalismo económico y el neoliberalismo, no son éticas y que además ya están caducas, obsoletas en el mundo.

Para Helleiner y Pickel (2004: 11), el nacionalismo económico es más que una doctrina y un conjunto de políticas estatistas y debe ser entendida como relaciones típicas entre la identidad nacional y la economía. La relevancia contemporánea del nacionalismo económico involucra analizar las identidades nacionales y el nacionalismo que dan forma a las políticas y procesos económicos. No obstante, las políticas que confrontan al liberalismo económico no necesariamente son motivadas por un pensamiento nacionalista que no puede ser categorizado como nacionalismo económico.

Tanto los principios del liberalismo político como el económico, fueron el fundamento del surgimiento del Estado liberal y del sistema capitalista.

3. El Estado liberal

Locke y Harrington, al igual que Ferguson y Smith de la escuela escocesa del siglo XVIII realizaron análisis de filosofía política de la sociedad civil como antecedente de la democracia y desde una perspectiva del liberalismo

El modelo de Estado de bienestar construido en la posguerra por liberales demócratas y conservadores, que al margen de la crítica al liberalismo económico causante de la crisis de 1929 y de las tendencias económicas y políticas dominantes de la época, sostiene y acelera un largo ciclo global expansivo de crecimiento económico alto que alcanza niveles de agotamiento con la crisis energética del 73. El Estado liberal que el liberalismo propone es un modelo de Estado mínimo que no invada las actividades del libre mercado, sino que la fortalezca y la defienda y que proteja la propiedad privada de los medios de producción. El Estado liberal se modela en un Estado de Derecho constitucional con funciones y poderes limitados.

Al respecto Birchfield (1999) nos recuerda que la relación del salario capitalista necesita la separación conceptual de la economía y la política respectivamente en esferas privadas y públicas de actividad, la que a su vez constituye un elemento definitorio del Estado liberal.

El Estado liberal nacional se ha convertido en un instrumento de colaboración del desarrollo del capitalismo transnacional. Los gobiernos de los Estados imperialistas transnacionales y las instituciones financieras internacionales de mayor influencia comparten un concepto del desarrollo global y del alivio de la pobreza centrado en la expansión económica sin límites de los mercados abiertos y de la liberalización del comercio.

Los análisis funcionalistas liberales de las organizaciones internacionales pierden la autonomía relativa de tales grupos y las formas en que construyen el mundo social donde tienen lugar la cooperación y la elección. El poder institucional y su condicionamiento se presentan algunas veces de formas no esperadas, por las desigualdades del poder entre los Estados. Se da poca atención a las formas estructurales y productivas del poder que condiciona estos procesos. El Estado queda así en cautiverio, atrapado en la red de los intereses de los grupos nacionales dominantes que buscan la transnacionalización de la acumulación de sus capitales, mediante la penetración de las estructuras del poder del capitalismo global.

Los esfuerzos para alterar la dirección de las actividades del Estado en un movimiento para alterar la centralidad de su función económica que será paralelo con funciones activistas del Estado en los procesos de concentración económica y la jerarquización de las relaciones sociales y económicas. Las medidas de reducción del papel del Estado se orientan a reducir la provisión de bienestar social, la satisfacción de las necesidades sociales básicas, el alivio del desempleo, etc. Esto legitima la desigualdad económica y social del capitalismo bajo el disimulo del desenvolvimiento (Thomas, 1989).

El Estado liberal tiende a ser más pacífico en los asuntos internos y en sus relaciones con otros Estados.

4. El capitalismo

El capitalismo es una teoría de un sistema económico en el cual el control de la producción y la distribución de los recursos reales y financieros están basados en la propiedad privada de los medios de producción. La propiedad privada es una institución política fundamental del capitalismo que, además, postula la idea de que el Estado debe tener un mínimo involucramiento en la administración de la economía. El capitalismo de mercado considerado como sistema económico se define como “la propiedad privada de los medios de producción y el sistema de precios como mecanismo para la asignación de la producción y distribución de los recursos”, de acuerdo a Villareal (2000).

Weber define el espíritu del capitalismo como el conjunto de elementos éticos que inspiran a los empresarios en sus acciones a favor de la acumulación del capital. Así, el capitalismo establece una nueva relación moral de las personas con su trabajo. Sin embargo, el desarrollo del capitalismo como sistema económico ha degradado el desarrollo social. En el capitalismo, la producción adquiere más importancia que la distribución y el consumo porque implica la propiedad de los recursos económicos, principal fuente del poder económico. La idea detrás del capitalismo de libre mercado que deja a las fuerzas del mercado gobernar, de tal forma que a medida que más se abre la economía al libre comercio y a la competencia, la economía se vuelve más eficiente.

El capitalismo es un sistema económico en el cual la plusvalía se extrae de los procesos de producción usando el salario del trabajo y utilizando en la circulación procesos para sostener la acumulación del capital. Las estructuras que contribuyen a la formación de los salarios son críticas para los efectos de impuestos y los beneficios de desempleo en el desempeño de los mercados laborales. Por lo tanto, si el capitalismo muestra signos de recuperación, esto es a expensas de la clase trabajadora que ha visto mermados sus ingresos salariales, aumento del desempleo y la desaparición de sus prestaciones sociales. El futuro de los trabajadores es muy incierto.

Aristóteles no solo se preocupa por la defensa de la propiedad privada, sino la promoción, al mismo tiempo, de un uso en común. En esto difiere Aristóteles radicalmente de lo que se advierte en el capitalismo de mercado, con su mano oculta que todo lo arregla y sus sociedades anónimas.

El capitalismo que proclama la libertad superó las injustas relaciones económicas del régimen feudal pero se convirtió en la justificación para el saqueo de los recursos de los pueblos menos desarrollados durante la colonia en beneficio de las metrópolis. La expansión del capitalismo se efectuó a través de la organización de la sociedad, el modo de producción y el poder político en los espacios coloniales. La herencia colonial ha marcado las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales de los pueblos colonizados. Por lo tanto, la estructura actual del sistema internacional se entiende a partir de la evolución de las características de sistema internacional capitalista.

El surgimiento del capitalismo a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se debe al uso de nuevas tecnologías como la máquina de vapor y de nuevos medios de transporte como el ferrocarril, los cuales aceleran la producción y los intercambios de la economía y generan el enriquecimiento de quienes se benefician de estos avances técnicos.

El feudalismo monárquico europeo del siglo XVIII es resistido y aniquilado por las formas de producción capitalistas y los movimientos ilustrados del Siglo XIX. Los conceptos de democracia relacionada con la noción de capitalismo, coinciden con la definición de modernidad, con implicaciones que datan de la Ilustración y que todavía no alcanzan su máximo potencial de desarrollo. En la sociedad

moderna hay un conflicto latente entre capitalismo y política. Esta modernidad se declara a favor de los derechos del individuo en franca oposición a los derechos sociales, lo que afirma más la tendencia autoritaria del capitalismo. Pues lo que sucede en la sociedad moderna capitalista es que cada uno se ocupa de lo suyo también en el uso y se desentiende del prójimo.

La lógica capitalista es la ideología dominante en occidente desde la Revolución Industrial y se impulsó fuertemente en el siglo XIX, basada en la acumulación del capital mediante la obtención del máximo beneficio. El desarrollo de Inglaterra se sustentó en las tesis de la economía política clásica elaborada por los ingleses. Los no beneficiarios forman una clase social nueva que requieren de una ideología socialista para oponerse al capitalismo la cual tiene su máximo desarrollo en los siglos XIX y XX.

El período comprendido entre 1860 y 1900 es con frecuencia denominada como la Segunda Revolución Industrial debido al gran número de tecnologías inventadas durante ese tiempo. Así, al final del siglo XIX se alcanzó un volumen del comercio comparativamente similar al alcanzado en los inicios del mismo siglo, si se considera con relación al tamaño de la economía global, pero con una diferente configuración de los flujos comerciales. Esta configuración ahora consiste en flujos de manufacturas que son manejados por las grandes empresas multinacionales y orientadas hacia los países más desarrollados.

La crisis de 1929, la mayor que el sistema capitalista ha enfrentado es atribuida al liberalismo por su confianza en la capacidad de los mecanismos de mercado para superar las crisis económicas y la asistencia pasiva de los gobiernos los gobiernos. Keynes retó al capitalismo ser la mejor política para los capitalistas cuando dijo que el pleno empleo es necesario para que el capitalismo crezca y puede lograrse solamente si los gobiernos y los bancos centrales intervienen para incrementar el empleo. El Estado-nación median en las relaciones entre los trabajadores y los capitalistas, como en los casos de los modelos de producción fordista que establece compromisos de clases, el “New Deal”, y el Estado de Bienestar tipo Keynesiano. No existen mecanismos de absorción keynesiana para la regulación del sistema global financiero.

Desde este punto de vista alternativo, la modernización fue el veneno ideológico del capitalismo occidental cuyas incursiones en el resto del mundo lo mantuvo en un permanente retraso. El subdesarrollo no fue el pecado de una omisión de países en el margen de la industrialización moderna, sino activamente un proceso viejo en el cual los términos comerciales fueron arreglados en detrimento de los Estados débiles productores de bienes primarios (Portes, 1997).

La expansión del capitalismo se realiza a través de la organización de la sociedad, el modo de producción y el poder político en los espacios coloniales. La herencia colonial ha marcado las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales de los pueblos colonizados. La expansión del capitalismo se realiza a través del mercado entre las empresas y al interior de las jerarquías de las grandes corporaciones y empresas burocráticas. En cada fase expansiva de las grandes corporaciones, se requería el apoyo directo del Estado imperial. Quizás las corporaciones transnacionales son las únicas que realizan un capitalismo de alianzas y de inversiones conjuntas que refuerza conductas cooperativas.

La expansión del capitalismo aprovechó las ventajas que le proporcionaba el despojo de las economías periféricas y sus disfuncionalidades, como por ejemplo, el pago de la deuda externa de las economías latinoamericanas es prioritario en sus presupuestos públicos por sobre el gasto social en educación, salud, etc., y las inversiones en infraestructura. La deuda pública permanece como una carga para las economías menos desarrolladas, para quienes la cancelación de la deuda es uno de los medios más

eficientes para liberalizar recursos que son necesarios para combatir la pobreza. La denominación de países del Tercer Mundo fue asumida por los “países no alineados” con los dos grandes bloques hegemónicos, el socialismo y el capitalismo, por lo que América Latina no estaba incluida (Dolors, 2002).

El capitalismo competitivo se transforma en capitalismo monopólico durante los procesos de descolonización ocurridas en los siglos XIX y XX para fortalecer la expansión global después de la Segunda Guerra Mundial mediante procesos de acumulación y reproducción de capitales. La OMC es sucesora del GATT que junto con otras instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial emergieron después de la Segunda Guerra Mundial buscando establecer un nuevo orden mundial en tiempos de transición turbulenta mundial mediante la imposición unilateral del capitalismo.

La crisis del capitalismo fordista que encontró sus propias limitaciones y contradicciones como sistema de producción con los procesos de acumulación capitalista, fue la causa que disparó la revolución científica tecnológica que reorganiza el sistema productivo en agencias multinacionales que promueven los procesos de globalización. Las reacciones a la crisis condenan a la confianza en el "libre juego del mercado". Por lo tanto, en las últimas tres décadas, desde la crisis económica mundial de 1972-73, que se pueden identificar como el período de intensificación de los procesos de globalización, coinciden con períodos de crisis generalizadas del capitalismo, un capitalismo que ha sido bautizado como capitalismo tardío o neocapitalismo. “Desde que a mediados de los años setenta se inicia una nueva etapa en la historia del capitalismo mundial capas importantes de la población cada vez más numerosas contemplan cada vez como sus condiciones de trabajo y de vida se deterioran...” (Bienefeld, 1991).

En el última parte del siglo XX ese equilibrio se rompió a favor de los mercados y he aquí el resultado: la pérdida de confianza de los ciudadanos... ‘La falsificación y el fraude destruyen el capitalismo y la libertad de mercado, y a largo plazo los fundamentos de nuestra sociedad’. No lo ha dicho ningún peligroso izquierdista, sino el presidente de la Reserva Federal, Alan Greenspan. ¿También Greenspan exagera?”

Las manifestaciones de este avance del capitalismo emergente se enmarcan en la paradoja consistente en que mientras se centra en función de los mecanismos autorreguladores del mercado, por otro lado desencadena reacciones en contrario para contrarrestar y compensar los efectos de los mecanismos perversos del mercado. En los ochenta y noventa se usa ya el término “economía informal” cuya expansión tiene relación con las condiciones estructurales del capitalismo transnacional que dan por resultado un aumento en la marginalidad y pobreza a escala global.

Al final de los ochenta, el fin del bloque soviético dio el empuje final hacia la consolidación de la teoría neoclásica como la dominante, como el único acercamiento mayor al desarrollo nacional, con las estrategias de crecimiento más centradas en el Estado, tales como las de los estados comunistas, ahora desacreditados, el camino estaba libre para la expansión global del capitalismo y con ello la hegemonía de la escuela teórica más orientada al mercado. La ausencia de una ideología alternativa al capitalismo globalizador desde el colapso del comunismo en 1989, estrecha los vínculos entre la ideología del libre mercado y la democracia liberal, entre la política económica neoliberal y la democracia liberal en un proceso de ownership o corresponsabilidad y legitima el sistema político resultante.

El término globalización adquirió a mediados del decenio de 1990 un eco mediático en el magma del nuevo orden internacional aireado en 1991 que permitió arrinconar la imagen negativa que arrastra el

capitalismo. El nuevo período de la globalización es la acentuación de un período previo de un capitalismo continuado.

El capitalismo puede ser tipificado en formas puras de capitalismo como “capitalismo clásico”, “capitalismo corporativo orientado al mercado”, y “capitalismo corporativo orientado a los bancos”. Estos tipos de capitalismo se alejan del “espíritu capitalista” propuesto por la doctrina calvinista que sostenía valores como el ascetismo, puritanismo, frugalidad, ética del trabajo, ahorro, vida austera, etc. Los tipos de capitalismo posteriores son evoluciones perversas de la doctrina calvinista. La administración de las organizaciones ha sido influida por la ética calvinista del trabajo. Aunque el capitalismo clásico ya no es el tipo dominante, sin embargo, prevalece en países menos desarrollados.

El capitalismo corporativo, también denominado neocapitalismo o capitalismo tardío, se basa en un régimen de propiedad privada difusa propio de las grandes corporaciones que conjuntan recursos de muchos accionistas. El capitalismo corporativo se reproduce socialmente mediante el uso de técnicas que no son ideológicamente neutrales, se asigna el control a administradores eficientes y se racionaliza el crédito mediante una tendencia clasista. El corporativismo financiero pertenece a este neocapitalismo.

La lógica cultural del capitalismo tardío es el posmodernismo donde el espacio se interpreta como un símbolo y una realidad privilegiada. De hecho, los problemas contemporáneos de la globalización, la expansión del capitalismo tardío o postmoderno han agravado los más crónicos problemas como en el caso de la región latinoamericana. Si la modernidad capitalista fue la creadora del Estado-nación y sus principales creaciones, como una sociedad y mercado nacionales, fronteras, ejércitos, etc., cuando el capitalismo entra en crisis, aunque muy discutible, entonces necesariamente entran en crisis todas estas instituciones, ya en transición hacia la posmodernidad.

El corporativismo financiero y económico global es el principal agente que promueven la expansión del capitalismo global, el cual es más resultado de la especulación financiera. La expansión del capitalismo se realiza a través de la organización de la sociedad, el modo de producción y el poder político en las colonias. La herencia colonial ha marcado las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales de los pueblos colonizados. Para asegurar y multiplicar el funcionamiento del capitalismo global, las diferentes facciones de corporaciones financieras y económicas recurren a diferentes medios para dirimir las diferencias de sus intereses, entre los que se destaca la guerra y sus diversas manifestaciones.

También puede entenderse los actuales procesos de globalización como resultado de una tendencia continuada por lo menos en los últimos cinco siglos, del desarrollo del capitalismo, hasta llegar a la fase actual denominada neocapitalismo o capitalismo tardío, mediante el análisis más detallado de sus rasgos característicos que muestran diferentes manifestaciones y formas de expresión. La globalización significa que los países del mundo adoptan el capitalismo de libre mercado, el cual tiene sus propias reglas para la apertura, la desregulación y la privatización de la economía.

La creciente expansión en intensidad y alcance del capitalismo globalizador es resultado de la aceptación de las leyes y principios de la teoría del mercado, en donde nadie controla los mercados globales. Cualquier oportunidad para hacer dinero es la esencia del capitalismo, la que a su vez es la fuerza motivadora detrás de los procesos de liberalización y globalización. Milton Friedman ha dicho que no hay nada nuevo acerca de la globalización, excepto la palabra y la existencia de una más eficiente comunicación y transmisión de tendencias. Así que el nombre del juego es capitalismo.

El proyecto de la globalización que propone un mundo único, con un mercado homogéneo, es altamente discutible por las dificultades que presenta su posible existencia, sobretodo bajo la hegemonía del capitalismo con su potencial latente de autoritarismo. De hecho, los procesos de globalización estimulados por la expansión mundial y el desarrollo del capitalismo han favorecido consistentemente solo una proporción limitada de la población mientras que la mayoría tiene que sufrir los efectos adversos de este proceso.

Dada la rapidez del ritmo del cambio técnico anterior a la tecnología de la información, parece posible que las organizaciones no tenían tanto conocimiento construido acerca de las tecnologías implícitamente representada al inicio de esta revolución como lo tuvieron al inicio de la Segunda Revolución Industrial (Atkeson y Kehoe, 2001).

Con la desaparición de las economías en torno al socialismo real y la apertura de China Comunista, el segundo mundo queda conformado por un conjunto de economías que tienen un papel relevante y que constituyen la periferia más rentable para el primer mundo y para el desarrollo del capitalismo globalizador que con una nueva geoeconomía se expande a todos los confines del globo. En los mercados globales, las interacciones entre las empresas y los consumidores, culturas y capitalismos, transforman las preferencias hasta homogeneizarlas, lo que provoca que la gente reaccione positiva o negativamente en las expresiones de fundamentalismos.

Como un mecanismo económico, el capitalismo puede ser adoptado como un instrumento democratizador que posibilita legitimar un gobierno. Ni la teoría de las relaciones internacionales, ni tampoco la teoría de la democracia alcanza a establecer un marco de referencia que sustente la conceptualización como la práctica del desarrollo democrático de los pueblos y sus relaciones con el capitalismo moderno o neocapitalismo, bajo un contexto global, a pesar de su potencial latente de autoritarismo. No obstante, algunos principios del capitalismo no necesariamente promueven la democracia, tales como aquellos que son “concebidos como la expresión de demandas de la razón” (Amín, 2001), entre otros, la propiedad privada, la competencia de los mercados, principios de emprendedores, etc.

Así, los principios de la lógica que impone el capitalismo transnacional de libre mercado resultan ser totalmente incompatibles con los principios y fines de la democracia. Tanto es así que a medida que avanzan los procesos de globalización, se acrecientan las tensiones sociales que amenazan con perturbar las prácticas democráticas. Si por democracia debe entenderse “el gobierno del pueblo”, la participación de los individuos en las decisiones que les afectan es casi nula, por lo que el concepto de democracia en la lógica del capitalismo transnacional resulta inoperante.

En cada nueva fase de expansión del capitalismo, las grandes corporaciones transnacionales han requerido del apoyo de los Estados imperiales para repartirse los mercados internacionales. De acuerdo con Robinson (2000), un rasgo clave de la globalización es la subrogación del Estado nacional como el principio organizador del capitalismo que perpetuamente rehace el mundo en nuevas configuraciones en donde los espacios transnacionales suplantán a los nacionales. Es en los niveles locales, nacionales y regionales donde se gestiona la dinámica de la desregulación transnacional de los mercados, por lo que se puede considerar que el capitalismo como sistema se impulsa a escala nacional.

En la sociedad moderna hay un conflicto latente entre capitalismo y política. El capitalismo como ideología adoptada por el liberalismo político, posibilita una interpretación económica y política del individuo y la sociedad mediante la fundamentación de una ideología empresarial. Ya que las empresas

nacionales y locales carecen de los medios para competir en igualdad de términos con el capitalismo transnacional, tienen pocas posibilidades de elección que no sea otra que convertirse en los socios junior locales. No obstante que existen algunas contradicciones fuertes entre el liberalismo utópico y el funcionamiento del capitalismo.

Como un sistema hegemónico en las naciones del mundo, el capitalismo destruye las formas de organización social y económica diferenciadas que se oponen a su dinámica, para imponer una forma única de organización social y de la producción. Pero el liberalismo encierra grandes sorpresas porque con la libertad de industria y de comercio y con el crecimiento acelerado del maquinismo industrial, se fue desarrollando el espíritu de lucro, y con él la acumulación del capital en unas cuantas manos. El liberalismo se convierte al paso del tiempo, hasta llegar a nuestros días, en un sistema crecientemente opresivo bajo la forma del capitalismo legitimado por el liberalismo económico que justifica mecanismos que despojan a los trabajadores de sus medios de producción y a cuyos nuevos dueños entregan sus energías materiales e intelectuales a cambio de un salario siempre inferior al valor real de la mercancía generada.

El poder capitalista o hegemón cuenta con los recursos y el poder para imponer como una hegemonía transnacional las reglas del desarrollo del capitalismo global a través de estructuras supranacionales. Las elites transnacionales exportan un conjunto de valores que son consistentes con el liberalismo y el capitalismo estadounidense, a pesar de que se dan algunas contradicciones entre el funcionamiento del capitalismo y el liberalismo utópico. La estrategia imperial estadounidense para revertir la tendencia de la decadencia del capitalismo hegemónico ha provocado más inestabilidad a la economía global y con ello algunos arreglos geopolíticos que auguran la inminente caída de la hegemonía del capitalismo imperial. De hecho, los procesos de globalización estimulados por la expansión mundial y el desarrollo del capitalismo han favorecido consistentemente solo una proporción limitada de la población mientras que la mayoría tiene que sufrir los efectos adversos de este proceso.

La economía de mercado inspirada en el liberalismo económico tiene como contrapunto a las economías centralmente planificadas que caracterizaban a los países socialistas, de los cuales todavía sobreviven muy pocos. Sin embargo, hay que considerar que el fracaso del comunismo en su versión marxista leninista, es también una representación más del derrumbe del liberalismo.

La globalización es una etapa expansiva del sistema capitalista, con diferentes manifestaciones a periodos anteriores en los procesos evolutivos del capitalismo. La globalización es una revolución avanzada del capitalismo financiero centrado más en la especulación financiera que en la producción apoyado por el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a través de los cuales circulan bienes intangibles. Esta nueva fase del capitalismo financiero está dando origen a una nueva formación de la sociedad caracterizada por profundas diferencias de equidad y justicia que dará lugar a la elaboración de un nuevo sistema con más orientación a solucionar esta problemática social.

Los protagonistas del nuevo modelo de desarrollo son los principales agentes económicos y financieros del capitalismo corporativista internacional que para lograr sus propósitos prescinden de instituciones políticas intermediarias, como el Estado-nación. Ahora la existencia de las estructuras de los Estados nacionales son rehenes de los agentes del capitalismo global, porque sirve a sus intereses transnacionales. El capitalismo transnacional construye un sistema de instituciones que se superponen a las estructuras del Estado-nación, exceden sus funciones, facilitan las redes de integración supranacional entre los grupos que pertenecen a un mismo estrato, reconfiguran las fuerzas sociales globales en grupos

dominantes y grupos dominados profundizando la división global entre los que se benefician de los procesos de globalización y los que no.

El desarrollo en la globalización ha sido en general capitalocéntrica porque sitúa al capitalismo en el centro de las narrativas de desarrollo, tendiendo en consecuencia, a devaluar o marginar cualquier posibilidad de desarrollo no capitalista. Así “... *la naturalidad de la identidad capitalista como plantilla de toda identidad económica puede ser puesta en cuestión*” (Graham y Gibson 1996:146) por diversas opciones de desarrollo económico propias del mismo posdesarrollo que valoran los modelos locales no necesariamente complementarios, ni opuestos ni subordinados al capitalismo. Estos modelos locales desafían "lo inevitable" de la penetración capitalista con los procesos de globalización y que por lo tanto, se puede decir que todo lo que surge de la globalización encaje en el guión capitalista.

El capital transnacional tiene la capacidad de poder para disolver su compromiso por el bienestar de la clase trabajadora, la que independientemente de sus delimitaciones territoriales, constituye una reserva para el capitalismo transnacional.

La denominada Nueva Economía como estrategia de desarrollo ha fracasado en sus expectativas fundamentalmente a que los criterios de rentabilidad son los mismos que la economía tradicional basada en el capitalismo industrial avanzado que genera la plusvalía en beneficio del capital y en detrimento de la suma del trabajo y la información, pero en donde además, la información tiende a sustituir al capital que en sí mismo es información y por lo tanto también tiende a sustituir al trabajo. La creación virtual del capital en el mundo digital desaparece la noción del tiempo como factor para la acumulación.

La interacción de la revolución de la tecnología de la información y la comunicación, la crisis del Estado benefactor y del capitalismo y el surgimiento de los nuevos movimientos sociales han provocado la formación de una nueva estructura social hegemónica que Castells (1996) denomina la “sociedad-red”, la nueva economía basada en lo informacional/global y una nueva cultura con fundamento en la virtualidad real.

El sistema del capitalismo globalizado tiene el potencial de crear riqueza, pero tienen que establecerse las condiciones correctas para aquellos que están excluidos de los beneficios a fin de que se incorporen en los términos relativamente iguales. El capitalismo globalizador polariza el desarrollo económico y social de los pueblos. El capitalismo globalizador se encuentra amenazado por una espiral decreciente de crecimiento económico, es decir por una espiral decreciente de los ingresos per cápita y por los promedios reales de consumo. El capitalismo globalizador o neocapitalismo genera tensiones que se reflejan en las crisis económicas, políticas, sociales, culturales, educativas, en el medio ambiente, etc.

Desde una perspectiva histórica el capitalismo muestra algunas contradicciones que limitan su desarrollo y que ponen en riesgo la 'mitología política de la contención' para entrar en una incontrolable crisis del imperio colectivo y que para evitarlo requiere de modelos alternativos para un nuevo orden mundial que en mucho dependerá de las fuerzas emergentes en oposición al nuevo colonialismo global que se acomoda en una ideología política cínicamente represiva y excluyente

Las manifestaciones de este avance del capitalismo emergente se enmarcan en la paradoja consistente en que mientras se centra en función de los mecanismos autorreguladores del mercado, por otro lado desencadena reacciones en contrario para contrarrestar y compensar los efectos de los mecanismos perversos del mercado. A pesar de todo, como resultado de la implementación de programas de liberalización económica, la sociedad se polariza reflejando las contradicciones del capitalismo

industrial, a tal punto que se convierte en una sociedad dual en la que unos tienen acceso a los beneficios de la era de la información, mientras otros son totalmente excluidos. Las manifestaciones de este avance del capitalismo emergente se enmarcan en la paradoja consistente en que mientras se centra en función de los mecanismos autorreguladores del mercado, por otro lado desencadena reacciones en contrario para contrarrestar y compensar los efectos de los mecanismos perversos del mercado.

Un análisis crítico de los efectos del capitalismo revela que ha creado extremas desigualdades en la región así como en el mundo entero. Los dos componentes de esta desigualdad mundial son la desigualdad entre el promedio de ingreso de las naciones y la desigualdad dentro de las naciones. La desigualdad entre las naciones se centra en los determinantes de los ingresos per capita, mientras que la desigualdad dentro de las naciones se centra en los determinantes de factores de precios y su relación con el tamaño de la distribución del ingreso. Existe una relación entre los ingresos per capita y los flujos de capital.

No hay que perder de vista que mientras el capitalismo se recupera, la inmensa mayoría de los trabajadores ven disminuidos sus ingresos salariales y prestaciones sociales además de incrementos inusitados de desempleo. El futuro de los trabajadores es muy incierto. El resultado no es la competencia perfecta sino un capitalismo tramposo, en el que los ricos y poderosos se sienten justificados en disfrutar de su posición de privilegio.” Los 84 individuos más ricos del mundo poseen una riqueza que excede el PIB de China con sus 1.300 millones de habitantes 80 países en el mundo tienen una renta per cápita menor que hace una década. 3000 millones de personas, la mitad de la humanidad vive con menos de 2 dólares al día y, de éstos, 1.300 millones con menos de 1 dólar diario.

De hecho, los procesos de globalización estimulados por la expansión mundial y el desarrollo del capitalismo han favorecido consistentemente solo una proporción limitada de la población latinoamericana mientras que la mayoría tiene que sufrir los efectos adversos de este proceso. Cualquier intento serio para explicar las desigualdades y las formas de ubicuidad de la injusticia que caracteriza a las sociedades Latinoamericanas inevitablemente conduce un examen crítico de las relaciones de explotación de producción y distribución capitalista que predomina en la región.

Galeano (2002) relata el realismo del capitalismo en Latinoamérica como sistema económico y político de la época cuando argumenta en una conferencia “El desempleo es un problema duro. Hoy podemos hacer el doble de autos con la misma cantidad de gente. Cuando se habla de mejorar el nivel educativo de la población, como solución al problema del desempleo, siempre digo que me preocupa el recuerdo de lo que pasó en Alemania: allí se publicitó la educación como remedio a la desocupación, y el resultado fue la frustración de cientos de miles de profesionales, que fueron empujados al socialismo y la rebelión. Me cuesta decirlo, pero me pregunto si no sería mejor que los desocupados actúen con lucidez y se vayan a buscar trabajo directamente a McDonald’s”.

5. Neoliberalismo

El neoliberalismo comprende como características principales el libre mercado, eliminar el gasto público por los servicios sociales, desregulación, privatización, eliminación del concepto de bien público o comunidad. El neoliberalismo económico aprovecha la oportunidad para diagnosticar que la excesiva regulación económica desestimula la libre circulación de bienes y capital, elementos necesarios para dinamizar el libre mercado.

La ideología neoliberal tiene sus raíces ideológicas en los siglos XVIII y XIX en los pensadores liberales tales como Adam Smith y John Locke. El neoliberalismo es una versión nueva del liberalismo económico el cual además tienen aplicación en la economía internacional y no solamente dentro de las fronteras nacionales. El término "Coca-colonización" que se acuñó en los cuarenta y se usó mucho en los cincuenta, hace referencia a la ola expansiva de los valores norteamericanos en todo el globo.

La ideología del liberalismo fue el fundamento para la creación de las instituciones de Bretton Woods. El neoliberalismo se impuso como la mejor alternativa al agotamiento del periodo de mayor crecimiento expansivo de la economía mundial después de la Segunda Guerra Mundial, entre 1940 y 1970, considerado como la "era de oro del capitalismo" con un crecimiento económico global alto caracterizado por la expansión industrial de países de la periferia capitalista y con el fortalecimiento de las economías de los países socialistas.

Las economías orientadas por ideología tienden a transformar la realidad concreta. Es en este sentido que la ideología universalista del neoliberalismo, la misma del mercado, la cual propaga y exporta los valores y las prácticas de los países occidentales y más específicamente de los anglosajones, construye un bloque histórico para sostener la hegemonía americana. La elite económico-política y sus agentes realizan campañas para legitimar la ideología neoliberal del capitalismo transnacional que promueve el libre mercado.

Las relaciones entre Estado, sociedad y mercado se han redefinido en las últimas décadas para lograr el equilibrio fiscal, bajo un enfoque político cultural denominado neoliberalismo caracterizado por un retiro forzado del Estado de las actividades económicas que se concentran en el mercado considerado como el mejor asignador de los recursos sociales, liberador de las relaciones sociales y disciplinador de los comportamientos sociales. El neoliberalismo, argumenta Bourdeau (1998), tiene la tendencia como un todo a favorecer la separación de la economía de las realidades sociales.

Partir de la década de los ochenta, el surgimiento de la derecha conservadora llega al poder con Thatcher en Inglaterra, con Reagan y el Partido Republicano en Estados Unidos, para luego asaltar totalmente el poder con Bush y los halcones con sus políticas reaccionarias impuestas unilateralmente para dismantelar al Estado benefactor que puede conducir al desastre social y que pone en juego no solamente el orden mundial sino la misma supervivencia del sistema capitalista.

Sin embargo, la promoción de esta ideología es de hecho un producto de la estrategia global contemporánea de las transnacionales así como de las políticas de las administraciones de Reagan, Bush y Clinton en los Estados Unidos y de Thatcher y Major en Inglaterra. La deriva del sistema financiero internacional en tanto sistema de financiamiento del desarrollo, se produce en 1980-81. Con el movimiento de liberalización financiera lanzado por el presidente de los Estados Unidos y la primera Ministra Margaret Thatcher, se franquea una nueva etapa.

El neoliberalismo como modelo hegemónico del capitalismo a escala global fue asumido e impulsado por Thatcher en Inglaterra y Reagan en Estados Unidos con el apoyo de las instituciones financieras internacionales, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio, quienes promueven políticas de liberalización económica y financiera, desregulación, privatización, apertura de las economías al mercado mundial, precarización de las relaciones de trabajo y retracción de la presencia del Estado en la economía.

Las políticas proteccionistas de los denominados mercados emergentes impedían el avance del proyecto del libre mercado, por lo que el neoliberalismo condena y arremete contra la ideología del desarrollo a través de la aplicación de regulaciones de las instituciones financieras internacionales para convertir a las economías emergentes en consumidoras de productos y servicios de los países más avanzados, para quienes estas regulaciones no aplican.

El neoliberalismo disuelve las fronteras nacionales a favor de un proyecto global mediante la ejecución de un programa de reestructuración económica que conlleva la reestructuración política que redistribuye el poder entre el Estado y la sociedad hacia los grupos locales con mayor orientación transnacional. Las dos grandes tendencias de este proyecto utópico neoliberal, agrega Bourdeau, son la destrucción de todas las instituciones colectivas capaces de contrarrestar los efectos de la máquina infernal del neoliberalismo.

La globalización representa la fase más avanzada del desarrollo capitalista del cual se benefician las elites económicas mediante los procesos de integración global sustentados en el neoliberalismo como una doctrina de ideología económica y política. El impulso de los procesos de globalización de las grandes corporaciones denominado neoliberalismo es diferente al impulsado por la sociedad con sus procesos de transición a largo plazo que avanzan al margen de los gobiernos.

En los procesos de globalización actuales predomina el neoliberalismo del decálogo del Consenso de Washington que generan desigualdades por la competencia comercial y la vertiginosa aceleración del conocimiento y desarrollo tecnológico.

Fukuyama (1999) proclamó el final de la historia para significar el triunfo ideológico del liberalismo económico por sobre el pensamiento socialista. Este liberalismo económico se apuntala en el mercado como un mecanismo efectivo de regulación que fomenta una cultura global de consumo y en la democracia liberal como la única forma de organización política capaz de equilibrar las aspiraciones individuales y colectivas de libertad con el poder del Estado. La democracia liberal legitima encubiertamente al capitalismo en el dominio del hombre por el hombre mediante los procesos de elaboración de las normas jurídicas que implementan las políticas económicas formuladas en beneficio de los intereses de las estructuras del poder económico de grandes corporaciones y del capital financiero especulativo transnacional que dominan el mercado internacional.

En este contexto, surgen las propuestas de políticas neoliberales que retoma los principios y tesis clásicas del liberalismo económico promotores de una libertad económica como ideología hegemónica del mercado que transforman la economía mundial en diferentes grados conforme a la región y al país. Estos cambios estructurales y los intereses mutuos de estas alianzas son puestos en ideología neoliberal. Es el mercado el eje de un sistema mundial único inducido por procesos de globalización bajo principios del liberalismo económico que eleva las libertades del individuo hasta lograr su aislamiento.

El proyecto político de la globalización pretende instaurar este liberalismo transnacional con su consorte, el capitalismo liberal democrático, o neocapitalismo, como el único modelo de desarrollo (Gill, 1995). Con la adopción de las políticas económicas neoliberales, la economía adquiere más importancia y acota la política, de tal forma que la ideología de los partidos políticos es muy similar, con leves diferencias en la incorporación de las experiencias y expectativas locales en torno a un núcleo fuerte.

La ideología de la globalización pugna por la liberalización de las economías en un mundo en el que dominan las empresas transnacionales. El análisis del fenómeno de la globalización económica y su

impacto en las formas de gobernabilidad se hace bajo los enfoques por demás insuficientes del neoliberalismo, el globalicrítico, desde la perspectiva de la integración regional, sus interacciones con las ubicaciones locales y el énfasis en lo intergubernamental de la regulación de políticas de globalización económica.

Esta hegemonía global del capitalismo neoliberal o neocapitalismo, se expresa en el poderío militar de los Estados Unidos y en la expansión de las grandes corporaciones transnacionales que atacan todas las posibles coacciones sociopolíticas. Pero las ventajas específicas de la economía no es la base de la hegemonía estadounidense, sino su poder militar para imponer su hegemonía con base en el neoliberalismo como sistema económico.

A la expansión de las corporaciones transnacionales precede la expansión militar y política. Las alianzas militares de los estados imperialistas y los aparatos militares de otros Estados promueven la penetración y expansión de las transnacionales en los mercados internacionales. En cada fase expansiva de las grandes corporaciones transnacionales, se requería de la participación del Estado imperial. No obstante, bajo la consigna de globalización, el capitalismo imperialista estadounidense asegura el dominio mundial y, además, puede justificar intervenciones militares para derrocar aquellos regímenes que no obedecen a las consignas. Si se mira al Estado neoliberal como una continuidad del Estado Benefactor, se legitima la nueva correlación de fuerzas sociales que surge de las transformaciones del capitalismo y se establecen la estructura y la infraestructura para la creación de Estado transnacional.

En las últimas dos décadas, casi cada aspecto mayor de la vida económica, política y social en Latinoamérica estuvo influido por la integración acelerada de la región en el sistema capitalista global. La implantación formal de esta perspectiva en los Estados latinoamericanos fue denominada ajuste estructural y consistió básicamente de siete pasos: la apertura unilateral de los mercados foráneos, privatización extensiva de las empresas del Estado, desregulación de bienes, servicios y mercados laborales, liberalización del mercado de capital, con una privatización extensiva de los fondos de pensiones, ajuste fiscal basado en una reducción drástica de del gasto público, reestructuración y adelgazamiento de los programas sociales apoyados por el Estado con un enfoque de esquemas compensatorios para los grupos más necesitados y el fin de la política industrial y cualquier otra forma de capitalismo de Estado y concentración de la administración macroeconómica (Portes, 1997).

El neoliberalismo es la doctrina de la neocolonización de Latinoamérica. Los países que se someten al programa de ajuste estructural aceptan la construcción de instituciones afines a los intereses del capitalismo transnacional. El neoliberalismo se inició en América Latina en Bolivia y Chile con políticas económicas centradas en el combate a la inflación como condición previa indispensable para retomar el crecimiento económico y a distribución del ingreso. El apoyo para manejar las crisis de la deuda de los países menos desarrollados fue aprovechado por el capitalismo transnacional para imponer el funcionamiento de sus estructuras y exigir el cumplimiento de condiciones. En parte, las políticas económicas nacionales son ajustadas a las presiones de las elites capitalistas nacionales integradas a las redes del capitalismo transnacional, más que a las presiones externas de las instituciones globales.

El neoliberalismo alienta como medidas económicas la reducción del gasto público, especialmente la reducción de prestaciones de servicios por parte del Estado, particularmente a los sectores más pobres de la población. El neoliberalismo ha sido impuesto por las instituciones financieras internacionales causando algunos efectos nocivos en el desarrollo, como en el caso de México donde los salarios declinaron hasta un 50% mientras que el nivel de costo de vida se elevó hasta un 80% en el primer año en que entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Más de 20 mil pequeños y

medianos negocios quebraron y se privatizaron más de mil empresas del Estado mexicano.

La globalización y profundos cambios en la economía política y la política económica fundamentadas en el neoliberalismo pretenden transnacionalizar su impacto. Los procesos de globalización neoliberal incrementa las desigualdades sociales que debilitan al sistema democrático, agudiza sus contradicciones y lo hace incompatible con el capitalismo. El neoliberalismo no eliminará esa fuente de desigualdad; ese es el punto.

Para otros analistas, las crisis financieras sólo reflejan el colapso del neoliberalismo y son los síntomas de un crecimiento desacelerado, más que sus causas. Hasta ahora, los efectos negativos de las crisis financieras que el modelo neoliberal ha desatado, hacen pensar para muchos analistas en que se asiste al final del neoliberalismo, posición muy discutible porque todavía presenta signos de vitalidad constituye una etapa superior del desarrollo mundial del capitalismo que surge a partir de cambios radicales. Algunos analistas afirman que las crisis financieras actuales solo reflejan la crisis del neoliberalismo y que por lo tanto, su final ya se puede anunciar. Las crisis financieras son tan viejas como los mercados financieros.

Los signos de agotamiento del neoliberalismo se presentaron a partir de las crisis financieras regionales iniciadas con la mexicana en 1994 y con el caos provocado por la dinámica de la nueva economía que pretendió ser la locomotora de la economía global entro en crisis en el 2001. Con la crisis ideológica del neoliberalismo que tiene implicaciones con la crisis económica y social que debilita los sistemas políticos, se cuestionan los principios del libre mercado, se promueven las acciones de la sociedad civil y se reivindican las funciones complementarias del Estado.

Bajo el neoliberalismo, para incrementar sus ganancias, la economía capitalista pasó de una fase de explotación a una de destrucción del empleo antagónica a la política de pleno empleo. De hecho, los problemas contemporáneos de la globalización, la expansión del capitalismo tardío o postmoderno han agravado los más crónicos problemas como en el caso de la región latinoamericana.

El neoliberalismo ataca el orden social existente en los frentes económico, ideológico y militar, con serias consecuencias para la humanidad, de acuerdo a Ramonet (2003). Las mismas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial por ejemplo, proponentes del neoliberalismo, ahora consideran que sus alcances son limitados. La “macro dictadura total” del neoliberalismo, como sostiene el obispo de Sao Felix do Araguaia, Brasil, que se impone como pensamiento único con sus “teólogos del diablo” y su posmodernidad narcisista (Fazio, 2000) Así el neoliberalismo predica la libertad y la igualdad de oportunidades, pero la realidad es otra.

A pesar de que existen abrumadores argumentos contra las realidades y efectos del neoliberalismo y la globalización, afirma Razcón (2002) la crítica carece de implicaciones estratégicas, porque no existe voluntad para construir conceptualmente una sociedad eficiente, real, ante la economía de mercado, la imposición de los intereses transnacionales, la subordinación y la dependencia, y el belicismo del imperialismo.

Los movimientos sociales tienen un papel fundamental en las aportaciones de una contestación global mediante el establecimiento de redes transnacionales que, luego de mitigar imaginables querencias etnocéntricas, pueden ofrecer un contrapeso a los procesos de globalización del capitalismo neoliberal. La multiplicidad de los movimientos sociales es su fortaleza y lo que más teme el proyecto de la ideología única hegemónica del capitalismo. Los contrapoderes son “lazos, experiencias alternativas,

solidaridad que se crea entre la gente. Los contrapoderes son las múltiples instancias en las que se desarrolla la política...son los contrapoderes que plantean los interrogantes fundamentales sobre el mundo que está construyendo el capitalismo. Los nuevos movimientos sociales contra la globalización neoliberal, a partir de Seattle, consolidan el agotamiento teórico y práctico del neoliberalismo y cuestionan tanto la efectividad de esas políticas como su pretensión de ser las únicas viables.

La lucha contra el neoliberalismo es también contra la mercantilización del mundo. Miguel Benasayag (Proceso, 2001) sentencia que “La dinámica actual de las luchas contra el neoliberalismo es subversiva precisamente porque se desarrolla a partir de las multiplicidades. Y mientras más múltiple sea, más subversiva.” La subjetividad es refugio o resistencia contra el modelo de pensamiento único hegemónico (Bourdieu, 1998).

Discusión

El liberalismo tiene como centro la doctrina del mercantilismo envuelta en la fina retórica de la democracia. La democracia liberal representativa que promueve el neoliberalismo económico como la forma idónea de organización política queda marcada en una profunda crisis de legitimidad. El liberalismo que se basa en la propiedad individual de los medios de producción, genera una distribución crecientemente desigual de los beneficios materiales y la libertad, lo cual tiene implicaciones en la transición “del individualismo a la protección de los individuos dentro de una comunidad positivamente libre”(Amadeo y Morresi, 2003).

Consolidar la democracia liberal requiere de instituciones, actores y agentes que acepten las reglas del juego que acepten los principios del liberalismo político y económico. El papel del Estado democrático entra en conflicto con el capitalismo postindustrial globalizador entre los procesos de mercantilización y desmercantilización de la política social.

La globalización como ideología aparece en la esfera pública cuando ya no tiene utilidad para su análisis. A pesar de la emergencia de una pluralidad de pensamiento crítico de los procesos de globalización que hablan de modelos alternativos, no se ha concretado organización social diferente a la basada en el mercado que promueve el capitalismo. La modernización neoliberal separa a la subjetividad, la considera un proceso autónomo e inconexo que genera tensiones cuando de acuerdo con Lechner (2000), ambos fenómenos son complementarios y es necesario relacionarlos, ya sea en forma espontánea conforme a la apuesta del liberalismo decimonónico o establecida por el Estado conforme al modelo socialdemócrata.

La política de bienestar socialdemócrata centra la responsabilidad en el Estado para desmercantilizar la provisión de los beneficios sociales sobre la base de principios de universalidad, igualdad y cobertura global. Este modelo de bienestar es incompatible con el apremiante avance del capitalismo desregulado, ante cuyas presiones de adaptación, la orientación del bienestar social de la socialdemocracia activamente han redireccionado la aplicación de recursos y servicios a las familias jóvenes.

La diferencia entre socialdemocracia y liberalismo es que éste quiere la menor intervención política posible (dejando a la regulación del mercado la tarea de poner orden) y la socialdemocracia tiende a regular la mayor cantidad posible de aspectos de la vida humana. En este tira y afloja estamos entre unos regímenes y otros y entre unos períodos históricos y otros. Un liberalismo absoluto en el que el Estado solamente se ocupe del ejército y la policía no es hoy ya sostenible.

Un análisis crítico de los efectos del capitalismo revela que ha creado extremas desigualdades en la región así como en el mundo entero. La debilitada cultura de la dependencia del pobre es sustituida por el impresionante proyecto hegemónico de expansión del capitalismo alentada por los grandes intereses económicos de los grupos corporativos. Se necesita de una revolución cultural para no aceptar las formas de dominación, poder y alineación del capitalismo globalizador y para reconstruir la identidad de las comunidades mediante la acción individual y colectiva que afirme la autodeterminación, independencia y autogestión.

El pensamiento crítico al neoliberalismo ha comprobado las variables y factores de los diagnósticos realizados que determinaron la situación económica, política y social actual mediante la implantación de los mecanismos de control ejercidos que han dado lugar a injusticias y desigualdades sociales crecientes. El nuevo pensamiento crítico desde una izquierda recuperada asume como problema teórico el de la construcción de alternativas en el pensar y hacer de la colectividad capaz de desestructurar las contradicciones propias de la lucha de clases y de encauzar las contradicciones internas de las fuerzas liberadoras del poder colonial capitalista y en contra de la verdad única del neoliberalismo imperialista globalizador.

El pensamiento crítico tiene que plantearse en teoría y en experiencia, las debilidades del liberalismo, del Estado liberal y del capitalismo y el diseño de un nuevo orden mundial alternativo en un análisis desde lo local hasta lo global facilitado por una adecuada política, nuevas prácticas y estrategias de los movimientos sociales antisistémicos orientados al diseño de una alternativa democrática y soberana. Sin embargo, en la historia del capitalismo, el imperialismo y los movimientos de liberación son constantes, pero el avance de un capitalismo sin regulación alguna puede terminar en una convergencia hacia la universalización del imperialismo.

El pensamiento crítico da soporte a los nuevos movimientos sociales organizados en redes que reorientan sus estrategias para el logro de una democracia justa e independiente, la reestructuración de las categorías sociales y la redefinición de las luchas por la socialdemocracia en tiempos en que cobra fuerza el imperio financiero mundial que pregona un neoliberalismo fundamentalista y neocolonialista que encubre el mercantilismo de las megaempresas y el imperialismo colectivo.

Una de las soluciones para que Latinoamérica rompa la relación de dependencia es que desarrolle un capitalismo proteccionista dentro de un bloque comercial que facilite la formación de empresas transnacionales bajo diferentes regímenes de propiedad y nuevas formas de governance y bajo una estrategia de desarrollo que Dieterich (2002) denomina como creación de Complejos de Investigación, Producción y Comercialización global (CIPC), los cuales pueden alcanzar mediante la unión de holdings, una parte del surplus mundial en su segmento de mercado. En este sentido, la expansión del capitalismo globalizador hace pensar a la izquierda en términos de desarrollos desiguales y estrategias de resistencia cultural, política y económica.

La retórica política que rodea la introducción de las reformas neoliberales nunca declara que su introducción va a resultar en la pérdida de la soberanía o en la falla de un proyecto nacionalista, sino que, por lo contrario, la retórica neoliberal alienta un futuro seguro para la nación, la protección de su competitividad en los procesos de globalización económica, etc. El neoliberalismo puede cohabitar con el nacionalismo económico contemporáneo en el diseño de una política económica y en la promoción de nuevas alternativas de modelos de desarrollo que implique relaciones de cooperación entre el Estado, el mercado y la comunidad. Este posneoliberalismo puede orientarse a la satisfacción de necesidades

sociales mediante procesos de desmercantilización ya sea dentro de la misma lógica o en contradicción del sistema capitalista.

Referencias

- Amadeo, Javier y Morresi, Sergio (2002), "Republicanism and marxism", en Borón, Atilio A. *Filosofía política contemporánea*, Buenos Aires, CLACSO.
- Amín, Samir (2001). *Imperialismo y globalización*.
<http://www.rcci.net/globalización/2001/fg175.htm>
- Atkeson, Andrew and Kehoe, Patrick J. (2001). "The transition to a New Economy after the Second Industrial Revolution", *Staff Report 296*, Federal Reserve Bank of Minneapolis.
- Bienefeld, Manfred (1991). "Karl Polanyi and the contradictions of the 1980s", en Mandell M. Y Salée D., edits., *The Legacy of Karl Polanyi*, Londres, MacMillan.
- Birchfield, Vicki (1999). "Contesting the hegemony of market ideology: Gramsci's 'good sense' and Polanyi's 'double movement'. *Review of International Political Economy* 6:1 Spring 1999: 27-54.
- Bobbio, Norberto (1991). *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Bourdeau, Pierre (1998). "The essence of neoliberalism", *Le Monde*. December.
- Castells, Manuel (1996). *The information age: Economy, society and culture. The rise of the network society*, Vol. I, Blackwell Publishers, Cambridge, Massachusetts.
- Dieterich Steffan Heinz (2002) "Necesidad de empresas transnacionales latinoamericanas" *La Nación*, 3 de septiembre.
- Dolors Comas (2002) "La globalización ¿unidad de sistema?: exclusión social, diversidad y diferencia cultural e la aldea global" en Chomsky (et al.) *Los límites de la globalización* (p.88)
- Stefanía, Joaquín (2002). "La enfermedad moral del capitalismo", *Granito de arena*. Agosto 7 del 2002. Argentina.
- Fazio, Carlos (2000). "la solidaridad en los tiempos del neoliberalismo", *La Jornada*, Masiosare, página 12.
- Fukuyama, Francis (1999). "Reconsiderando el fin de la historia", *Milenio*, No. 112, Octubre 25.
- Galeano (2002) *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Madrid, Siglo XXI.
- Gill, S. (1995). "Globalisation, market civilization, and disciplinary neoliberalism", *Millenium* 24 (3): 399-423.
- González Uribe, Héctor (2001), *Manual de filosofía social y ciencias sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Graham & Gibson (1996) *The end of capitalism (as we knew it)*. Basil Blackwell. Oxford. G.B.
- Helleiner, Eric and Pickel, Andreas (2004), *Economic nationalism in a globalizing World*, Ithaca: Cornell University Press.
- Lechner, Norbert (2000). "Desafíos en el desarrollo humano: individualización y capital social", *Instituciones y Desarrollo* No. 7, noviembre 2000.
- Nozick, Robert (1991), *Anarquía, Estado y utopía*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Prats, Joan (2002). *Instituciones y desarrollo en América Latina ¿Un rol para la ética?*. *Instituto Internacional de Gobernabilidad*. 17 de septiembre de 2002.
- Portes, Alejandro. (1997) "Neoliberalism and the sociology of development" *Population and Development Review*, Vol. 23, Number 2, June 1997 pp.229-259.
- Proceso (2001). "Los contrapoderes de la globalización neoliberal", *Revista Proceso* No.

1277, 22 de abril del 2001.

Ramonet, Ignacio (2003). "El otro eje del mal",

Razón, Marco (2002) "La crítica de la crítica al neoliberalismo". *La Jornada*, México, D.F. 6 de agosto del 2002.

Robinson, William I. (2000). "La globalización capitalista y la transnacionalización del estado", *Revista Globalización*. 2000. <http://www.rcci.net/globalización/2000/fg138.htm>

Thomas C. (1989). "Restructuring the World economy and its political implications for the Third World" pp. 340-356 in: *Instability and change in the World economy*, Edited by MacEwan and W. Tabb. New York: Monthly Review Press.

Villareal, René (2000) "Hacia una economía institucional del mercado". Biblioteca de Ideas, Instituto Internacional de Gobernabilidad.

<http://www.iigov.org/iigov/pnud/bilbiote/documentos/docu0057.htm>



La delincuencia organizada y el blanqueo de capitales. Directrices internacionales sobre la materia

Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch

Sumario: I.- Introducción. II. Las principales directrices contenidas en la normativa internacional sobre blanqueo de capitales: A) La Convención de Viena; B) El Convenio del Consejo de Europa; C) Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo; D) La Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001; E) La Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005. III. Valoración

I.- Introducción

El fenómeno de la delincuencia organizada se caracteriza por su carácter transnacional y su finalidad prioritariamente económica. Como señala WEIGEND¹, se trata de una forma de delincuencia que se diferencia de la delincuencia tradicional en que se lleva a cabo por grupos y organizaciones estructuradas que actúan a nivel supranacional y se dedican al “crimen como negocio”. Inicialmente, este fenómeno se conecta con el tráfico de drogas, pero posteriormente se extiende a otras actividades delictivas (tráfico de armas, prostitución, contrabando de automóviles, pornografía infantil), capaces de generar suculentos beneficios económicos que deben ser reciclados e introducidos en el tráfico económico legal. En ello consiste el blanqueo de capitales: actividad por la que se

¹ Cfr. WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, en *Internacional Review of Penal Law*, vol. 68, 1997, pp. 547 y ss.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



incorpora en el sistema económico legal los bienes y ganancias ilícitamente obtenidos, dando apariencia de licitud al producto o beneficio objeto del delito².

El blanqueo de capitales se sitúa así en el centro neurálgico de la delincuencia organizada, dado que a través de él se consigue el lucro o beneficio pretendido y, según señala ZARAGOZA AGUADO³, no sólo contribuye de forma decisiva al crecimiento y consolidación de la delincuencia organizada, sino que además pone en riesgo la estabilidad y credibilidad del sistema financiero legal, en el que se introducen flujos económicos que se originan al margen de aquél. Por ello, la persecución del blanqueo, con vistas al decomiso de las ganancias ilícitas, constituye uno de los instrumentos fundamentales en la lucha contra la delincuencia organizada.

Por otro lado, tanto la actividad de la criminalidad organizada, como el posterior blanqueo de las ganancias obtenidas no se producen normalmente en un único país, sino que se llevan a cabo en un ámbito internacional, aprovechando la actual estructura del sistema financiero mundial, lo que nos sitúa ante un fenómeno de carácter supranacional que exige una acción coordinada entre los Estados⁴. Desde los años 80, la comunidad internacional comienza a tomar conciencia de que una eficaz lucha contra el blanqueo de capitales exige una actuación en el ámbito internacional y adopta progresivamente toda una serie de medidas dirigidas a buscar la armonización entre las legislaciones de los distintos Estados y la cooperación entre ellos en la persecución del blanqueo. Fruto de este proceso,

² Cfr. ZARAGOZA AGUADO, “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en *Derecho Penal económico*, CGPJ, Manuales de formación continuada, nº 14, Madrid, 2001, pp. 365 y ss. En el mismo sentido, ALONSO PÉREZ, “«Blanqueo de bienes de origen ilegal»: aspectos penales y criminológicos”, en *Diario La Ley*, núm. 5801, 12 de junio de 2003, www.laley.net, citando las Resoluciones aprobadas por el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal sobre “El Derecho Penal frente al crimen organizado”, celebrado en Budapest los días 5 a 11 de septiembre de 1999, destaca tres importantes conexiones entre el crimen organizado y el blanqueo de capitales: en primer lugar, el blanqueo constituye un mecanismo necesario para el éxito del crimen organizado; en segundo lugar, el blanqueo, en sí mismo considerado, es una modalidad importante de crimen organizado; y, la incriminación del blanqueo es, a menudo, el único mecanismo preventivo contra el crimen organizado.

³ Cfr. *Ibidem*, p. 376.

⁴ Cfr. JIMENO FERNÁNDEZ, “Aspectos esenciales del blanqueo de capitales en el ámbito internacional y comunitario y su trasposición al Derecho interno”, en *Diario La Ley*, num. 6126, 12 de noviembre de 2004, www.laley.net.



se ha ido creando un cuerpo normativo de carácter supranacional, al que posteriormente se hará referencia, que ha promocionado la revisión y modificación de la normativa interna de los Estados para su adaptación a las directrices marcadas por las normas internacionales⁵.

El presente trabajo pretende analizar el contenido de las principales normas internacionales sobre esta materia, con especial atención a las de ámbito europeo. II. Las principales directrices contenidas en la normativa internacional sobre blanqueo de capitales

Actualmente, existe un importante cuerpo normativo internacional en materia de blanqueo de capitales y comiso de las ganancias procedentes de delito, cuyo análisis se aborda a continuación⁶:

II. Las principales Directrices contenidas en la normativa internacional sobre la materia

A) La Convención de Viena

La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, limita su ámbito de aplicación al

⁵ Este cuerpo normativo supranacional está constituido básicamente por los siguientes instrumentos: la *Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988; el *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito*, abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990; las *Directivas del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea*; la *Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo*, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; y, el *Informe del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*, aprobado en 1990, que contiene 40 Recomendaciones sobre esta materia.

⁶ Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988; el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990; la Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; la Directiva 2005/60/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo y la Decisión Marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. A los instrumentos citados, habría que añadir el Informe del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), aprobado en 1990, que contiene 40 Recomendaciones sobre la materia; si bien tales recomendaciones no tienen carácter normativo.



blanqueo de bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas. En ella se describen las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que necesariamente deben quedar tipificadas en los ordenamientos internos -conductas definidas en el artículo 3.1 b7- y aquellas otras cuya tipificación es facultativa –conductas definidas en el artículo 3.1 c)8-. Sólo se prevé la tipificación de conductas dolosas -si bien el artículo 3.3 establece que el elemento intencional podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso-; y, en el artículo 3.5 a), se hace referencia a una posible agravación en atención a la participación en el delito de un grupo organizado del que el delincuente forme parte.

En la Convención se contienen importantes disposiciones sobre el decomiso de los efectos y producto delito. Así, el artículo 5.1 dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para autorizar el decomiso de los efectos, instrumentos y producto de los delitos establecidos en el artículo 3 (decomiso común), o de bienes cuyo valor sea equivalente al de ese producto (decomiso del valor equivalente). Por su parte, el artículo 5.6 prevé la posibilidad de que el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, o se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, en cuyo caso, prevé la posibilidad de adoptar las medidas de embargo y comiso a los bienes transformados, en el primer

⁷ El artículo 3.1.b) dispone lo siguiente: “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionadamente: i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”.

⁸ El artículo 3.1 c) dispone: “A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos; (...) iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas; iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión”.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



supuesto, o a los bienes mezclados hasta el valor estimado del producto, en el segundo. El artículo 5.7 establece la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios del derecho interno de los distintos Estados, estableciendo en su número 8 que lo dispuesto en el precepto no podrá interpretarse en perjuicio de terceros de buena fe.

B) El Convenio del Consejo de Europa

El Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, establece la obligación de tipificar conductas dolosas de blanqueo de capitales, en términos muy similares a lo dispuesto en la Convención de Viena (artículo 6.1 del Convenio); pero amplía su aplicación a los supuestos de blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito. Recoge, así mismo, la previsión de que el elemento intencional podrá deducirse a través de la prueba de indicios (artículo 6.2 b), si bien, a diferencia de lo dispuesto en la Convención de Viena, establece la posibilidad de tipificar aquellos comportamientos en los que el sujeto debiera haber previsto que los bienes eran producto de un delito, (artículo 6.3 b); lo que parece referirse a conductas imprudentes. También dispone, en su artículo 2, que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para proceder al comiso de los instrumentos y productos del delito, o bienes, cuyo valor corresponda a estos productos.

C) Las Directivas del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea se ha ido tomando progresiva conciencia de la necesidad de adoptar medidas frente al blanqueo de capitales, no sólo de carácter penal, sino fundamentalmente preventivas a través del sistema financiero.

La primera norma fue la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de

⁹ Instrumento de ratificación publicado en el BEE de 21 de octubre de 1998.



capitales, cuyo texto fue posteriormente modificado por la Directiva 2001/97, de 4 de Diciembre de 2001, y finalmente derogado por la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

A) El texto legal parte del principio de que el fenómeno del blanqueo de capitales se produce a nivel internacional y, por ello, exige la cooperación de todos los Estados, reconociendo que la lucha contra el blanqueo no puede limitarse a medidas penales, sino fundamentalmente preventivas a través del sistema financiero..

B) Con respecto a los textos anteriores, se amplía el círculo de obligados por las disposiciones contenidas en la Directiva, incluyendo, además de los sujetos que ya quedaban obligados por las Directivas anteriores (entidades financieras y de crédito, aseguradoras etc.), a los siguientes: a) intermediarios de seguros de vida, entendiendo que las entidades que son legalmente responsables de las empresas de seguros y que, por ello, ya estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, no tienen la consideración de intermediarios de seguros; b) proveedores de sociedades y fideicomisos; y c) cualesquiera otras personas, físicas o jurídicas, que comercien con bienes, en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por un importe igual o superior a 15 000 EUR, ya se realicen en una o varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación (art. 2)¹⁰.

¹⁰ El artículo 2 de la Directiva dispone: “La presente Directiva se aplicará a :

1) las entidades de crédito; 2) las entidades financieras; 3) las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales independientes de Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) a gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b), d) los agentes de la propiedad inmobiliaria; e) otras personas físicas o jurídicas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15 000

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



C) Respecto a los delitos que generan los capitales susceptibles de blanqueo, la Directiva 2005/60 se refiere a delitos graves, y aclara que, en todo caso, se entenderá por delitos graves como mínimo los siguientes: delincuencia organizada; fraude; corrupción; delitos que puedan generar beneficios económicos considerables y estén sancionados con pena grave; y todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses (Art. 3).

D) La nueva Directiva, además de contener una definición de blanqueo de capitales en su artículo 1.2, introduce una definición de financiación del terrorismo en su artículo 1.4. Por blanqueo de capitales se entiende, según lo dispuesto en el citado precepto, a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a las personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución. En todos los supuestos, el comportamiento deberá ser intencional, es decir, doloso. Por otro lado, en el número tercero, del artículo 1, se aclara que habrá blanqueo de capitales aun

EUR, ya se realicen en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; f) los casinos.”



cuando las actividades que hayan generado los bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país. Respecto a la financiación del terrorismo queda definida en el artículo 1.4, que dispone que, a efectos de la presente Directiva, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/ JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

E) A los efectos de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, se refuerzan las obligaciones contenidas en las Directivas anteriores. Así, se recoge la obligación de identificación de clientes, pero se detallan los procedimientos necesarios para este fin, introduciendo unas disposiciones más concretas para la identificación del cliente y de cualquier titular real. A estos efectos, la Directiva 2005/60 introduce una definición de titular real en su artículo 3.6, en los términos siguientes: “la persona o personas físicas que posean o controlen en último término al cliente y/o a la persona física por cuenta de la cual se lleve a cabo una transacción o actividad.

F) En la Directiva se establecen toda una serie de medidas de diligencia respecto al cliente, tales como la identificación del cliente y comprobación de su identidad, o en su caso, del titular real; la obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocio, o la aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las transacciones (art. 8). En la sección 3 se prevén unas medidas de diligencia reforzadas en aquellos casos en los que el riesgo de blanqueo es superior, entre ellas, se incluyen las transacciones o relaciones de negocios con personas del medio político (personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados) que residen en otro Estado miembro o en un tercer país. La Directiva presta una especial atención a estos casos, por entender que las relaciones de negocios con personas que ocupen o hayan ocupado cargos públicos, máxime cuando procedan de países donde está extendida la

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



corrupción, pueden exponer al sector financiero a riesgos considerables tanto de carácter jurídico como de reputación.

Por otro lado, se establecen toda una serie de obligaciones de información a las autoridades respecto a las actividades que por su naturaleza puedan estar relacionadas con el blanqueo (capítulo III); así como la prohibición de revelar al cliente de que se trate ni a terceros que se ha transmitido información sobre las operaciones o que se está realizando o puede realizarse una investigación sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

En el artículo 21 se dispone que todos los Estados miembros establecerán una UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) con la finalidad de combatir eficazmente el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La UIF será responsable de recibir, analizar y divulgar a las autoridades competentes la información que guarde relación con el blanqueo potencial de capitales o la potencial financiación del terrorismo. A estos efectos los Estados miembros deberán garantizar que la UIF tenga acceso, directa o indirectamente, en el plazo requerido, a la información financiera, administrativa y policial que necesite para llevar a cabo sus funciones de forma adecuada.

Por otra parte, los Estados miembros exigirán a las personas obligadas, de conformidad con la presente Directiva, que informen a la UIF cuando sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Así mismo, deberán facilitar a la UIF, a petición de ésta, toda la información que sea necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable (artículo 22). Entretanto no se haya cumplido la obligación de información, los Estados exigirán a las personas obligadas que se abstenga de ejecutar transacciones de las que sepan o sospechen que están relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

G) En el Capítulo IV de la Directiva se establecen toda una serie de obligaciones relativas a la conservación de documentos por parte de los sujetos obligados por su texto (artículo 30) y obliga a los Estados a garantizar la posibilidad de evaluar la eficacia de sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo,

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



disponiendo que, a tal fin, dispondrán de estadísticas exhaustivas sobre cuestiones pertinentes para la eficacia de los sistemas. Dichas estadísticas recogerán, como mínimo, el número de comunicaciones de transacciones sospechosas remitidas a la UIF, el seguimiento dado a dichas comunicaciones y el número anual de asuntos investigados, así como el número de personas procesadas, el número de personas condenadas por delitos relacionados con el blanqueo de capitales y el volumen de los bienes congelados, incautados o confiscados (artículo 33).

I) La Directiva 2005/60 crea un nuevo Comité sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que sustituye al Comité de contacto sobre blanqueo de capitales creado por la Directiva 91/308/CEE, que asistirá a la Comisión en esta materia.

D) La Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001

La Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del Delito, persigue como finalidad perfeccionar los mecanismos jurídico-penales y procesales en la lucha contra la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales. En este sentido, su artículo 1 exige a los Estados que adopten medidas para no formular ni mantener reservas: a) al artículo 2 del Convenio del Consejo relativo al comiso de los instrumentos y productos, cuando el delito del que proceden lleve aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración superior a un año; y b) al artículo 6, relativo a la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo, cuando el delito del que proceden los bienes sea un delito grave, entre los que se incluyen, en todo caso, aquéllos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o una pena o medida de seguridad cuya duración mínima sea superior a 6 meses.

Por otro lado, el artículo 3 de la Decisión dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso del valor equivalente, al menos en el caso de que los productos del delito no puedan ser aprehendidos, si bien se permite excepcionar de esta posibilidad los supuestos en que el valor del producto sea inferior a 4.000 euros.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



E) La Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005

La Decisión Marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, también con idéntico fin de perfeccionar los instrumentos de persecución de la delincuencia organizada y blanqueo de capitales, introduce la figura del decomiso ampliado y la posibilidad de decomisar bienes pertenecientes a terceras personas¹¹.

Así, después de establecer en su artículo 2 que los Estados adoptarán las medidas necesarias para proceder al decomiso total o parcial de los instrumentos y productos de delitos que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos (decomiso común y decomiso por valor equivalente), el artículo 3 se refiere al decomiso ampliado, al disponer que los Estados miembros adoptarán como mínimo las medidas necesarias para poder proceder al decomiso total o parcial del patrimonio del culpable en los siguientes términos:

a) La potestad de decomiso ampliado procederá únicamente en relación con determinados delitos establecidos expresamente en el artículo 3.1 a) y b): falsificación de moneda, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y terrorismo. Siempre que, en estos casos, se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva¹², a excepción de los delitos de terrorismo, en los que no se exige esta condición.

- Que la infracción sea de cierta gravedad. En el caso del delito de blanqueo de capitales, se exige que la infracción esté sancionada con penas de prisión de al menos 4

¹¹ El artículo 6 de la Decisión Marco establece como plazo para que los Estados introduzcan en sus ordenamientos internos las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en su texto el 15 de marzo de 2007.

¹² Para determinar el concepto de organización delictiva, la Directiva remite a la definición contenida en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998.



años en su grado máximo; y, en relación con el resto de las infracciones, se requiere que estén castigadas con penas de prisión de, al menos, entre 5 y 10 años en su grado máximo.

- Que la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico.

b) En estos casos y con estas condiciones, el artículo 3.2 establece la potestad de decomiso ampliada que, tal como queda regulada en el citado precepto, consiste en la posibilidad de confiscación total o parcial del patrimonio del culpable, aunque los bienes decomisados no guarden relación directa con el delito cometido, siempre que no quede acreditado el origen lícito de los bienes. Así, el precepto dispone que procederá el decomiso ampliado cuando:

- Basándose en hechos concretos, el órgano jurisdiccional llegue a la plena convicción de que los bienes provienen de actividades ilícitas desarrolladas por la persona condenada, anteriores a la condena por la infracción que da lugar al comiso. Estas actividades ilícitas no tienen por qué ser similares a aquélla que da lugar a la condena y consiguiente decomiso de los bienes.

- Exista constancia de que el patrimonio de la persona condenada es desproporcionado en relación con sus ingresos legales y el órgano jurisdiccional, basándose en hechos concretos, llegue a la convicción de que los bienes provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

En segundo lugar, si bien con carácter facultativo, el artículo 3.3 permite, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 3.1 y 3.2., adoptar medidas dirigidas al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados del culpable y bienes transferidos a personas jurídicas en las que el culpable ejerza un efectivo control, bien de forma individual o bien con sus allegados. Esta regla también será de aplicación cuando la persona interesada reciba una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

Para concluir la regulación, el artículo 3.4 establece que los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos a los penales para privar al autor de los bienes. Por otro lado, el artículo 5 de la Decisión dispone que las medidas previstas en ella no



tendrán el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, en particular, el principio de presunción de inocencia.

III. Valoración

Para terminar conviene realiza un pequeño comentario sobre las disposiciones relativas al comiso, pues si bien constituye una de las armas más eficaces para la represión del blanqueo de capitales, también puede plantear problemas en relación con garantías y derechos fundamentales.

La figura del comiso del valor equivalente recogida en la Decisión Marco de 26 de junio de 2001 no plantea especiales problemas en relación con el respeto a los derechos fundamentales. Esta figura pretende dar respuesta a los supuestos en los que el autor destruye u oculta los bienes objeto de comiso, y, por ello, constituye un eficaz instrumento en la lucha contra la delincuencia organizada que, según señala VILLAMERIEL PRESENCIO no sólo tiene gran capacidad para generar importantes beneficios económicos, sino también para ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias a través de negocios simulados y sociedades interpuestas¹³.

El problema se puede plantear en relación con el comiso ampliado previsto en la Decisión Marco de 24 de febrero de 2005, en la medida en que contiene una presunción legal sobre el origen ilícito de los bienes del condenado, cuando su patrimonio resulte desproporcionado con respecto a sus ingresos legales. La medida supone, sin duda alguna, un eficaz instrumento en la lucha contra la delincuencia organizada que, como se indicó al comienzo tiene una finalidad prioritariamente lucrativa, y por ello, puede tener un importante efecto preventivo. Sin embargo, suscita ciertos reparos y algunas dudas.

Queda claro que el precepto permite al juez ampliar el comiso a todos los bienes o ganancias que proceden de actividades delictivas desarrolladas en el marco de la organización criminal en la que se integra el culpable. Lo que suscita un primer reparo

¹³ Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, “Derecho Penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, en *Diario La Ley*, núm. 6314, septiembre de 2005, www.laley.net.



sobre la proporcionalidad de la medida que no guarda relación en su intensidad y gravedad con el hecho cometido (y los beneficios obtenidos de él), sino que se extiende a los beneficios de cualesquiera otras actividades ilícitas desarrolladas en el marco de la organización criminal. No obstante, el carácter facultativo de la medida que, además, no tiene por qué extenderse a todos los bienes del patrimonio del culpable, puede atemperar el rigor de la objeción.

Por otro lado, no se exige que las actividades de las que proceden los productos y ganancias sean similares al hecho delictivo que da origen a la aplicación del comiso, pero sí se exige que los bienes a los que se extiende esta figura procedan de actividades delictivas, excluyéndose los bienes de origen lícito. Pues bien, precisamente respecto a este punto opera la presunción: no se exige prueba directa del origen ilícito de los bienes, sino que, con el objeto de dotar de mayor efectividad a la medida, aquél se presume cuando el patrimonio del culpable resulte desproporcionado en relación con sus ingresos legales. En este punto, se plantea la duda sobre cómo entender la presunción legal: ¿se trata de una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario?, o ¿se trata de una presunción *iuris tantum*? El tenor literal del precepto que afirma “se entenderá” podría inclinar la balanza a favor de la primera opción; pero, si se admite esta conclusión, la medida resultaría, a mi juicio, desproporcionada, ya que permitiría confiscar todo el patrimonio del culpable desde el momento en que quedara probada su participación en el hecho delictivo que da lugar al comiso y se pertenencia a la organización criminal.

Sin embargo, esta interpretación no resulta obligada, también es posible entender que la presunción legal tiene el carácter de presunción *iuris tantum*, cuya finalidad sería resolver las dificultades de prueba sobre el origen ilícito de los bienes que pueden ser objeto de decomiso, dadas las facilidades que tienen los sujetos que actúan en el marco de organizaciones criminales para encubrir y ocultar la procedencia ilícita de sus bienes. Para facilitar la prueba el prelegislador establecería una presunción legal de ilicitud a partir del dato de la desproporción entre el valor del patrimonio del culpable y sus ingresos legales, pero este indicio podría ser contrarrestado mediante prueba en contra que demostrara el

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



origen lícito de todas o parte de las ganancias obtenidas. En definitiva, la presunción supondría el recurso a la prueba de indicios, en la que la desproporción entre los ingresos legales y el valor del patrimonio permitiría al Juez alcanzar una convicción racionalmente fundada sobre el hecho de que los productos y efectos proceden de una actividad delictiva desarrollada en el marco de la organización criminal. A favor de esta interpretación se puede alegar que el precepto no obliga, sino que faculta al Juez a decretar la ampliación del comiso, de forma que para formar la convicción el Juez el órgano jurisdiccional podrá hacerlo cuando llegue a la convicción racional de que los bienes proceden de una actividad delictiva, sobre la base del indicio de la citada desproporción del patrimonio del culpable; indicio que puede quedar desvirtuado por otras pruebas que demuestren el origen lícito de todos o alguno de los bienes que componen su patrimonio. En cualquier caso, resultaría, a mi juicio, preferible que la ley aclarase este extremo e indicase que la presunción de ilicitud operará “salvo que conste el origen ilícito de los bienes”.

Por otra parte, en la medida en que la presunción se refiere a la consecuencia jurídica de una pena, que se impone en el marco del proceso penal, lleva a plantear su compatibilidad con las exigencias del principio de presunción de inocencia y con el principio acusatorio. En este sentido, hay que recordar que la Decisión Marco dispone que sus previsiones no tendrán el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, en particular el principio de presunción de inocencia (artículo 5), y que, en su artículo 3.4 permite que los Estados recurran a procedimientos distintos de los penales para privar al culpable de los bienes de que se trate. Quizá esta objeción pueda despejarse en la medida en que la presunción no afecta a los elementos del delito, ni a la participación del culpable en los hechos, que deben haber quedado probados en el proceso, conforme a las reglas que rigen en el proceso penal, sino a la extensión de la pena. Es decir, sólo opera a los efectos de que el Juez pueda ampliar, o no, la pena de comiso, más allá de las ganancias obtenidas como consecuencia del delito por el cual se decreta el comiso, a todas las ganancias obtenidas de la actividad criminal desarrollada en el contexto de una organización criminal.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



*Congresos
Virtuales
de Derecho*

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



El Derecho fundamental de Protección de Datos en el siglo XXI.

Francisco Sacristán Romero

SUMARIO: I.- Consideraciones Previas; II.- Las Generaciones de Derechos Humanos; III.- Del Derecho a la Intimidad a la Protección de Datos Personales; IV.- El Reconocimiento a la Protección de Datos Personales: Ámbito Europeo y Constitucional: a) Europa y b) América Latina; V.- El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales: A) La Aportación doctrinal y Jurisprudencial de la República Federal de Alemania; B) El Derecho Fundamental a la Protección de Datos: Su Configuración Jurídica en España; VI.- Algunas Consideraciones: La Situación Actual en México; VII. Consideraciones Finales; VIII.- Bibliografía.

*“Si el Gobierno no se toma en serio los derechos,
entonces, tampoco se está tomando
en serio el derecho”.*

Ronald Dworkin, 1977.

I. Consideraciones Previas.

A partir del siglo XVIII los derechos humanos comenzaron a estar presentes y con su reconocimiento en la normativa constitucional fueron alcanzando su consolidación como prerrogativas inherentes a todo ser humano.

Esto es, los derechos individuales –o bien derechos de primera generación– y en particular, el reconocimiento de la libertad personal. En este contexto se incorporó el derecho a la intimidad de la persona como una prerrogativa objeto de tutela, ya no solo en los instrumentos internacionales sino además, en sede constitucional.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Sin embargo, en la situación actual este derecho ha ido variando considerablemente. En virtud de que el desarrollo tecnológico ha redimensionado las relaciones del hombre con sus semejantes, así como su marco de convivencia. Hoy día, no podemos negarlo, la informática se ha convertido en el símbolo emblemático de la cultura contemporánea.

Por ello, el reconocimiento del derecho a la intimidad –en sus diversas manifestaciones– luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices.

Ahora, con el tratamiento, la recolección el almacenamiento de informaciones que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser humano –o bien, era conocido por un mínimo sector–, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura. Esto es, los datos personales de todo persona se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados.

Es por ello que el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona.

Por tal motivo, el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, debe serle reconocido ya no sólo como una mera prerrogativa, sino además como un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos de protección idóneos.

En tal virtud, con el presente estudio se pretende hacer un análisis respecto al reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, derivado del derecho a la intimidad, como lo es la protección de datos personales.

Para ello, se parte de un estudio comparado de aquellos ordenamientos que han catalogado a este derecho como fundamental, así como también, ha sido objeto de tutela constitucional.

Así, mientras en el ámbito europeo se ha preocupado por reconocer y garantizar una protección de datos personales a sus ciudadanos, en otras latitudes como es el caso latinoamericano, ha comenzado a ser objeto de estudio como un derecho fundamental.

II. Las Generaciones de los Derechos Humanos.

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Esto es, los derechos humanos como categorías históricas que tienen sentido en unos contextos temporalmente determinados, han nacido con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró la revolución burguesa del siglo XVIII¹.

¹ Vid. PECES-BARBA, Gregorio (1982), *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Mezquita; PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2004), *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 8ª Edición, Tecnos; FIORAVANTI, Mauricio (2003), *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta; Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Esta aparición de generaciones o fases de derechos², no constituye la sustitución global de un catálogo de derechos por otro. Sin embargo, en ocasiones, implica el reconocimiento de nuevos derechos que intentan dar repuesta a las nuevas necesidades históricas, mientras que en otras supone la redefinición o redimensión de viejos derechos³. Tal como está aconteciendo con el fenómeno de la informática.

Con base a lo anterior ha prevalecido el reconocimiento de tres generaciones de derechos⁴ que han correspondido a un momento ideológico y social, con características propias y rasgos diferenciadores de los otros derechos.

Esto es, la primera generación de derechos, marcada por la época de la burguesía del siglo XVIII, ha quedado marcada por las libertades individuales, lo que ha constituido los derechos de defensa de la persona –*Abwehrrechte*– cuya exigencia consistía en la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada de la persona.

En esta fase se configuraron una serie de derechos relativos al aislamiento, tal como lo fue el derecho al honor, a la vida, a la integridad personal, así como el propio reconocimiento a la intimidad de la persona. Derecho que hoy día, y a como consecuencia del desarrollo tecnológico y las nuevas formas de comunicación e información, ha sido necesario una reformulación de su alcance y contenido.

Por lo tanto, una segunda generación de derechos humanos, nacida por un marcado matiz ideológico individualista de las propias libertades individuales, sufriría un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Siendo estos movimientos reivindicatorios que evidenciaron la necesidad de completar el catálogo de

y, DE LORA, Pablo (2006), *Memoria y Frontera: El Desafío de los Derechos Humanos*, Madrid, Alianza Editorial; entre otros.

² Sobre estas generaciones de derechos y para un mayor estudio puede consultarse las obras de PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique: “Las Generaciones de Derechos Fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, Número 10, Madrid; “La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales”, en el Volumen colectivo *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, a cargo DE OLIVAS, E. (1991), Madrid, Trotta; “Estado Constitucional y Derechos de Tercera Generación” en *Anuario de Filosofía de Derecho*, 9ª Época, Tomo XIII-XVI, Ministerio de Justicia/ Boletín Oficial del Estado, 1996-1997, Madrid; recientemente, en su obra, “*La Tercera Generación de los Derechos Humanos*”, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006.

³ Sobre el desarrollo y la concepción histórica de los derechos humanos, véase cita 1.

⁴ Aún y cuando por la gran mayoría de los juristas se han reconocido tres generaciones de derechos, sin embargo, hay propuestas que hacen alusión a una cuarta generación de derechos, al respecto, véase, RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2002), *La Nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos 3 de Madrid.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación como lo han sido los derechos económicos, sociales y culturales⁵.

Dicha fase se caracterizó por contemplar unos derechos de participación –*Teilhabechte*–, siendo necesaria una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio a través de técnicas jurídicas de prestaciones y de servicios públicos⁶. Con la consagración jurídica de tales derechos y políticas se establecería un Estado social de Derecho.

Sin embargo, como una estrategia reivindicatoria de los derechos humanos, se presenta una Tercera Generación de Derechos Humanos, que ha venido a cumplimentar las fases anteriores. De este modo, los derechos y las libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de lo que se ha denominada “contaminación de las libertades” –*pollution des libertés*–, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona se hace alusión a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías⁷.

En esta fase, y dado el desarrollo tecnológico, toma mayor auge el reconocimiento del derecho a la intimidad surgiendo así nuevos perfiles del mismo y que por ende, exige un reconocimiento en sede constitucional.

Por lo que ahora puede hablarse de un antes y un después de este derecho. Esto último, considerado en algunas latitudes y para hacer frente a este fenómeno como el derecho a la libertad informática, derecho a la autodeterminación informativa, o bien, simplemente derecho a la protección de datos personales.

Aunque en un principio, este nuevo derecho y a consecuencia de las transformaciones sociales y culturales de la sociedad y las nuevas formas de comunicación de los seres humanos ha encontrado su fundamento a partir del derecho a la intimidad. Tal como se aborda en líneas posteriores.

III. Del Derecho a la Intimidad a la Protección de Datos Personales.

El derecho a la intimidad abarca aquello que se considera más propio y oculto del ser humano –entendiéndose por propio y oculto la información que mantiene para sí mismo⁸–. Pero es insoslayable que el contacto permanente del ser humano con sus

⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2006), *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, op. cit., p. 27.

⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁷ La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco cultural de convivencia. Mutaciones que no han dejado de incidir en las esferas de los derechos humanos. *Ibidem*, pp. 22 -ss.

⁸ Al respecto, a existido una elaboración conceptual del derecho a la intimidad, ocasionando con ello el surgimiento de varias posturas respecto a cuales elementos deben incorporarse al derecho a la intimidad. Para un estudio más amplio de dichas posturas puede verse GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo (2005), “El

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



semejantes al interior de la sociedad a la que pertenece, así como todos aquellos avances tecnológicos que han venido desarrollándose en la sociedad, han comenzado a transgredir aquellos ámbitos que forman parte de la intimidad del ser humano⁹.

Así, la intimidad, marcada por un matiz individualista consistía en una facultad destinada salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo, y que por lo tanto consistía en un derecho del individuo a la soledad y “a tener una esfera reservada en el cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella”¹⁰.

Así, al igual que el resto de los derechos humanos, el derecho a la intimidad ha tenido su historicidad y positividad consagrándose con la modernidad¹¹. Por lo que, desde escritos como el de Benjamín Constant *De la Libertad de los Antiguos Comparada a la de los Modernos*¹², pasando por la obra *On Liberty* de J. Stuart Mill, seguido por *The Right to Privacy* de Samuel Warren y Louis Brandeis. La intimidad de la persona ha encontrado su justificación y fundamento en el derecho.

Esto es, un derecho tal como ha sido reconocido por las normas puede justificarse por su capacidad de promover ciertos bienes básicos para los ciudadanos: como es la libertad, la igualdad, la seguridad y otros semejantes. Por lo que desde esta perspectiva puede justificarse la intimidad como un medio para promover la libertad individual¹³, lo que Constant denominó “el goce pacífico y la independencia privada”, mientras Stuart Mill estableció que “la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera”¹⁴.

Siendo una construcción más moderna de este derecho la planteada por WARREN y BRANDEIS en 1890, con “*The Right to Privacy*” se sentaron las bases técnico-jurídicas de

Derecho a la Intimidad desde una Perspectiva Constitucional: Equilibrio, Alcances, Límites y Mecanismos de Defensa”. Director: M. en D. Emmanuel Roa Ortiz, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, Tesis, pp. 94-110

⁹ *Ibidem*, pp. 94-95.

¹⁰ Este ha sido un concepto formulado por BATTLE, Georgina (1972), *El Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Alcoy, p. 191.

¹¹ Para un estudio más amplio sobre la consagración del derecho a la intimidad como un derecho fundamental en el ámbito constitucional, véase, GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo (2005), *op. cit.*, capítulo segundo; Así mismo, puede verse RUIZ MIGUEL, Carlos, (1995), *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos; REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2005), *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª Edición, Madrid, Dykinson.

¹² Publicada con este título, su celebre conferencia pronunciada en 1819 en ateneo París, en donde señalaba que mientras los antiguos gozaban del derecho a intervenir en los asuntos públicos pero carecían de libertades en el orden individual, los modernos sin renunciar a la libertades políticas, señalaba que, la libertad debía componerse del goce pacífico y de la independencia privada. Cfr. CONSTAN, Benjamín (1988), *Sobre el Espíritu de Conquista*, Madrid, p. 75.

¹³ Vid. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (1992), *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos, pp. 17-ss.

¹⁴ Vid. STUART MILL, John (2004), *Sobre la Libertad*, Sexta Reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, pp. 126-152.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



la noción *Privacy*¹⁵, contrario a lo que había acontecido con el supuesto teórico en la idea de libertad como autonomía individual defendido por Mill.

Esto es, en 1859 Stuart Mill consideraba que los aspectos concernientes al individuo, consistían en el derecho a una absoluta independencia, puesto que sobre sí mismo, sobre su cuerpo y mente, el individuo era soberano¹⁶. Por lo que con Warren y Brandeis la *privacy* fue un derecho a la soledad, una facultad “*to be left alone*”, esto es, una garantía del individuo a la protección de su persona y su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica¹⁷.

En consecuencia, al proclamarse el derecho a la búsqueda de la felicidad por parte de los ciudadanos, se buscaba proteger las creencias, los pensamientos, emociones y sensaciones de la persona. Así, en 1890 BRANDEIS siendo juez de la Supreme Court de los Estados Unidos en una *dissenting opinion* considero que frente al gobierno el derecho a la soledad es el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados.

Por lo que la protección de este derecho frente a cualquier intromisión injustificada del gobierno en la esfera privada del individuo, fueren cuales fueren los medios empleados debía ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución Americana, por tanto, garantizo a los ciudadanos la seguridad de su persona, de su domicilio y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida¹⁸.

Sin embargo, la intimidad como una disciplina jurídica ha perdido su carácter exclusivo individual y privado, para asumir progresivamente una significación pública y colectiva, consecuencia del cauce tecnológico. Esto es, en palabras de Lusky, la *privacy*, más que un mero sentido estático de defensa de la vida privada del conocimiento ajeno, tiene una función dinámica de posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto. Por su parte, Fried, se pronuncia en el mismo sentido señalando que la *privacy* no implica sencillamente la falta de información sobre nosotros por parte de los demás, sino más bien el control de que tenemos sobre las informaciones que nos conciernen¹⁹.

Consecuentemente, frente a una actual sociedad de la información, resulta insuficiente hoy día, concebir a la intimidad como una derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla al

¹⁵ Vid, WARREN, Samuel y BRANDREIS, Louis (1995), *El Derecho a la Intimidad*, Madrid, Civitas, pp. 10-12.

¹⁶ Vid. STUART MILL, John, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

¹⁷ Vid. WARREN y BRANDEIS, *op. cit.*, pp. 19-ss.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Vid. LUSKY, L. “Invasion of Privacy: a Clarification of Concepts” y FRIED, C., citados en PERÉZ LUÑO. Antonio Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9a Edición, Madrid, Tecnos, pp. 334-336.



mismo tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto²⁰.

Este derecho, consecuencia del desarrollo tecnológico y el creciente almacenamiento de información relativa a la persona, así como la inmersión cada vez mayor de la misma y de la propia sociedad a tenido que ir ampliando sus directrices, ya no solo dentro de su contexto de los sentimientos, emociones, del hogar, de los papeles, la correspondencia, las comunicaciones telefónicas, videovigilancia etc., sino que además, hoy, es necesario su reconocimiento, y más aún, el establecimiento de mecanismos de protección que puedan hacer frente a su uso y manejo.

Por lo tanto, PERÉZ LUÑO, entre otras cosas, señala que la propia noción de intimidad o privacidad es una categoría cultural, social e histórica. Por lo que ahora este concepto ha pasado de una concepción cerrada y estática de la intimidad a otra abierta y dinámica²¹. Puesto que ahora se contempla la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones concernientes a cada persona.

Esto es, en la modernidad, el derecho a la intimidad, como el más reciente derecho individual relativo a la libertad, ha variado profundamente, fruto de la revolución tecnológica. Por tanto ha sido necesario ampliar su ámbito de protección, así como, el establecimiento de nuevos instrumentos de tutela jurídica²².

Consecuentemente, una teoría de la intimidad encerrada en sí misma no sólo sería incapaz de explicar satisfactoriamente, la función de este derecho en la experiencia, política, científica y cultural del presente, sino incluso sería inútil (o, en el peor de los casos, deformadora) la formulación de su concepto²³.

²⁰ *Ibidem*, p. 336.

²¹ Cfr. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, “Dilemas Actuales de la Protección de la Intimidad”, en SAUCA, José María (1994), *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos 3 de Madrid/Boletín Oficial del Estado, pp. 353-359.

²² Instrumento de tutela que se ha equiparado con el tradicional, *habeas corpus*, por lo que ahora, en las sociedades tecnológicas corresponde el *habeas data*, función paralela en el seno de los derechos de la tercera generación, puesto que en los de primera el *habeas corpus*, hacia referencia a la libertad física o de movimiento de la persona, el *habeas data*, se traduce como una facultad de acceso a los datos de la persona. Por lo que no es difícil establecer un marcado paralelismo entre la “facultad de acceso” en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus*. Vid. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, “Intimidad y Protección de Datos Personales: del *Habeas Corpus* al *Habeas Data*” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (1992), *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos, pp. 36-45.

²³ Cfr. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 360.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Por lo que al tratarse de un derecho con un carácter abierto y dinámico, que está frente a una sociedad donde la informática se ha convertido en el símbolo emblemático de la cultura actual, a raíz de ello, acertadamente FROSSINI, señalaba que el control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro de crédito, así como de las reservas de viajes, representan muestras conocidas de la omnipresente vigilancia informática de la existencia habitual de la persona. Por lo que la vida individual y social, corren un riesgo de hallarse sometida a un “juicio universal permanente”²⁴.

En virtud de que, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada, aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad y que hoy día, además de tomar conciencia de ello, comienzan a exigir una reconocimiento sobre su uso y control de sus datos²⁵.

Así, la protección de la intimidad frente a la informática no significa impedir el proceso electrónico de informaciones, necesarias en el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el aseguramiento de un uso democrático de la *Information Technology*²⁶.

En consecuencia, si un derecho a la intimidad en la vida del ser humano, ha sido viable; un tratamiento y almacenamiento tecnológico de sus datos, también lo puede ser. Por ende, un derecho a la protección de sus datos personales en pleno siglo XXI, también debe implicar el reconocimiento de este último derecho como fundamental. Por lo que, el fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas.

Para ello, una primera aproximación al reconocimiento de una protección de datos personales como un derecho fundamental puede encontrar en textos de carácter constitucional, pero sobre todo en textos Europeos, mientras que en otras latitudes se ha llevado a cabo en sede jurisprudencial. Tal como se aborda a continuación.

IV. El Reconocimiento a la Protección de Datos Personales: Ámbito Europeo y Constitucional.

Luego de haberse reconocido expresamente el derecho a la intimidad como derecho unitario²⁷, anteriormente, solo se reconocía y protegían en el ámbito constitucional

²⁴ Vid. FROSINI, Vittorio (1982), *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Tecnos, pp. 178-179.

²⁵ *Idem*.

²⁶ En virtud de que en épocas pasadas la información relativa a la persona que el Estado poseía era nula, ya que para ello, eral iglesia quien de alguna manera llevaba registros de sus fieles, como lo era la inscripción del bautismo, matrimonio, defunción, etc., Cfr. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, op. cit., p. 345.

²⁷ Cfr, cita 9.



manifestaciones concretas de la intimidad, tales como el derecho a la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones, así como el secreto a la correspondencia.

Hoy día, las nuevas tecnologías, al posibilitar la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad de las prácticas administrativas y de recopilación de datos, se presentan como una exigencia inaplazable de regulación, que cualquier Estado no debe mostrarse ajeno a ello.

Esto es, la informática entendida como un medio, constituye sin duda un poder, puesto que elimina las barreras del espacio y el tiempo y se constituye en un elemento útil para el acopio y uso de todo tipo de información. En donde las sociedades informatizadas del presente el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de las informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos²⁸.

Así, una primera aproximación de protección en la esfera íntima de la persona se encuentra enunciada en el ámbito internacional dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 12 señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Todo persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Dicha enunciación, considerada como el derecho a la intimidad en su ámbito estático- se encuentra reconocida en la gran mayoría de normas constitucionales. Sin embargo, esto es, la intimidad en su ámbito abierto y derivado del desarrollo tecnológico pueden vulnerar otros aspectos de la esfera íntima de la persona, como lo pueden ser “sus datos personales”.

Para ello, el derecho fundamental a la intimidad como una concepción cerrada y estática, se ha quedado de lado, en virtud de que protege aspectos no vinculados con el desarrollo tecnológico. Y por ende, una concepción abierta y dinámica, esto es, su relación con las nuevas tecnológico significa el reconocimiento ya no solo de un derecho, sino de nuevos mecanismos de protección, siendo en gran medida necesaria su incorporación en sede constitucional.

Aunado a ello, la protección de datos de carácter personal se ha ido incorporando y sobre reconociendo en el continente europeo, así como en los diversos textos constitucionales, bien sea de manera expresa o tácitamente. Por lo que en adelante se hace referencia a países que han abundado en su estudio, como lo son: Portugal, España, y Alemania, así como en algunos del Continente latinoamericano.

A) Europa.

²⁸ Cfr. REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2005), *op. cit.*, pp. 299 y ss; y, PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica” en LOSANO, Mario (1990), *Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos*, Cuadernos y Debates, No. 21, Madrid, Centro De Estudios Constitucionales.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Fue en 1967 cuando dentro del Consejo de Europa se constituye una Comisión Consultiva para estudiar las tecnologías de la información y su potencial agresividad a los derechos de la persona. Lo que dio como resulta la Resolución 509 en el año de 1968 sobre “los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”, lo que sería conocido más tarde como “protección de datos”.

Posteriormente, la protección de datos personales se ha llevado a cabo dentro de los diversos Estados, tal como ha acontecido con Portugal en su Constitución de 1976 que contiene un apartado relativo a la utilización de la informática, esto es, en su Artículo 35²⁹, apartado 1 se estipula “Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización”.

Continúa señalando en su apartado 2 “No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe, religiosas o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos”. Finalmente en su apartado 3, contiene una prohibición de atribuir a los ciudadanos un número nacional único.

Como se desprende, lo enunciado por el texto constitucional portugués, significa el reconocimiento a un derecho de manera expresa para acceder a toda la información concerniente a su propia persona, y por tanto, garantiza a su vez la facultad del propio sujeto a saber cual será el uso y tratamiento que se hagan de sus datos personales.

Por otro lado, en España, en su Constitución de 1978 y dentro de su apartado relativo a los derechos fundamentales, reconoce en su Artículo 18.4 que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

En tal virtud, si se comparan ambos preceptos, se evidencia que por parte de Portugal existe una mejor elaboración técnica respecto a este derecho, en virtud de que engloba en un solo artículo aquellos problemas que suscita la relación entre intimidad e informática.

Sin embargo, para conocer los aspectos sociales y políticos derivados de la relación intimidad e informática, España, ha recurrido a lo previsto en su Artículo 105. b), relativo al Gobierno y la Administración, en donde se señala que “la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona”.

Aún y cuando en dicho Artículo no se alude expresamente a la informática, la consagración de un derecho a la protección de datos en el ámbito español, esto es, el Artículo 105 .b), antes que con el Artículo 18.4, aquel habría de relacionarse con el

²⁹ Artículo que ha sido alterado en 1997, para concordarlo con la Directiva 95/46, Sobre Protección de Datos Contenidos en Ficheros.



Artículo 20.1. d), el cual es una concreción del derecho a informarse respecto al cual la intimidad juega como un límite³⁰.

Postura que pondría de manifiesto los nuevos rasgos característicos de la intimidad, puesto que ya no solo entraña la facultad de rechazar las invasiones de la esfera privada, sino que supone el reconocimiento de un derecho al control que, precisamente, exige el acceso a las informaciones³¹.

Esto es, el Artículo 18.4 que de manera literal limita el uso de la informática como garantía de la intimidad personal y familiar, haciendo frente a todo uso de la informática que pueda atentar contra el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Es una alusión que solo hace referencia a la esfera individual, quedando su interpretación de manera amplia y progresiva.

Ahora bien, su interpretación en un sentido social y colectivo estaría avalado no solo por el artículo 105 b), sino además por el Artículo 10.1 de la propia constitución española³², donde se establece el reconocimiento de la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad, entre otros, siendo esto el fundamento del orden político y de la paz social.

Además de los preceptos anteriores, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social³³.

Con todo ello, el desarrollo legislativo y el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos en España ha sido posible, puesto que con ello el legislador español se ve obligado a dar respuestas a las cuestiones que se susciten y sobre todo que se relacionen con la informática, lo cual hará posible el efectivo disfrute de este nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.

Por otro lado, en el caso de la República Federal Alemana, y siendo un país con una larga tradición en defensa del ciudadano ante la potencial agresividad de la informática, pero sobre todo en el tratamiento automatizado de datos personales. Su estudio y reconocimiento tiene su fundamento en la *Grundgesetz*.

³⁰ Vid. G. GARZÓN, Clariana (1982), "La Protección Jurídica de los Datos de Carácter Personal", en *1ª Instancia. Revista de Derecho*, No.2, Marzo, p.15.

³¹ Cfr. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, op. cit., pp. 345-346

³² "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

³³ Vid, Artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978.



Esto es, “La ley Fundamental es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo derecho”³⁴.

En palabras de ROBERT ALEXY, el país alemán como un Estado constitucional democrático se caracteriza por una serie de principios fundamentales³⁵, de entre los cuales se encuentra el reconocimiento de un derecho que se le ha denominado autodeterminación informativa [BVerfGE 65, 1 (43)].

Si bien, en el texto constitucional alemán no se contempla el reconocimiento de un derecho a la protección de datos, menos aún a la informática. El Alto Tribunal Alemán partiendo del reconocimiento del derecho general de la personalidad realizó la construcción y el reconocimiento del citado derecho, recurriendo para ello a lo enunciado en los Artículos 1.1 y 2.1, en donde la dignidad humana y la libertad general se encontraban en juego.

Esto es, la Ley de Bonn y sus interpretes han partido de que el hombre es una “personalidad capaz de organizar su vida con responsabilidad propia”, es decir, el individuo tiene que tener la posibilidad de influir sobre su ambiente social, decidiendo él mismo dónde, cuándo, cómo y en qué contexto quiere presentarse a su ambiente social³⁶.

Así, en palabras de quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BENDA recurre a lo establecido por SEIDEL³⁷, al señalar que el peligro que amenaza a la esfera privada protegida por el Artículo 1.1 de la Ley de Bonn consisten en que:

- a) Los Datos personales, es decir, incluso los correspondientes a la esfera privada del individuo (por ejemplo: informaciones sobre el estado de salud, defectos físicos, etc.) puedan quedar registrados y ser transmitidos a menudo de forma discrecional sin conocimiento del afectado o sin darle posibilidad de intervenir e incluso con celeridad y hasta los últimos confines de la tierra en beneficio de terceros; y b) que los datos archivados, incluso siendo correctos en sí mismos sean transmitidos fuera de contexto, esto es, sin conexión con otras informaciones que serían necesarias

³⁴ Para ello el Artículo 1.1. GG hace de este objetivo el supremo principio constitutivo de la Ley Fundamental. Textualmente señala “La dignidad del hombre es sagrada y constituye el deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”.

³⁵ Principios que han hallado en la Ley Fundamental de Bonn una clara expresión. Siendo estos; la dignidad humana (Art. 1.1 L.F), de la libertad (Art. 2.1. L.F), y de la igualdad (Art. 3.1 L.F.), así como principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (Arts. 20.1; 28.1; frase 1LF). *Vid.* ALEXY, Robert (2005), “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en CARBONELL, Miguel (Edic.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª Edición, Madrid, Trotta.

³⁶ *Cfr.* DENNINGER, Erhard (1987), “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”, en PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (Trad.), “*Problemas Actuales de la Documentación y la informática Jurídica*” (Actas del Coloquio Internacional Celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de Marzo de 1986), Madrid, Tecnos&Fundación Cultural Enrique Luño Peña, p. 272.

³⁷ Citado en BENDA, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en BENDA, Ernesto, *et al* (2001), *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Barcelona, Marcial Pons, p. 131.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



para su correcta interpretación (tendencia inherente por razones técnicas a la distorsión en el procesamiento de datos)³⁸.

Aunado a ello, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la encargada de darle una dirección a este derecho.

Por lo que, dado el avance tecnológico cada día entran en escena nuevos métodos de injerencia en la ámbito privado de las personas, y por ello, es necesario una regulación, tal como se ha venido haciendo en Europa, mientras que Latinoamérica ha tenido que recurrir en cierta medida a dicho modelo para implementar en cada uno de sus países una protección efectiva a los datos personales de sus ciudadanos.

Por lo tanto, en el ámbito latinoamericano, han sido pocos los países quienes han logrado este objetivo. Más aún, son en menor medida aquellos quienes en su ámbito constitucional lo reconocen expresamente como un derecho fundamental.

B) América Latina.

En una primera aproximación han sido dos países quienes han percibido los riesgos de la informática y por ello, incorporaron en sede normativa el reconocimiento de un derecho a la protección de datos personales. En donde, por un lado, la Constitución Política de Perú³⁹, establece “Toda persona tiene derecho [...] A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Mientras que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999⁴⁰, se señala “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática (...)”.

Tal como aconteció con los países en Europa, esto dos países latinoamericanos quizás sin conocer las consecuencias que representarían hoy día el uso de la información, decidieron incorporar su regulación en el ámbito normativo constitucional, vinculando para ello, con el derecho a la intimidad.

Por lo que el derecho a la intimidad ha pasado de ser una libertad negativa, esto es, una libertad propia del individualismo que exige el respecto a los demás, es decir, un derecho de defensa; por lo que ahora también representa una libertad positiva en donde el individuo cuenta con la facultad de poder controlar toda aquella información que le sea relevante y le concierna a él mismo.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Artículo 2.6. Reformada en Octubre de 2005.

⁴⁰ Artículo 60.



Mientras que otros países como el caso de Argentina⁴¹, Brasil⁴², Colombia⁴³, Ecuador⁴⁴, Guatemala⁴⁵, Nicaragua⁴⁶, por señalar algunos, en su normativa Constitucional reconocen el derecho a todo persona de saber que datos se tienen sobre ellos ya sea en registros o en bancos de datos públicos o privados.

Así mismo, establecen el derecho a su confidencialidad, al uso, a la rectificación, a su supresión y su actualización. Estos derechos, equiparables con los principios que se han establecido en el ámbito comunitario Europeo⁴⁷ y en su conjunto representarían el reconocimiento de una normativa en materia de protección de datos personales aplicable en el ámbito Latinoamericano.

Sin embargo, todos ellos se encuentran dispersos en las distintas constituciones latinoamericanas, lo que hace más complicado su reconocimiento en cada uno de sus

⁴¹ Artículo 43 “(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos (...)”.

⁴² Artículo 5, LXXII, “Se concederá "habeas data": a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...)”.

⁴³ Artículo 15 “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

⁴⁴ Artículo 94 “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. (...)”.

⁴⁵ Artículo 31 “Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”.

⁴⁶ Artículo 26 “Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo; (...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información”.

⁴⁷ Para un estudio sobre estos principios, puede verse TELLEZ AGULERA, Abel (2002), *La Protección de Datos en la Unión Europea*, Madrid, Edisofer s.l.; DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel (1998), *La Protección de Datos en Europa: Principios, Derechos y Procedimiento*, Madrid, Grupo Asnef Equifax/ Universidad Pontificia de Comillas.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



países, y por tal motivo, la mayoría de ellos ha reconocido la protección a los datos personales en su normativa sectorial, pero no lo han hecho dentro de su Ley fundamental y menos aún, como un derecho fundamental.

Aunado a todo ello, y para lograr su reconocimiento –ya sea general o en el ámbito sectorial– han tenido que recurrir al modelo europeo, sin que con ello, signifique la implantación de aquel por parte de los países latinoamericanos.

Finalmente, un derecho fundamental a la protección de datos personales, tanto en Europa como en Latinoamericana –aunque en este territorio falta mucho por hacer–, no solo ha sido de importancia su reconocimiento en el ámbito constitucional, sino que además con la doctrina y la jurisprudencia, mayoritariamente en este sector y dentro de Europa, se ha venido construyendo de manera más eficaz este derecho.

V. El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales.

No es de extrañar que la relación que existe entre el derecho a la Intimidad y el derecho a la protección de datos personales o la autodeterminación informativa⁴⁸, haya sido analizada por los diversos sectores doctrinales, normativos y jurisprudenciales.

Así, en una primera aproximación cabe señalar que los datos de toda persona deben ser objeto de protección para que estos puedan ser tratados o elaborados y finalmente ser convertidos en información, y en consecuencia, utilizados más que para aquellos fines y por aquellas personas autorizadas.

Para una aproximación a su definición se recurre a la formulada por Hondius, quien señala que la protección de datos es “aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de la libertad, en particular el derecho individual a la intimidad, respecto del procesamiento manual o automático de datos”⁴⁹.

Por otro lado, en la normativa de esta materia, específicamente en el ámbito europeo, se ha considera que se entiende por “*datos personales*”: toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”)⁵⁰. Continua señalando “[...] se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación

⁴⁸ Algunos autores, en lugar de hablar del derecho a la protección de los datos personales, prefieren la expresión “derecho a la autodeterminación informativa”. Cfr. LUCAS MURILO DE LA CUEVA, Pablo (1990), *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Madrid, Tecnos; así mismo, Informática y Protección de Datos Personales. Estudios sobre la Ley 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal” en *Cuadernos de Debate*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (1989), *Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación informativa*, Congreso sobre Derecho Informático, Universidad de Zaragoza, 22-24 de Junio de 1989, pp. 359-381.

⁴⁹ Vid. HONDIUS, F.W., “A Decade of Internacional Data Protección”, en NILR, Vol. 30, Número 2, 1983, p.105, citado en PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, *Problemas Actuales de la Documentación y la informática Jurídica*. op. cit., pp.273 –ss.

⁵⁰ Vid. Directiva 95/46 de la Comunidad Europea. Artículo. 2. Definición que además ha sido adoptada por la mayoría de las legislaciones de los Estados.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica psíquica, económica, cultural o social”⁵¹.

En base a lo anterior, conviene iniciar el estudio de la protección de datos, desde el primer desafío de las nuevas tecnologías de la información con respecto a la Recolección, Procesamiento y Transmisión de datos personales. Dentro de esta base, el concepto de la intimidad en el contexto de la sociedad computarizada concede derechos a los individuos respecto de sus datos personales que son objeto de tratamiento automatizado e impone obligaciones y deberes de aquellos que controlan y tienen acceso a los ficheros.

Para lo cual, atendiendo al interés de proteger la veracidad de los datos y el uso que de ellos se hace no está relacionado necesariamente con la protección a la intimidad. Sin embargo, el derecho a la protección de datos refleja más que una idea individualista de protección a la intimidad, puesto que engloba los intereses de grupo contra el procesamiento, almacenamiento y recolección de información⁵².

Todo ello y frente a la tercera generación de derechos, en la doctrina FROSINI señala que la sociedad tecnológica ha producido una nueva imagen mental del hombre, que ha sido definido como “hombre artificial”. Lo cual no solamente hace referencia al aspecto material de la existencia humana, sino a la dimensión psicológica, en donde, un nuevo tipo de hombre que vive en un mundo artificial, ha sido producto del mismo hombre y no de la propia naturaleza⁵³.

Esto ha significado que el atributo que tradicionalmente se consideraba el dato definitorio de la condición humana, es decir, su inteligencia, ha sido expropiada por las computadoras quienes han sido capaces de desarrollar una “inteligencia artificial”⁵⁴.

Inteligencia que ha permitido tratar, elaborar y transmitir informaciones, como lo han sido los datos relativos a la persona, lo que en consecuencia ha supuesto la aparición de nuevos derechos y libertades, o bien, el replanteamiento de su contenido y su función de las antiguas.

En donde, como se apuntaba, la delimitación conceptual del derecho a la intimidad como facultad de aislamiento, ahora se ha convertido en un poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto. Como apuntaba BENDA, “el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmite”⁵⁵.

Así, la intimidad más que un estado de autoconfinamiento supone una determinada calidad de la relación con los otros. Por lo que se trata de una condición o calidad social de la persona, objeto de tutela constitucional en la medida en que está puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, y que el titular del derecho juzga deben permanecer en un

⁵¹ *Idem*.

⁵² Sobre esta postura, pueden verse las obras citadas de PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique.

⁵³ *Cfr.* FROSINI, Vittorio, *op. cit.*, pp. 151-170.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ BENDA, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, *op. cit.*, p. 131.



plano reservado o privado. Dicha facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que le conciernen constituyen el núcleo de la autodeterminación informativa⁵⁶.

Esto es, a partir la era tecnológica, el control de (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en ficheros y que puedan ser objeto de un tratamiento automatizado, le corresponde a cada individuo conocer cual será su uso, pudiendo exigir que su almacenamiento y control sea adecuado para que no se vea vulnerado en su libertad y su dignidad.

En tal virtud, a consecuencia de que el fenómeno de la informática ha constituido una revolución en el ámbito de los métodos tradicionales para la organización, registro y utilización de informaciones, la dimensión cuantitativa de las informaciones que pueden ser almacenadas y transmitidas es de tal magnitud que ha dado lugar a un autentico cambio cualitativo, que obliga a considerar el problema de las relaciones entre intimidad e información bajo un nuevo prisma⁵⁷.

Es por ello que a consecuencia de la *pollution des libertés* en la sociedad informatizada se ha iniciado un movimiento en la doctrina y en la jurisprudencia más avanzada de los países con alto grado de desarrollo tecnológico, tendente al reconocimiento del derecho a la libertad informativa, es decir, a la “facultad de autodeterminación en la esfera informativa y respecto al procesamiento automatizado de datos de carácter personal⁵⁸”.

Para ello, es necesario recurrir aquellas manifestaciones jurisprudenciales y doctrinales y que por sus relevantes aportaciones han contribuido a delimitar el status de este derecho, constituyendo a la vez, la base de sucesivas reflexiones y planteamientos.

A) La Aportación Doctrinal y Jurisprudencial de la República Federal de Alemania.

En la configuración jurídica del derecho a la libertad informática, y en su caso, la conformación jurídica del derecho a la autodeterminación –informativa– ha jugado un papel relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) de la Republica Federal de Alemania de 15 de Septiembre de

⁵⁶ Vid. DENNINGER, Erhard (1987), “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”, *op. cit.*, pp. 269-274.

⁵⁷ Vid. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, (1987), *Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho: El Impacto Socio-jurídico de la N.T. de la Información*, Madrid, Fundesco, pp. 85-87.

⁵⁸ Siendo un fenómeno que constituye una concreción histórica de los valores básicos de la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona. *Ibidem*, p. 125. Así mismo, puede consultarse a PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 351 y ss.



1983⁵⁹. La cual ha servido como referente para que la gran mayoría de los países reconozcan una protección a los datos personales de cada individuo.

Así, dicha sentencia ha tenido el merito de haber configurado el derecho a la intimidad como expresión de un derecho a la autodeterminación informativa. Esto es, la jurisprudencia constitucional germana, ha deducido uno de sus atributos, por lo que partiendo del derecho general de la personalidad estable que “es facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación de decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de que límites procede a revelar situaciones referentes a su propia vida”⁶⁰.

Toda vez que para el Alto Tribunal Alemán el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la *Grundgesetz* es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre⁶¹.

Por lo que dicho tribunal a partir de la idea de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de constituir un precedente básico en el tratamiento automatizado de los datos e informaciones, estableció una garantía jurisdiccional de protección de los datos personales, siendo esto, una concreción del derecho a la autodeterminación informativa.

Si bien, aún y cuando la *Grundgesetz* no contempla de manera literal el reconocimiento a este derecho, ha sido con la doctrina y de manera particular, por parte de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* donde se establece la competencia de cada individuo de disponer sobre la revelación y el uso de sus datos⁶².

Por lo que en la sentencia sobre la ley del censo se establecía que la colección de datos estadísticos podría ser necesaria como supuesto de la programación pública; sin embargo, nunca deberán ir tan lejos como hasta intentar registrar y catalogar coercitivamente al individuo en toda su personalidad⁶³.

⁵⁹ Con dicha sentencia del Tribunal Federal de Alemania, la ley del censo de población de 4 de Marzo de 1982 se declaraba parcialmente contraria a la *Grundgesetz*. Esto es, en la sentencia del Tribunal germano se señaló que “la proliferación de centros de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos producir una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva -un perfil de de la personalidad-, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en un *hombre de cristal*. Para un estudio en profundidad de dicha sentencia véase la traducción de DARANAS, Daniel (1984), “Sentencia de 15 de Diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho de la Personalidad y Dignidad Humana” en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, IV, No. 3, Enero, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación del Congreso de los Diputados.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 152.

⁶¹ Cfr. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (1987), *Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho: El Impacto Socio-jurídico de la N.T. de la Información*, Madrid, Fundesco, pp. 126-127. Así como DARANAS, Daniel, *op. cit.*, pp.140-ss.

⁶² Cfr. DENNINGER, Erhard (1987), “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”, *op. cit.*, p. 273.

⁶³ *Vid.* DARANAS, Daniel, *op. cit.*, pp. 140-ss.



De allí, que la dignidad y la libertad, haya sido entendida por el tribunal alemán como la libre autodeterminación, de donde se deriva la facultad de la persona de “decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de que límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida”⁶⁴.

Contrario a la facultad de autodeterminación, el tribunal germano entendía que “un orden social y un orden jurídico como su base, donde los ciudadanos ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él [...]. Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar o de cooperación de sus ciudadanos”⁶⁵.

Por lo tanto, en palabras de BENDA una autodeterminación constituye una condición funcional elemental de una democracia en libertad fundada en la capacidad de acción y concurso de sus ciudadanos, en donde, el individuo tiene que ser protegido frente a la ilimitada investigación, el archivo, la utilización y la transmisión de su datos personales⁶⁶.

Aunado a todo ello, se trata de una protección no ilimitada sobre sus datos, puesto que el individuo no es sino una personalidad que se despliega en el seno de una comunidad social a base de comunicación, de ahí que el individuo tenga que tolerar límites a su derecho de autodeterminación informativa por razones de interés general⁶⁷.

Esto es, el ciudadano de un Estado social de Derecho no tiene un derecho sobre “sus datos”, en el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada, sino que es una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la comunicación y la información resultan imprescindibles. “El Individuo tiene, pues, que aceptar determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad”⁶⁸.

En resumidas cuentas, el juicio emitido sobre la ley del censo por parte del Tribunal alemán, no representa el nacimiento de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos⁶⁹. Por lo que viene a completar la jurisprudencia específica de los tribunales con respecto al derecho general de la personalidad. Pero ahora, derivado como consecuencias la elaboración electrónica de datos⁷⁰.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 152.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 153.

⁶⁶ Cfr. BENDA, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Se cita de manera textual, en base a lo establecido por la propia sentencia alemana. *Vid.* DARANAS, Daniel, *op. cit.*, p.154.

⁶⁹ Cfr. DENNINGER, Erhard (1987), “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁰ *Idem*.



Por lo que el Tribunal Alemán extrae del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad la competencia de cada individuo “de disponer principalmente sobre la revelación y el uso de sus datos personales”⁷¹. Veamos que ha acontecido en el derecho español.

B) El Derecho Fundamental a la Protección de Datos: Su Configuración Jurídica en España.

En el contexto del territorio Español, la necesidad y convivencia del reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos se encuentra apoyada sobre la base de tres principios esenciales: primero, los debates parlamentarios en torno al Artículo 18.4 de la CE; segunda, la tradicional concepción preinformativa del derecho a la intimidad no ofrece respuesta eficaz a la exigencia de tutela de la persona en la sociedad informática y tercero, la especial naturaleza y significación de los bienes jurídicos implicados en el desarrollo de las nuevas formas de comunicación para dar respuesta a los nuevos fenómenos tecnológicos⁷².

Así, en el ámbito español, de manera expresa e independiente se garantiza la protección del derecho a la intimidad⁷³, así como el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales frente a los eventuales abusos informáticos, por lo que en su Artículo 18.4 de la Constitución Española –CE– se puede leer lo siguiente: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Dicho Artículo constitucional a sido desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal⁷⁴. Sin embargo, ha sido el Tribunal Constitucional Español –TCE– quien ha dado respuesta al reconocimiento de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos.

Aún y cuando el tribunal Constitucional desde fechas atrás había seguido lo dicho por el Tribunal alemán, en su sentencia 254/1993, y tras reproducir el Artículo 18.4 CE señalaría “[...] nuestra constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de dar respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona [...]”.

⁷¹ La traducción de las modalidades de revelación y uso de datos a un lenguaje técnico-jurídico de las leyes de protección de datos, por lo que no cabe duda de que los términos abarcan todas las fases de elaboración y uso de datos, es decir, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación. *Ibidem*, p. 273.

⁷² Cfr. Las obras de HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2003), *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 26, Universidad de Deusto, pp. 16-18; Así como *El Derecho a la Intimidad en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, 2002, Madrid, Dykinson, pp19-110.

⁷³ Artículo 18.1. Constitución Española: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁷⁴ Ley que vendría a modificar la antigua Ley Orgánica 5/1992 de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD).

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Respecto al uso de la informática realizo la siguiente consideración: “En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la libertad de la persona proveniente de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”⁷⁵.

Posteriormente, en su sentencia 11/1998, de 13 de enero, dicho Tribunal afirmaría que el Artículo 18.4 de la CE “no solo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona [...] pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Tratando de evitar que la informatización de los datos propicie comportamientos discriminatorios”.

Ahora bien, al vincular el derecho a la intimidad con el tratamiento de los datos de las personas, el tribunal señalo que “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre lo datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)⁷⁶.

Sin embargo, fue finalmente, con las sentencias 290/2000⁷⁷ y 292/2000 de 30 de Noviembre ambas, cuando se produce la consagración del derecho fundamental a la protección de datos personales, esto es, “*el derecho a la libertad informática*”.

En donde, a partir de la propia Constitución se inicia la búsqueda de nuevos derechos fundamentales, cuya base se encuentra dentro del Artículo 10.1 C.E y en donde residen todos los derechos inherentes a la dignidad humana⁷⁸.

Cuya razón histórica en la consagración de este derecho, se encuentra vigente a partir del creciente desarrollo de las nuevas tecnologías de los últimos años, donde la informática aparece como una herramienta al servicio de la humanidad. Tal como ha acontecido con el resto de generaciones y el reconocimiento de derechos dentro del ámbito constitucional.

Ha sido finalmente con el pronunciamiento del Alto Tribunal Español en su sentencia 292/2000 y dentro de su Fundamento Jurídico 6 y 7 cuando finalmente establece el reconocimiento de un nuevo derecho. Así, en su fundamento jurídico 6 se puede leer lo siguiente:

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 254/1993, Fundamento Jurídico (F. J.) 6º.

⁷⁶ *Ibidem*, F. J.7º.

⁷⁷ Sentencia que tiene como antecedentes una serie de recursos –201/1993, 226/1993 y 236/1993 – interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y 56 Diputados contra determinados artículos de la Ley 5/1992 de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

⁷⁸ Consideraciones que se encuentran dentro de la misma sentencia, dada por los votos particulares de dos Magistrados (Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y Rafael de Mendizábal Allende).

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



“El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado [...].”

El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidación individual, que para ello está la protección que el Artículo 18.1 de la C. E otorga, sino los datos de carácter personal.

[...] el Derecho a la protección de datos atribuye un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A Saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho de acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva el poder de disposición sobre los datos personales”

Por su parte, el fundamento Jurídico 7 se pronuncia acerca del contenido de la protección de datos personales disponiendo lo siguiente:

“El Contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular [...] Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como sus uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

Son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental [...] y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



reconocimiento del derecho a saber de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de que datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y en su caso, requerirle para que los rectifique o cancele”.

Así, en resumidas cuentas en el territorio Español se ha hecho la distinción entre el derecho a la intimidad y el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental como lo es la protección de datos personales.

Esto es, el derecho a la intimidad consiste en garantizar al individuo un ámbito de reserva, que quede excluido del conocimiento ajeno, mientras el derecho a la protección de datos “reconoce a la persona un poder de control sobre la información personal que le concierne, sobre su utilización y destino, para evitar utilizaciones ilícitas, por lo que su protección no solo se limita a datos íntimos, sino a cualquier información personal, sea o no íntima, siempre que su tratamiento pueda afectar a derechos y libertades de la persona”⁷⁹.

Consideraciones que en el ámbito mexicano, han sido muy escasas, ya que su reconocimiento –de manera vaga– solo se ha dado en algunos sectores jurídicos, en virtud de que no existe aún una ley específica a nivel federal⁸⁰ que regule específicamente este nuevo derecho. Tal como se verá enseguida.

VI. Algunas Consideraciones: La Situación Actual en México.

Desde 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció derechos relativos a la libertad individual, de entre los que destacan la inviolabilidad de correspondencia y domicilio, más tarde lo fue, el secreto a las comunicaciones privadas.

Derechos que se encuentran vinculados con la intimidad de la persona, que protegen ciertas áreas o espacios relativos a todo ser humano. Sin embargo, hoy en día, el reconocimiento de un catálogo abierto de derechos y con el creciente avance tecnológico, ha sido necesario dar respuesta a las nuevas pretensiones individuales, consecuencia de los cambios sociales que la informática ha ido introduciendo. Por lo que México, no debe mostrarse ajeno a ello.

⁷⁹ Cfr. HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2002), *op. cit.*, p.20.

⁸⁰ Solo en ámbito regional, el Estado de Colima cuenta con una regulación concreta (Ley de Protección de Datos Personales, aprobada el 14 de Junio de 2003) que siguen en gran medida la antigua y ya derogada Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal Española.



Sin embargo, en materia de protección de datos personales, México aún tiene mucho por hacer, ya que el reconocimiento a este derecho *–no como derecho fundamental–* se ha dado más en el ámbito sectorial⁸¹.

Aunque, una primera aproximación a su protección se dio con la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁸² en el año 2002, al establecer en su Artículo 3, lo siguiente: Para los efectos de esta Ley se entenderá por [...]

II. Datos Personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.

Sin embargo, dicha Ley hace sólo referencia a los datos personales sobre su uso y destino, por lo que en el caso del derecho a la intimidad es la exclusión de cierto tipo de datos que la persona quiere mantener reservada para sí misma⁸³.

Lo que significa que la alusión que realiza la Ley de Acceso a la Información, en lo referente a los datos personales, es de forma y no de fondo. Por lo que podría considerarse que tanto el derecho a la intimidad como la protección de datos son derechos diversos. Ciertamente el contenido de ambos parte de la idea de la dignidad, esto es, en lo referente a la protección de datos, se trata de brindar protección a toda aquella información que para la persona es considerado como íntima⁸⁴.

Debe quedar claro que la protección de datos personales es un derecho fundamental independiente del derecho a la intimidad, tal como se ha puesto de manifiesto en el

⁸¹ Respecto a la normativa sectorial que de alguna forma se vincula a la vida privada, destaco la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Artículos 27 al 44), otras como la Ley de Información Estadística y Geográfica (Artículos 32, 35, 39 al 47), el Código Fiscal de la Federación (Artículos 30 y 69), la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Artículos 11 y 26), la Ley Federal de Radio y Televisión (Artículos 4, 6 y 58), Ley Federal del Trabajo (Artículo 544), la Ley de Instituciones de Crédito (Artículos 28, 117 y 118), el Código Federal de Procedimientos Penales (Artículo 192), la Ley de Población (Artículos 98, 103-111 y 91), Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (Artículos 15 al 28), y el Código Civil Federal (Artículos 1916 y 1917)

⁸² Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002

⁸³ Al respecto, lo pronunciado por las sentencias del TC español 134/1999 de 15 de Julio y la 98/2000 de 8 de Abril, estipulan que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales de nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin. Cfr. GARCIA GONZÁLEZ, Aristeo, *op cit.*, pp. 295-ss.

⁸⁴ *Idem.*



territorio europeo⁸⁵. Siendo este el modelo que se ha venido implementando por la gran mayoría de los países preocupados en el reconocimiento de la protección de datos personales.

Esto es, el decidir cuándo, como y quien va a tratar la información personal, es un derecho que tiene todo individuo. Mismo que no ha sido reconocido por la normativa constitucional mexicana.

Quizás sea con el proyecto de reforma al Artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos –siendo este el primer paso para alcanzar su consolidación– aprobada por el Senado –pendiente de aprobación por los Cámara e diputados– cuando por fin vea la luz un nuevo derecho, el de toda persona a proteger sus datos personales.

Esto es, implementar el enunciado expreso de un derecho fundamental dentro de la ley Suprema mexicana, como es la protección de los datos personales significaría que el uso y control de los datos personales, ya no solo sería una tarea del Estado, sino que ahora también el propio individuo contaría con dicha facultad y por tanto con una adecuada protección.

Toda vez que ya no solo se podrá leer en la ley suprema mexicana: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento [...]”⁸⁶.

Por lo que ahora, estaría reconocido expresamente que "toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes"⁸⁷.

Por lo que la necesidad de brindar al ciudadano una protección adecuada contra el posible mal uso de su información que le concierne es inminente.

VII. Consideraciones Finales.

La intimidad del ser humano en la actualidad y debido al desarrollo tecnológico, se ha visto afectada a grados superiores a lo que representa su propia libertad, pues así, como la persona tiene derecho a la vida, a la protección de su personalidad y a la propiedad, el

⁸⁵ Vid. DEL PESO NAVARRO (2003), Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información*, Madrid, Diez de Santos, p. 59.

⁸⁶ Vid. Artículo 16 de la Constitución Mexicana.

⁸⁷ Proyecto de Reforma Presentado por el Senador Antonio García Torres, aprobado por el Senado de la República el día 20 de Abril de 2006. Donde actualmente existen en el Congreso de la Unión cuatro propuestas para crear una ley de datos personales, las cuales esperarán a ser discutidas una vez aprobada la reforma constitucional.



derecho a la intimidad no debe quedar excluido de estos derechos, ya que también forma parte de su autonomía y su libre determinación.

El ser humano a lo largo de su vida, va dejando una enorme estela de datos que se encuentran dispersos, por lo que hoy día, con la utilización de nuevos medios tecnológicos, resulta posible agrupar y tratar de forma conjunta dichos datos, lo que llevaría a crear un perfil determinado del individuo y por ende, podría ser objeto de manipulaciones, o bien, se podría interferir en su vida.

Para ello, un estudio en sede legislativa y su desarrollo en sede normativa, utilizando la experiencia de otros países y teniendo presente la situación actual del propio país, además del marcado desarrollo tecnológico, llevaría al reconocimiento en sede constitucional de este derecho –protección de datos personales– y por lo tanto, alcanzaría su carácter de fundamental.

Así mismo, con la aprobación de una Ley Federal de Protección de Datos Personales se garantizaría la protección jurídica de los derechos de las personas –como es el acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos– ante la potencial agresividad de la informática.

Por lo que, el derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información, debe ser el contexto en el que el legislador debe consagrar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

VIII. BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert (2005), “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en CARBONELL, Miguel (Edic.), *Neoconstitucionalismo* (s), 2ª Edición, Madrid, Trotta.

BATTLE, Georgina (1972), *El Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Alcoy.

BENDA, Ernesto (2001), “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en BENDA, Ernesto, et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Barcelona, Marcial Pons.

DARANAS, Daniel (1984), “Sentencia de 15 de Diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho de la Personalidad y Dignidad Humana” en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, IV, No. 3, Enero, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación del Congreso de los Diputados.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



CONSTAN, Benjamín (1988), *Sobre el Espíritu de Conquista*, Madrid, Alianza Editorial.

DAVARA RODRIGUEZ, Migue Ángel (1998), *La Protección de Datos en Europa: Principios, Derechos y Procedimiento*, Madrid, Grupo Asnef Equifax/ Universidad Pontificia de Comillas.

DEL PESO NAVARRO, Emilio (2003), *Servicios de la Sociedad de la Información*, Madrid, Diez de Santos.

DENNINGER, Erhard (1987), “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”, en PERÉZ LUÑO, A.E.(Trad), *Problemas Actuales de la Documentación y la informática Jurídica* (Actas del Coloquio Internacional Celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de Marzo de 1986), Madrid, Tecnos&Fundación Cultural Enrique Luño Peña.

DE LORA, Pablo (2006), *Memoria y Frontera: El Desafío de los Derechos Humanos*, Madrid, Alianza Editorial.

FIORAVANTI, Mauricio (2003), *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta.

FROSINI, Vittorio (1982), *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Tecnos.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, (2005) “*El Derecho a la Intimidación desde una Perspectiva Constitucional: Equilibrio, Alcances, Límites y Mecanismos de Protección*”, Director: M. en D. Emmanuel Roa Ortiz, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, Tesis.

GARZÓN, Clariana (1982), “La Protección Jurídica de los Datos de Carácter Personal”, en 1ª Instancia. *Revista de Derecho*, No.2, Marzo, p.15.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2002), *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 26, Universidad de Deusto.

- (2002), *El Derecho a la Intimidación en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



HONDIUS, F.W. (1983), “A Decade of Internacional Data Protección”, Vol. 30, Número 2, NILR.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (1990), *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Madrid, Tecnos.

- (1993), “Informática y Protección de Datos Personales. Estudios sobre la Ley 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal”, en *Cuadernos de Debate*, No. 41, Madrid Centro de Estudios Constitucionales.

PECES-BARBA, Gregorio (1982), *Transito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Mezquita.

PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique (2006), *La Tercera Generación de los Derechos Humanos*, Madrid, Thomson-Aranzadi.

- (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª Edición, Madrid, Tenos.
- (2004), *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 8ª Edición, Tecnos.
- (1994), “Dilemas Actuales de la Protección de la Intimidad”, en SAUCA, José Ma., *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos 3 de Madrid/Boletín Oficial del Estado
- (1991), “Las Generaciones de Derechos Fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, Número 10, Madrid.
- (1991), “La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales”, en De OLIVAS, E, *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Trotta, Madrid.
- (1996-1997), “Estado Constitucional y Derechos de Tercera Generación” en *Anuario de Filosofía de Derecho*, 9ª Época, Tomo XIII-XVI, Ministerio de Justicia/ Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- (1990), “Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica” en LOSANO, Mario, *Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos*, Cuadernos y Debates, No. 21, Madrid, Centro De Estudios Constitucionales.
- (1989), *Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación informativa*, Congreso sobre Derecho Informático, Universidad de Zaragoza, 22-24 de Junio.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2005), *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª Edición, Madrid, Dykinson.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2002), *La Nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos 3 de Madrid.

RUIZ MIGUEL, Carlos (1995), *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos.

SAN MIGUEL RODRIGUEZ-ARANGO, Luís, (1992), *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos.

STUART MILL, John (2004), *Sobre la Libertad*, DE AZCÁRATE, Pablo (Trad.), 6ª Edición Madrid, Alianza Editorial.

TELLEZ AGULERA, Abel (2002), *La Protección de Datos en la Unión Europea*, Madrid, Edisofer s.l.

WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1995), *El Derecho a la intimidad*, PENDAS, Benigno (trad.), Madrid, Civitas.



***Las Relaciones entre México y los Estados Unidos de América a la luz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).
Una Visión desde el Derecho y la Economía****

***Miguel Ángel Medina Romero
Víctor Antonio Acevedo Valerio***

Introducción

La presente exposición aborda las relaciones entre el Estado mexicano y los Estados Unidos de América (EUA), en la estimación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),¹ partiendo de un enfoque jurídico-económico. Esta perspectiva bidisciplinaria consiste en admitir la existencia de un vínculo entre el derecho y la economía; y dicho nexo se justifica porque toca al orden jurídico formalizar, encauzar e institucionalizar el modelo económico. Así, interesa demostrar las relaciones entre el derecho y la economía a partir del caso de los vínculos entre México y EUA en el TLCAN. Este es el propósito de la disertación en curso.

Desde 1993 a la fecha, el Estado mexicano ha suscrito once tratados de libre comercio con treinta y dos naciones, entre los cuales destaca ampliamente, por su importancia estratégica, el TLCAN.² En esta participación se asume, en lo general, que

* Conferencia Magistral presentada por los autores en el marco de los trabajos del 1er. Congreso Internacional Virtual “Derecho y Economía en el Siglo XXI”, convocado para los días 7-20 de mayo del año 2007, por la Coordinación del Proyecto del Programa Integral para el Fortalecimiento Institucional (PIFI) 3.2 de la Dependencia de Educación Superior (DES) de Derecho, a través del Portal Jurídico Themis, el Centro de Investigaciones Jurídicas, la Academia de Derecho Económico y la Academia de Historia del Pensamiento Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacán de San Nicolás de Hidalgo.

¹ Es importante aclarar que, a pesar de que el TLCAN incluye también a Canadá, en este trabajo únicamente se revisarán las relaciones entre México y EUA a la luz del Tratado, dejándose para otra oportunidad la indagación en torno a las relaciones entre México y Canadá a través del TLCAN. Y es también pertinente establecer que la presente contribución ha adoptado una perspectiva desde México.

² Medina Romero, Miguel Ángel. 2006. *Consideraciones Teóricas y de Evidencia Empírica en torno a las Relaciones entre el Crecimiento Económico, el Comercio Exterior y su Marco Jurídico-Institucional en México, 1899-2005. Un Estudio Económico-Jurídico. Tesis de Maestría. Programa académico de 1er Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI*



estos tratados proporcionan el marco jurídico que regula entre México y esos países el intercambio de bienes y servicios, la inversión, la protección a la propiedad intelectual y la solución de controversias, por citar algunas utilidades.³ Y, en términos específicos, se sostiene aquí que el TLCAN se firmó con el propósito de incrementar el comercio entre la economía mexicana y sus socios en el Tratado (EUA y Canadá) para dotar de certeza jurídica a la actividad económica, para incrementar la eficiencia del aparato productivo doméstico, para proteger los intereses de los productores domésticos en los mercados socios y para otorgar a los consumidores mayor variedad y calidad en sus elecciones de compra.⁴

En este contexto, determinar el impacto del TLCAN en el nexa México-EUA, desde la perspectiva jurídico-económica, implica la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es y en qué consiste el vínculo entre el Tratado y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y el resto de leyes federales mexicanas?; y ¿qué papel ha jugado el TLCAN en los procesos de apertura económica e inserción de México en la dinámica global, así como cuáles son los resultados del Tratado en términos de su aportación al crecimiento, el comercio y la inversión para México?

Esta exposición consta esencialmente de cinco partes. En la primera se configura un breve marco teórico que busca justificar la relación entre el derecho y la economía, considerando el contexto de la globalización contemporánea en la casuística de México. En la segunda sección se busca exponer una interacción entre categorías conceptuales como derecho, integración económica internacional y TLCAN. La tercera parte contiene una descripción cronológico-conceptual del TLCAN como instrumento del proceso de institucionalización de la actividad económico-comercial entre las naciones de América del Norte.

En la sección cuarta se abordan las relaciones del TLCAN con el andamiaje jurídico de México, destacándose la problemática de la recepción del derecho internacional en el interno. La parte quinta de la exposición contempla una perspectiva de evaluación económica del TLCAN en el caso mexicano. Por último, en las consideraciones finales, se anotan algunas aproximaciones a las respuestas de las preguntas de investigación planteadas, intentando determinar en qué medida el TLCAN ha influido en el manejo de la relación trilateral y especialmente en la relación México-Estados Unidos, con una visión desde el derecho y la economía.

I. Derecho y Economía: El Orden Jurídico como Base de la Institucionalización del Modelo Económico

Maestría en Ciencias en Comercio Exterior. Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Pp.465 y 466.

³ Medina Romero, Miguel Ángel. 2006. *Op. Cit.* P. 466.

⁴ *Idem.*

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



El Estado mexicano incursionó en los procesos de internacionalización y globalización como producto de la estrategia de apertura económica, correspondiente a la puesta en marcha de un sistema económico de mercado, por parte del gobierno a mediados de la década de los ochenta.⁵ Pese a múltiples investigaciones sesudas sobre el cambio de un modelo de desarrollo regido por el reemplazo de importaciones a otro sustentado en la exportación y la captación de inversión foránea, parece ser que el esquema jurídico propio de este fenómeno económico ha sido insuficientemente explorado.⁶

El supuesto toral del presente apartado, y justificación, al mismo tiempo, de la perspectiva bidisciplinaria del trabajo en curso, consiste en admitir la existencia de una vinculación entre el derecho y la economía, en la medida en que toca al orden jurídico formalizar, encauzar e institucionalizar el modelo económico; y, si este último sufre transformaciones, consecuentemente el orden legal debe ser modificado.⁷ En consecuencia con este razonamiento, y ante el denominado *cambio estructural* de la economía mexicana, el orden jurídico-institucional nacional requiere también una transformación, empero ¿qué tipo de adaptación, y con qué alcances? Ante un cambio económico de *apertura* en el sistema económico mexicano, se sugiere por tanto, la necesidad de que el sistema jurídico-legal interno se adapte a través de una lógica aperturista, o sea, la incorporación de las capacidades de establecimiento y conducción de un vínculo con un orden exógeno. Así, en la experiencia mexicana, la apertura económica demanda una *apertura jurídica*, lo que significa la creación de un andamiaje que posibilite encauzar las relaciones con el exterior.

Y, finalmente, las implicaciones de una *apertura jurídica* ante un cambio del modelo económico, supone el empleo del derecho como medio para el establecimiento de las relaciones económicas con el exterior en lo general y, en lo específico, estimar al orden jurídico como el cauce para el intercambio económico;⁸ la recepción de la influencia de

⁵ Vid. Stubbs, Richard y R. D. Underhill (Editores). 1994. *Political Economy and the Changing Global Order*. The MacMillan Press LTD. Reino Unido.

⁶ Patiño Manffer, Ruperto. 1992. "Análisis comparativo de los principios que rigen en la zona de libre comercio de América del Norte frente a los principios de contenido económico de la Constitución mexicana". En: *Revista Jurídica Jalisciense*. Vol. 2. No. 3. Mayo-agosto. Jalisco. México. Pp. 79 y ss.

⁷ Esta aportación del derecho racional moderno a la economía capitalista, constituye un tópico cardinal en la sociología jurídica de Max Weber. Cfr. Weber, Max. 1984. *Economía y Sociedad*. 2ª. Edición. Fondo de Cultura Económica. México. Pp. 268 y ss. Y vid. Fariñas dulce, María José. 1989. *La sociología del derecho de Max Weber*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Pp. 168 y ss.

⁸ Hasta aquí se ha establecido que el derecho es un instrumento del intercambio económico, lo cual es indispensable si tal intercambio es regular y constante. No obstante, ¿cuál es la función del orden jurídico en las relaciones económicas, así como el alcance de su *juridificación*? Hipotéticamente, la *juridificación* de las relaciones económicas se lleva a efecto cuando se registra una posibilidad de conflicto alta y una reducida capacidad de solución pacífica y consensuada. La integración de Europa da cuenta de un ejemplo donde la *juridificación* es un formato de promoción de la edificación de la Unión a la hora de presentarse dificultades para lograr acuerdos entre los estados miembros; y también, el TLCAN puede estimarse como

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



ordenamientos extranjeros;⁹ un análisis externo mayor, dado que los actores extranjeros interesados en el intercambio consideran importante también el entorno interno que afecta dicho cambio; y, la experiencia de las relaciones de intercambio pueden derivar, finalmente, en un acercamiento en torno a los distintos ordenamientos legales, si las diferencias suponen niveles diferentes del concepto de competitividad económica (*derecho convergente*).¹⁰

II. Derecho, Integración Económica Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), a la luz de sus objetivos primordiales,¹¹ constituye un instrumento jurídico-económico de promoción formal de un proceso de integración económica internacional, toda vez que dicho Tratado establece una zona de libre comercio (ZLC) por las Partes.¹² Así, de conformidad con la teoría de la integración económica internacional,¹³ la ZLC representa la primera fase de un proceso que supone, además, el tránsito por la unión aduanera (segundo nivel), el mercado común (tercer grado), la unión económica (cuarta etapa) y la creación de instancias económicas centrales, generadoras de la integración global (última fase).¹⁴

un esfuerzo deliberado por conferir la seguridad y permanencia que da el derecho en un esquema de integración continental *sui generis*, no obstante que supone una *juridificación inconclusa* o parcial respecto a la europea, ya que se elude la creación de órganos de decisión con poderes de interpretación y aplicación de la norma jurídica. Cfr. Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. *Op. Cit.* P. 36.

⁹ *Vid. Ibidem.* P. 37.

¹⁰ *Vid. Idem.*

¹¹ “1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes; (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes; (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado. 2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional”. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En: *Diario Oficial de la Federación*. Segunda edición. Diciembre 20. México. Primera Parte: Aspectos Generales. Capítulo I. Artículo 102.

¹² Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. *Op. Cit.* Art 101.

¹³ *Vid.* Balassa, Bela. 1982. *Hacia una teoría de la integración económica*. Fondo de cultura Económica. México; Tamames, Ramón. 1987. *La Unión Europea*. Alianza Editorial. España; y Banco Interamericano de Desarrollo. 1992. “El proceso de integración en América Latina”. En: *Informe anual*. No. 392. Argentina.

¹⁴ *Vid.* Balassa, Bela. 1982. *Op. Cit.*

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



No obstante la visión económica precedente, en los esquemas de integración económica mundial existe otra dimensión tanto indispensable como inseparable, a saber: la jurídica. Y, por lo tanto, el derecho se constituye tanto en instrumento como en objeto de la dinámica de la integración.¹⁵ Así, el derecho es un instrumento de la integración cuando representa un medio o un cauce para la misma, aportando distintas opciones de integración institucional, vía la generación de organismos supra o internacionales, representativos o independientes, con funciones decisorias, de coordinación o de información y consulta. Y, desde la perspectiva sustantiva, el derecho tutela principios y garantías de libertad, propiedad, igualdad y seguridad, fundamentalmente.¹⁶ En cuanto al derecho como objeto de la integración, éste debe ser considerado en su potencial para la consecución de una armonización jurídica, es decir, como forma de alcanzar un nivel mínimo e indispensable de homogeneidad entre las partes, sea ello a partir de un acercamiento de las leyes de los estados parte o mediante la elaboración de ordenamientos obligatorios por parte de instituciones supranacionales.¹⁷

Así pues, en el contexto de la integración económica internacional, la generación y desarrollo del derecho se encuentra, cada vez más, en función de procesos de índole mundial, global o transnacional (negociaciones jurídico-institucionales supranacionales). El fenómeno de la globalización, que es una realidad debido a la posibilidad de interacción mundial de una sociedad mundial frente a un horizonte común, permite concebir como natural que algunos campos jurídicos que evolucionaron inicialmente en el orden nacional, continúen su desarrollo total o parcial en el plano internacional, dimensión donde adquieren, consecuentemente, independencia, con instituciones, reglas y actores propios, empero que se relacionan con el nivel nacional. Es decir, en ciertas áreas del derecho, el progreso de este último es inseparable de la dimensión externa, la cual ha tendido a prevalecer, incluso, frente a los sistemas internos, dejando de ser objeto de decisiones preponderantemente nacionales.

III. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Instrumento de la Institucionalización de la Actividad Económico-comercial entre América del Norte

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o también TLC), identificado igualmente como NAFTA por sus siglas en inglés (North American Free Trade

¹⁵ Vid. Cappelletti, Mauro, Mónica Seccombe y Joseph H. H. Weiler. 1986. *Integration through law: Europe and the American Federal experience. A general introduction*. Berlin-New York. Walter de Gruyter.

¹⁶ Estos principios son propios del derecho privado, lo cual es razonable si se considera que el proceso de la integración se efectúa por la vía del mercado. Así, el acceso al mercado da cuenta del concepto de libertad; la igualdad alude al principio de la nación más favorecida; y la garantía de seguridad contempla el derecho de acceso a los tribunales o al arbitraje.

¹⁷ Zinder, Francis. 1993. "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques". En: *The Modern Law Review*. Oxford. Vol. 56. No. 1. Enero. Pp. 19-54.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Agreement), constituye un [tratado económico](#)-institucional entre [Canadá](#), [Estados Unidos](#) de América (EUA) y [México](#) que establece una zona de [libre comercio](#).¹⁸ El 12 de junio de 1991 comenzaron de manera formal las negociaciones entorno al TLCAN en Toronto, Canadá, las cuales concluyeron el 12 de agosto de 1992. Finalmente, el Tratado se firmó por los mandatarios de las tres naciones el 17 de diciembre de 1992, para que entrara en vigor el 1 de enero de 1994.

Con la vigencia del Tratado, las relaciones entre Canadá, EUA y México se acentuaron y generaron un proceso de integración comercial. Los antecedentes del vínculo comercial entre [Canadá](#) y los [EUA](#) se remontan al año [1965](#) con la firma del pacto automotor, mediante el cual ambos países se comprometieron a favorecer el comercio automotriz y de partes automotoras. El nexos comercial entre México y Canadá, por otra parte, comenzó en 1946 con el Convenio Comercial Bilateral México-Canadá; se amplió con el Convenio de Cooperación Industrial y Energética de 1980; en 1984 continuó con el Memorandum de Entendimiento en Materia de Comercio; para 1989 surgió el Entendimiento sobre un Marco de Consultas para el Comercio y la Inversión; y en 1994 dicho nexos sería parte del TLCAN.¹⁹ Igualmente, el vínculo económico formal entre México y los EUA data de 1985, cuando se verificó el Entendimiento Bilateral en Materia de Subsidios y Derechos Compensatorios; en 1986, cuando México ingresó al GATT, la relación bilateral en comento se fortaleció; para 1987, ambos países convinieron el Acuerdo Marco para iniciar conversaciones globales encaminadas a facilitar el comercio y la inversión; y, en 1994 las relaciones México-EUA formarían parte del TLCAN.²⁰

Los objetivos que protocolizó el TLCAN, de acuerdo con el Artículo 102 del mismo,²¹ fueron: a) Eliminar [fronteras](#) para comerciar, y facilitar el cruce por las fronteras del movimiento de bienes y servicios entre los territorios de los países miembros; b) Promover condiciones de competencia justa en el área del [libre comercio](#); c) Aumentar las oportunidades de [invertir](#) en los países miembros; d) Proporcionar [protección](#) y aplicación de [derechos](#) intelectuales en cada país; e) Crear procedimientos de la implementación y aplicación de este acuerdo, para su administración conjunta así como la [resolución](#) de problemas; y f) Establecer una estructura más [trilateral](#), [regional](#), y [multilateral](#) de [cooperación](#) para extender y aumentar los beneficios de este acuerdo.

Por último, el TLCAN, a diferencia de otros tratados o convenios, no concibió organismos centrales de coordinación política o social; contempla una secretaría para administrar y ejecutar las resoluciones y mandatos que se derivan del tratado mismo; y,

¹⁸ Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Op. Cit.* Artículo 101.

¹⁹ *Vid.* Secretaría de Economía. 2006. *TLCAN: 12 años de libre comercio*. Mayo 2. México.

²⁰ *Vid.* Secretaría de Economía. 2006. *Op. Cit.*

²¹ Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. *Op. Cit.* Artículo 102.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



tiene tres secciones: la Sección Canadiense, ubicada en [Ottawa](#), la Sección Mexicana, en [México, D.F.](#), y la Sección Estadounidense, establecida en [Washington, D.C.](#) La estructura del Tratado contempla un preámbulo y 22 capítulos agrupados en ocho partes. En el *Preámbulo*, los tres países formalizan su compromiso de promover el empleo y el crecimiento económico en la región, a partir de la expansión del comercio y la inversión, principalmente.

IV. Perspectiva del Derecho en torno a las Relaciones entre México y los Estados Unidos de América a la luz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El Nexo entre el TLCAN y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Desde el derecho constitucional mexicano, y particularmente a la luz del Artículo 133° de la CPEUM, se estima como principio elemental el que los contenidos de un tratado se encuentren en armonía con los artículos de la Constitución, en aras de que cobren eficacia jurídica en México. Por lo tanto, ante las interrogantes planteadas con antelación acerca de ¿cuál es y en qué consiste el nexo entre el Tratado y la CPEUM? y, si ¿el contenido del TLCAN debe respetar el texto de la Ley Suprema o puede admitir disposiciones divergentes a esta última?, debe establecerse que el nexo en cuestión radica en una supremacía de la Constitución respecto de los tratados en lo general, y del TLCAN en lo particular, pues las disposiciones de todo tratado, y del TLCAN por tanto, deben ser concordes con el texto constitucional.

De lo anterior se deduce que, para el derecho mexicano, la Carta Fundamental ostenta supremacía sobre el derecho internacional (*supremacía constitucional*), toda vez que se considera que este último forma parte del orden jurídico nacional.²² Lo anterior puede ser probado si a partir de un análisis comparativo de la Constitución con el texto del TLCAN, se advierte que, de acuerdo con la primera, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) tiene facultad para generar jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales en materia de interpretación de tratados internacionales;²³ y de otra parte, en el Tratado, se aprecia que el órgano autorizado para “resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su

²² Vid. *Semanario Judicial de la Federación*. 1965. 6ª. Época. Volúmenes 151-156. Sexta parte. Agosto 13. México. P. 186.

²³ El Artículo 94 de la CPEUM establece la facultad del Poder Judicial de la Federación para la interpretación de los tratados internacionales y constituir al respecto jurisprudencia de índole obligatoria.



interpretación”²⁴ es la Comisión de Libre Comercio. Por lo tanto, la interpretación de la SCJ a propósito del TLCAN, constitucionalmente priva sobre la concepción que pueda verificar la Comisión. Y tal supremacía pudiera equivaler a admitir como obligatorio el Tratado, para cada una de las partes, únicamente en la dimensión que cada una de las mismas valore que es obligatorio, o que un solo actor está facultado a interpretar el TLCAN vinculativamente para los tres.

La situación descrita, presente en los hechos, advierte que si la perspectiva radicalmente nacionalista se adopta con recurrencia por el alto tribunal de México, ello habrá de equivaler a negar la utilidad y eficacia jurídicas del TLCAN; suponer un problema inconstitucionalidad del TLCAN; y, admitir la promoción de un obstáculo al objetivo fijado por los países socios del Tratado de crear una ZLC.

Los Vínculos entre el TLCAN y las Leyes Federales del Estado Mexicano

En la casuística de México, la consideración del vínculo entre los tratados y las leyes federales remite, por principio de cuentas, a la definición de tales leyes. Así, las *leyes federales* de México, a la vista de la Constitución,²⁵ la doctrina y los especialistas,²⁶ son las

²⁴ Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Op. Cit.* Artículo 2001-2-c.

²⁵ El artículo 133º de la CPEUM textualmente establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”. Secretaría de Gobernación. 2007. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. En: Orden Jurídico Nacional. México. En: www.ordenjuridico.gob.mx.

²⁶ A partir de la afirmación de Mariano Coronado sobre que las leyes que emanan de la Constitución son las “reglamentarias que desarrollan algún precepto del código político”, y considerando la diferencia entre leyes que emanan formal y materialmente de la Constitución y leyes que únicamente emanan formalmente de ella, Mario de la Cueva establece que las leyes *emanadas* de la Constitución a que se refiere el Artículo 133, que él denomina *leyes constitucionales*, son las que “constituyen el desarrollo de los preceptos constitucionales” o bien “normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales”. Así, De la Cueva clasifica estas leyes en tres tipologías: las *leyes orgánicas* (que estructuran los órganos previstos en la Constitución), las *leyes reglamentarias* (que desenvuelven las normas constitucionales) y las *leyes sociales* (que desarrollan los derechos sociales). Y advierte que la distinción entre las leyes constitucionales (orgánicas y reglamentarias) y las leyes ordinarias (federales o locales) se contempla en el Artículo 16 transitorio de la CPEUM, que alude a unas *leyes orgánicas de la Constitución*, como categoría diversa del resto de leyes que expedirá el Congreso de la Unión. Por lo tanto, según el especialista en comentario concluye que los tratados internacionales poseen jerarquía similar con respecto a las leyes constitucionales, empero se encuentran en un sitio superior al de las leyes ordinarias. Coronado, Mariano. 1887. *Elementos de derecho constitucional mexicano*. Jalisco. México. P. 180; y De la Cueva, Mario. 1982. *Teoría de la Constitución*. México. Pp. 113 y ss. Por su parte, Jorge Carpizo McGregor promueve la distinción entre *leyes constitucionales* y *leyes ordinarias*, y apunta que el Artículo 133 constitucional se refiere con la expresión *leyes emanadas* a las leyes constitucionales. Por lo tanto, concluye en sentido

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



leyes emanadas de la Carta Fundamental -que son las leyes orgánicas reglamentarias de los artículos constitucionales-, y el resto son leyes ordinarias. Ahora bien, para continuar con el nexos tratados-leyes federales, se torna necesario establecer el criterio de jerarquía entre estos dos tipos de instrumentos jurídicos.²⁷ Y, acudiendo a tal criterio, se asume que las

similar (que De la Cueva): que los tratados internacionales se encuentran en el mismo sitio que las leyes constitucionales y por encima de las leyes ordinarias. Carpizo McGregos, Jorge. 1980. “La interpretación del artículo 133 constitucional”. En: *Estudios constitucionales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Pp. 30 y ss. Las conclusiones de estos especialistas dan cuenta de una doctrina generalmente aceptada por los constitucionalistas en México. No obstante, Faya Biseca si bien acepta la diferencia entre leyes constitucionales (orgánicas y reglamentarias) y leyes ordinarias, rechaza que el Artículo 133 considere un criterio jerárquico entre ellas. Y asegura que todas las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión poseen la misma jerarquía, y son todas emanadas de la Constitución. Esta igualdad deriva de estimar que las leyes ordinarias son muchas ocasiones de mayor importancia socioeconómica que las leyes orgánicas o reglamentarias. Por lo tanto, la instrumentación de esta doctrina a la cuestión de los vínculos entre los tratados internacionales con las leyes federales, se arribaría a la conclusión que aquéllos tendrían similar jerarquía que cualquier ley aprobada por el Congreso de la Unión. Cfr. Faya Biseca, Jacinto. 1991. *Leyes federales y Congreso de la Unión*. México. Pp. 93 y ss. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de analizar la problemática en cuestión, resolvió en cinco tesis sucesivas (cuatro tesis de la Sala Civil y una del Pleno), que por ende representan jurisprudencia obligatoria, que las *leyes emanadas de la Constitución* a que se refiere el Artículo 133, son las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales. Y, apunta este Poder de la Unión, que las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales tienen mayor jerarquía que “cualesquiera otra ley de carácter federal o local”. El fundamento de esta decisión es que las leyes reglamentarias son unas de aquellas *leyes emanadas* de la Constitución y previstas en el Artículo 133. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Tomo LXXXIV. P. 2156. Tesis del 11 de junio de 1945; tomo LXXXVI. P. 1526. Tesis del 30 de noviembre de 1945; tomo LXXXVIII. P. 1417. Tesis del 4 de mayo de 1946; tomo CII. P. 35. Tesis del Pleno del 30 de noviembre de 1965. México.

²⁷ César Sepúlveda, sin diferencias entre ley emanada de la CPEUM y leyes ordinarias, apunta que “la Constitución tiene primacía sobre los tratados y leyes federales -que se han de adecuar a ella- pero estos dos últimos poseen entre sí un grado equivalente frente a la Constitución (...) Ello significa (...) que en caso de oposición entre el pacto internacional y una ley cereal ordinaria, deben regir las normas reconocidas de que *la ley posterior deroga a la anterior que se oponga*”. Sepúlveda, César. 1962. “Los tratados en el orden legal mexicano”. En: *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. P. 209. Mario de la Cueva divide dos cuestiones: una, la de si una ley emanada de la Constitución tiene capacidad para derogar un tratado, y la otra, la de si un tratado puede cambiar una ley emanada de la Constitución. Respecto a la primera cuestión, contradice a Sepúlveda, arguyendo que “no podemos admitir que una ley del congreso derogue las normas contenidas en un tratado; ni los artículos 89 y 76 que autorizan a los poderes federales para celebrar tratados, ni el 133 (...), ni otro alguno, autorizan al Congreso para desconocer las obligaciones legítimamente contraídas: por lo tanto, puesto que el Estado mexicano sólo puede actuar por procedimientos jurídicos y en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución, concluimos en la imposibilidad jurídica de romper las obligaciones”. De la Cueva, Mario. 1982. *Op. Cit.* México. Pp. 112-199. El sustento de esta idea es el principio jurídico, fundamento del derecho internacional público, que apunta que los tratados tienen que observarse. Así, sobre si un tratado puede cambiar una ley surgida de la Constitución, De la Cueva considera que no, ya que un tratado es aprobado exclusivamente por el Senado, en tanto que las leyes son aprobadas por las dos Cámaras del Congreso, lo que conduce a que la derogación de dichas leyes habrá de observarse el mismo procedimiento que implica su formación. Este problema del nexos entre los tratados y las leyes mexicanas, ha sido abordado recientemente por Vázquez

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



leyes emanadas de la Constitución, los tratados internacionales y la propia Carta Fundamental, ostentan la jerarquía de ley suprema de la Unión; y que las demás leyes ordinarias poseen un rango relativamente inferior, razón por la que ante una situación de incompatibilidad entre leyes orgánicas o reglamentarias y leyes ordinarias, habrán de imponerse las primeras.

Del anterior razonamiento puede concluirse, así, que el TLCAN y las leyes derivadas del Texto Constitucional ostentan una jerarquía similar, y que ante la presentación de cualquier diferencia entre ellos no habrá de privar el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, pues si una ley posterior deroga un tratado se incumpliría el fundamental de que los tratados deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), y si un tratado posterior deroga una ley se generaría una contradicción a la Constitución (en su Artículo 72, fracción f), que establece que las leyes han de derogarse con la venia de las Cámaras de Senadores y Diputados (mismo procedimiento que las llevó a su aprobación).²⁸

Conflicto y Solución en la Recepción del Derecho Internacional en la Legislación Nacional, para el caso del TLCAN

Pando quien, partiendo de la distinción entre *leyes nacionales* (como la CPEUM y los tratados), *leyes federales* y *leyes locales*, asevera que los tratados deben estar en sincronía con la CPEUM, aunque reconoce que no toda contradicción de la Constitución con un tratado debe derivar en la anulación del tratado. En torno a las diferencias entre la ley federal y un tratado, estima que el criterio de jerarquía de la ley para discernir cuál debe prevalecer, es inútil, toda vez que la propia Carta Magna no señala distinción alguna de rango entre el tratado y la ley federal. Y propone, de otra parte, un criterio discriminatorio consistente en preferir la ley especial (El tratado) frente a la ley general (la ley federal); y así, ante el criterio de la jerarquía se promueve un análisis de los ámbitos de validez de las normas respectiva. Empero, tal criterio muestra su debilidad ante la objeción de que la propia CPEUM establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, o sea, leyes relativas a personas determinadas (Artículo 13). La diferencia entre ley general y ley especial tiende a efectuarse en atención a la materia que rigen, y no a las personas a quienes obligan. Y, en este contexto, el TLCAN sería una *ley privativa*, conforme a la cual no puede ejercerse un juicio a persona alguna. Vázquez Pando, Fernando. 1992. "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio con el sistema constitucional mexicano". En: *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*. Universidad Iberoamericana. México. Pp. 35 y ss., y revítese el comentario de Schroeder, A., al Artículo 13 constitucional, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*. 1996. Colección Popular. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. P. 56. en torno a lo referido, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que si el tratado tiene regulaciones más amplias que la ley, debe aplicarse el tratado en aras de suplir las deficiencias de la ley. Empero, esta decisión no debe ser interpretada como una afirmación de la supremacía general del tratado respecto de la ley. *Cfr.* Tesis del 9 de julio. 1981. En: *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. Volúmenes 151-156. Sexta parte. México. P. 195.

²⁸ Adame, Goddard, Jorge. 1993. "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el orden jurídico mexicano". En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie I. Estudios de Derecho Económico. No. 22. México. P. 97.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Los dos apartados precedentes, permiten establecer una problemática sobre la recepción del derecho internacional en el derecho interno. Y, en el caso de las relaciones México-EUA que aquí ocupa, el problema consiste en la ubicación del TLCAN en el orden jurídico de México. Por ahora, la relación entre el Tratado y la legislación federal ha sido abordada en la consideración de la inclusión y el sitio del TLCAN en el orden jurídico doméstico. Empero, este enfoque conduce, ineludiblemente, a una disyuntiva de solución compleja: o se admite que los tratados en lo general, y el TLCAN en lo particular, prevalecen sobre la legislación federal, y con ello se contradiría la Constitución toda vez que establece que las leyes aprobadas por el Congreso son susceptibles de modificación o derogación, únicamente por el mismo procedimiento que las llevó a su aprobación; o se establece que es mayor la jerarquía de las leyes aprobadas por el Congreso respecto a la propia de los tratados, y consecuentemente se daría lugar a que el Congreso estableciera cambios unilaterales en el contenido de los tratados, materializándose así una agresión al fundamental *pacta sunt servanda*.

Posiblemente, uniformar las leyes en las materias referentes al tratado de las naciones socias, constituiría una política para aminorar el problema. No obstante, queda por especificar si el Congreso estará facultado para modificar la legislación uniforme que promovió para homologarla con las premisas del tratado, o habrá de aguardar hasta que el titular del Ejecutivo, de acuerdo con sus homólogos de las otras naciones, haga las transformaciones al tratado. Y, lo más importante, que la armonización de la legislación provocaría la anulación de los efectos del tratado, dado que los socios del mismo podrán demandar la observancia a lo pactado en el tratado, no porque sea materia acordada o convenida, sino porque constituye material previsto en la legislación nacional. E, igualmente, ello será susceptible de exigirse por otras naciones no socias del tratado, por lo que se deduce que la armonización de la legislación provocaría la generalización de las concesiones que en el tratado se estiman, originalmente, únicamente para determinadas naciones.

En el caso del TLCAN, esta problemática ha de ser atendida y resuelta por los tribunales federales y, finalmente, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁹ Y en su resolución, los jueces están obligados a tomar en cuenta el ordenamiento jurídico nacional como la posición jurídica del tratado en las otras naciones que sean partes. La generación y promoción de un criterio unificado o común al respecto, que tan sólo se de a conocer como un entendimiento común respecto del problema, y que sea avalado y respetado por los jueces y los legisladores de los países socios del Tratado, puede constituir una solución de carácter internacional para esta problemática que rebasa las expresiones del derecho nacional.

²⁹ Vid. Adame, Goddard, Jorge. 1993. *Op. Cit.* P. 99.



Por lo tanto, un acercamiento a la solución del problema de la relación de los tratados con la legislación nacional, a decir de Adame Goggard, debe considerar la superación de la *teoría monista* del derecho³⁰ a partir de la adopción del *enfoque dualista* del derecho internacional, el cual postula que el derecho internacional y el derecho nacional constituyen órdenes jurídicos autónomos y diferenciados.³¹ Luego, “las relaciones que se dan entre el derecho nacional y el internacional no son entonces relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico unitario, sino relaciones de coordinación entre órdenes jurídicos diferenciados. Cuando ocurra que una determinada materia es objeto de derecho internacional tanto como del nacional, la solución no está en ver cuál tiene mayor jerarquía, sino en definir si el problema se encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o nacional. [...] El orden jurídico no es un orden unitario, no es una “pirámide”, sino un sistema ternario compuesto de tres estratos o subsistemas diferenciados, aunque coordinados entre sí: el derecho nacional, el derecho internacional público y el derecho mercantil internacional, cada uno con sus propias fuentes, ámbitos de competencia y órganos jurisdiccionales”.³²

La aplicación de esta propuesta de solución al orden jurídico de México en relación con la Zona de Libre Comercio entre los socios del TLCAN, se expresaría así: “[...] al derecho nacional corresponden las relaciones entre particulares mexicanos (o extranjeros asentados en territorio nacional) y las relaciones entre el Estado y los particulares. Al derecho internacional público, le corresponden las relaciones entre los gobiernos de Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México. Y al derecho mercantil internacional las relaciones entre particulares asentados en territorios de dos o tres estados”.³³ La consideración de estratos jurídicos diferenciados posibilita la conservación de la autonomía nacional, pero sin obstaculizar la integración regional socioeconómica. La propuesta del orden jurídico como un *sistema compuesto* supone que “el derecho nacional se mantiene autónomo en su respectivo ámbito de competencia y sus órganos jurisdiccionales plenamente eficaces. Pero igualmente se reconoce la validez de principios jurídicos internacionales que rigen la conducta de los estados o de los particulares y la consiguiente eficacia de jurisdicciones regionales o supranacionales. Es un planteamiento que coincide esencialmente con las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969),³⁴ que conciben el tratado como un acuerdo regido por el derecho

³⁰ La *teoría monista* del derecho sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional conforman un orden jurídico unitario. Y, al interior de este *monismo*, algunos de sus partidarios apuntan que en ese orden debe prevalecer el derecho nacional (*monistas nacionalistas*), y otros opinan que el derecho internacional es el que debe prevalecer al derecho doméstico (*monistas internacionalistas*).

³¹ Vid. Sepúlveda, César. 1979. *Derecho internacional público*. 10ª. Edición. México. Pp. 67 y ss.

³² Adame, Goddard, Jorge. 1993. *Op. Cit.* P. 100.

³³ *Ibidem*. P. 103.

³⁴ Vid. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. 1975. En: *Diario Oficial de la Federación*. Febrero 14. México.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



internacional público, y cuyo cumplimiento no puede ser eludido alegando una disposición del derecho nacional (artículo 27)”.³⁵

Y en su reflexión en torno a la problemática jurídica derivada de la integración de México en economías regionales, Adame Goddard apunta que “[...] de los tres estratos jurídicos que se han diferenciado, sólo el derecho nacional puede llamarse con todo rigor derecho, pues sólo él tiene órganos jurisdiccionales propios y capaces de hacer cumplir sus decisiones. El derecho internacional público tiene una jurisdicción propia, los tribunales internacionales, y en el caso específico del TLCAN los paneles arbitrales, paneles binacionales y diversos comités, pero sus decisiones no pueden imponerse coactivamente y el último recurso contra la desobediencia a una decisión de estos órganos es la denuncia del tratado. El derecho mercantil internacional no tiene una jurisdicción propia de por sí, pero la va adquiriendo en la medida que se generaliza el recurso al arbitraje comercial privado, con la ventaja, respecto del derecho internacional público, que las decisiones de los árbitros sí pueden imponerse coactivamente, aunque no por su propio deber, sino gracias al poder que los tribunales nacionales están obligados a dar a los laudos. Este diferente grado de perfección de los tres estratos jurídicos hace que el centro de gravedad del sistema jurídico que comprende los tres estratos sea el derecho nacional, y hace concluir que del desarrollo de éste dependerá la más efectiva autonomía de cada estrato jurídico y la mejor coordinación entre ellos”.³⁶

Finalmente, suscribimos la propuesta de Adame Goddard en torno a la concepción del orden jurídico como un sistema compuesto, en aras de iniciar los trazos de una solución al problema de la recepción del derecho internacional en la legislación nacional. Y se advierte, igualmente, la necesidad de que los juristas afronten la problemática general aludida, y la específica del TLCAN, a través de la promoción de reglas, jurisdicciones y esquemas institucionales, inspirados por la ciencia del Derecho, que hagan posible que los nuevos vínculos entre gobiernos y entre personas, materializados en la globalización contemporánea, se verifiquen bajo los principios de justicia, equidad y reciprocidad.

V. Perspectiva de la Economía en torno a las Relaciones entre México y los Estados Unidos de América a la luz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

A partir de los años ochenta, el *cambio estructural* registrado en la economía de México promovió una política económica de apertura comercial. De acuerdo con la teoría económica convencional, la estrategia aperturista contribuye en la generación de crecimiento económico y también promueve, en la medida en que se aminoran los desincentivos económicos asociados con políticas económicas altamente distorsionantes,

³⁵ Adame, Goddard, Jorge. 1993. *Op. Cit.* P. 107.

³⁶ *Ibidem.* P. 108.



una significativa dinamización de la actividad económica Así, la apertura origina flujos dinámicos de comercio e inversión y, por tanto, progreso económico.

Luego de efectuar su membresía en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés),³⁷ en los comienzos de los años noventa México entabló negociaciones con los gobiernos estadounidense y canadiense para promover una zona de comercio libre. Tales cabildeos originaron que en 1994 entrara en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), instrumento que convirtió a la región en el área de libre comercio más grande e integradas del mundo, pues esta triada de países incluye 406 millones de habitantes que producen más de 11.4 billones de dólares en bienes y servicios, situándose así la producción regional del TLCAN en cerca de una tercera parte del PIB internacional.³⁸

Un elemento a destacar en la relación de los socios del TLCAN es el factor geográfico. Específicamente, la relativa cercanía regional de los tres socios constituye una fuente de desempeño dinámico para América del Norte, en términos de progreso económico. Y este factor de vecindad permite, así mismo, dar cuenta de la racionalidad del Tratado, pues la relación de México con los EUA ya había cobrado gran importancia con antelación al TLC. Así, la participación de México en las importaciones americanas se incrementó del 3% en 1985 al 6% en 1993;³⁹ y, otra cifra más: de 1990 a 1993, el 76% del comercio total de México se verificó con el vecino país del Norte.⁴⁰

Otro factor que impulsó a México a concretar un TLC con EUA y Canadá fue, precisamente, la práctica del libre comercio -vía un TLC- entre estos países. Empero, en aras de promover el TLCAN, México debió prevenir no quedarse a la zaga de los acontecimientos en Norteamérica, lo cual significó abandonar el modelo económico que había estado instrumentando desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Y esta adaptación interna al nuevo mundo económico representaría, entonces, un elemento más en la consecución del TLCAN por parte de México.

³⁷ El Estado mexicano ingresó de manera unilateral en el GATT en 1986, luego de un intento fallido e interrumpido en 1979. Este Acuerdo fue votado y aprobado por el Senado de la República el 9 de octubre de 1986, y fue posteriormente publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 y 28 de noviembre de esa misma anualidad.

³⁸ Secretaría de Economía. 2004. *TLCAN: Una década fortaleciendo una relación dinámica*. Documento. México. En: www.economia.gob.mx; y, Secretaría de Economía. 2006. *El TLCAN: 12 años de éxito*. Documento. Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. Marzo. México. En: www.economia.gob.mx.

³⁹ Secretaría de Economía. 2004. *Op. Cit.*, y, Secretaría de Economía. 2006. *Op. Cit.*, y cifras de comercio exterior de la Secretaría de Economía. En: www.economia.gob.mx.

⁴⁰ *Idem*.



Por lo tanto, cuando arribó el año de 1994 y entró en marcha el Tratado, aún no existía la Organización Mundial de Comercio como tal (OMC), sucesora del GATT; tampoco se daba la proliferación de tratados de libre comercio en el mundo; y, aún no se constituía la Unión Europea. Por ello mismo, el TLCAN puede considerarse como un auténtico parteaguas del comercio internacional contemporáneo que adicionalmente implicó una característica que debe ser apuntada: fue el primer acuerdo entre naciones desarrolladas y un país en vías de desarrollo

En torno a los años de vigencia del Tratado, debe referirse el impacto del este último como motor auténtico de fomento del desempeño dinámico en las economías socias. De esta manera, para el año 2000, una tercera parte del comercio total de Norteamérica se realizó entre los miembros del TLCAN. E igualmente, de 1994 al 2006, el Tratado ha impulsado una prosperidad en los flujos comerciales entre México, Canadá y los EUA. Durante los últimos doce años, el comercio de México con sus socios del Tratado se ha más que triplicado, pues el monto reportado para el año 2005 fue 3.4 veces el de 1994; y, el flujo comercial trilateral llegó a ser poco más de los 313 billones de dólares para esa misma anualidad. Y, desde 1994 al año 2005, el comercio entre los países miembros del TLCAN aumentó a tasas promedio anuales de 10.26%,⁴¹ de manera que el flujo comercial entre las economías de Norteamérica alcanzó en promedio más de 2,000 millones de dólares día a día.⁴²

En la última década, las oportunidades del comercio de México y Canadá en el contexto del TLCAN mostraron una trayectoria de progreso consistente. Así, durante el ciclo de 1993 a 2005, el crecimiento anual promedio del flujo comercial bilateral fue del orden de 9.21%; y, el nivel comercial México-Canadá de 1993 representó el 29% del que se logró en el año 2005.⁴³ Y, en esta dinámica México ha arribado a la posición cuarta en cuanto a sociedad comercial más representativa para Canadá, lo que a su vez determina que México sea uno de los destinos de mayor relevancia para los productos canadienses, al ser su tercer mercado de exportación más importante.

A doce años de vigencia del TLCAN, puede hablarse de nexos de integración económica en expansión progresiva entre los socios, si dichos nexos son concebidos a la luz de los resultados de los flujos comerciales. Específicamente, el comercio de México con los EUA ha crecido a una tasa promedio anual de 8.31%, y a una tasa acumulada del 185.48%; y representó, para el año 2005, el 69.78% del comercio total mexicano. En el lapso de 1993 a 2005, el 86.54% del concepto de exportaciones mexicanas se dirigió a los EUA, en tanto que de las compras totales de México, para el mismo ciclo, el 68.14% fueron de origen norteamericano.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*



Entre 1994 y 2005, la tasa de crecimiento de las ventas mexicanas a los EUA fue del orden de 259%, en tanto que el nivel de progreso de las adquisiciones de México en los mercados estadounidenses se ubicó en 116.10%. Y, en este escenario, con excepción de 1994, durante el ciclo de vida del TLCAN, la balanza comercial de México con los EUA ha marcado una tendencia progresivamente favorable.

También, en este contexto de la expansión comercial que para México ha significado el Tratado en comento, puede hacerse referencia al logro de la diversificación comercial. Luego de una dinámica de monoexportación, orientada hacia los energéticos, México viró hacia una nueva composición de sus ventas al exterior, cambio al que contribuyó de manera definitiva el TLCAN. Así, en 1982 las exportaciones mexicanas se clasificaron como sigue:⁴⁴ el 70%, fueron petroleras y mineras; el 25% se trató de manufacturas; y, el 5% restante fueron productos agropecuarios. Empero, para el año 2005, luego de doce anualidades de comercio libre, la diversidad de la exportación en México se hizo presente, ya que las ventas al extranjero registraron la siguiente composición: 81.6% de los bienes fueron manufacturas; el 15.5% de los productos se clasificó en el renglón de petróleo y minería; y, el 2.9% restante de los productos perteneció al rubro agropecuario.

En cuanto a la participación específica de los productos mexicanos en las importaciones estadounidenses (exportaciones parciales de México), pueden destacarse, por su orden de importancia durante el ciclo de vida del TLCAN, maquinaria eléctrica y aparatos, productos de la industria automotriz, alimentos, equipos de telecomunicaciones, hierro y acero, maquinaria generadora de energía, bebidas y tabaco, plásticos, maquinaria no eléctrica, prendas de vestir, productos textiles, manufacturas de caucho y fibras textiles.⁴⁵ Sin embargo, no debe dejarse de apuntar que el petróleo como producto individual constituye el principal bien de exportación de México, con una participación de 9% en 2004. Por su parte, México compra a los EUA productos como manufacturas de plástico, gas natural, aparatos de conexión eléctrica, circuitos integrados, manufacturas de hierro o acero, microcircuitos, vehículos, motores, cajas, jaulas y similares, y partes para automóviles.

La apertura comercial de México y el impacto específico del TLCAN en materia de ingreso familiar se ha dado por la vía de la generación de empleos remunerados con salarios comparativamente superiores. Durante el ciclo de vida del Tratado, la productividad de los trabajadores mexicanos en la industria manufacturera, por ejemplo, se ha elevado en casi 70%; las firmas exportadoras pagan, en promedio, salarios 37%

⁴⁴ Backer, Juan Carlos. 2006. *TLCAN: 12 años de libre comercio*. Presentación electrónica. En: Secretaría de Economía. Dirección de Evaluación y Seguimiento de Negociaciones. Lámina 17. México. En: www.economia.gob.mx.

⁴⁵ Backer, Juan Carlos. 2006. *Op. Cit.* Lámina 14.



superiores a los de las empresas no exportadoras; y, hoy por hoy, uno de cada seis empleos se encuentra vinculado con la exportación. Así, la participación de las empresas exportadoras en el empleo total (nacional) fue de 17 puntos porcentuales para el año 2004, temporalidad en la que la tipología de firmas de referencia creó 1'853,000 empleos.⁴⁶

Otros elementos de impacto económico por destacar en el marco del TLCAN, finalmente, son los referentes a la inversión y las remesas. En materia de inversión, la región del TLCAN ha generado nuevas oportunidades y certidumbre para las firmas de las tres naciones signatarias. Hoy por hoy, el 50% de la inversión extranjera directa (IED) de la región es intrarregional; y, en el caso de México, las cifras indican que más del 70% de la inversión recibida proviene de Norteamérica. Y, ha sido materializado un incremento en el promedio de los flujos anuales de inversión mayor a los 3 mil millones de dólares, cifra anterior de la entrada en vigor del TLCAN, a más de 13 mil millones de dólares en promedio en los años posteriores a su entrada en vigor.⁴⁷

De 1994 a 2000, las empresas de EUA invirtieron más de 40.3 billones de dólares, en tanto que las de Canadá invirtieron 2.8 billones de dólares aproximadamente; y, la IED de los EUA en México se ubicó en 103.4 miles de millones de dólares, de 1994 al 2005, siendo el promedio anual de 8.5 millones de dólares, casi cinco veces más de lo registrado en la década anterior.⁴⁸ Este monto representó más del 60% de la IED total captada por los mexicanos, lo cual muestra que EUA lideró los países que en ese periodo efectuaron inversión en México. Y, las inversiones estadounidenses se dedicaron básicamente a la industria manufacturera (44%), las actividades de servicios (36.7%), comercio (12.1%), transporte y comunicaciones (6.2%) y otros sectores (0.9%);⁴⁹ y su localización se concentró en el Distrito Federal y en estados de la frontera norte, como Baja California y Nuevo León. Así, con la dinámica aperturista, y la influencia particular del TLCAN a través de la inversión para la economía de las familias mexicanas, han llegado empleos pagados con salarios relativamente mayores. Y es que, el 17% del total del empleo en México se encontró relacionado con el concepto de IED para el año 2004;⁵⁰ y, para 2006, cerca de dos millones de empleos en el país provinieron de firmas ligadas a la IED, las cuales pagaron a sus trabajadores montos 28% superiores a los otorgados por firmas sin relación con el sector inversor foráneo.⁵¹

⁴⁶ Backer, Juan Carlos. 2006. *Op. Cit.* Lámina 19.

⁴⁷ Secretaría de Economía. 2004. *A diez años de la entrada en vigor del TLCAN*. Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. En: www.economia.gob.mx.

⁴⁸ Backer, Juan Carlos. 2006. *Op. Cit.* Lámina 21.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Secretaría de Economía. 2006. *La estrategia de negociaciones comerciales internacionales*. Presentación electrónica. En: Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. Lámina 13. México. En: www.economia.gob.mx.

⁵¹ *Vid.* Secretaría de Economía. 2004. *A diez años de (...)*. *Op. Cit.*

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



En torno al rubro de las remesas debe aludirse que, en las últimas décadas, éstas han jugado el papel de un flujo de divisas de suma importancia para la mayoría de los países en vías de desarrollo y exportadores de mano de obra. Así, para el caso de México, las remesas constituyen uno de los renglones clave en el ámbito de transferencias corrientes de su balanza de pagos; y, en el concepto de remesas, los recursos provenientes de los EUA poseen un papel de preponderancia. El monto de remesas que fluyó hacia México en 1995 fue del orden de 3,672.73 millones de dólares; de 6,572.74 millones de dólares, para el año 2000;⁵² y, durante el 2005, el monto fue de 20,034.90 millones de dólares.⁵³

Por cuanto toca al concepto de remesas, en síntesis, las estadísticas correspondientes al ciclo de 1995-2005 revelan que este tipo de flujo de divisas fue de un monto y tasa de crecimiento promedios anuales de 9,928 millones de dólares y 17.16%; y, de un nivel de crecimiento acumulado de 445.50%.⁵⁴ Y, un conjunto de datos comparativos más: el monto de las remesas en 1995 fue inferior a la entrada estimada de recursos a México por concepto de IED (9,526 millones de dólares) y a los ingresos aportados por los viajeros internacionales (6'178,791.00 millones de dólares);⁵⁵ y para el año 2005, por el contrario, el nivel remesas superó el ingreso de recursos previsto a México en el renglón de IED (18,934 millones de dólares) y a las aportaciones de los viajeros internacionales (11,803,409.72 millones de dólares).⁵⁶

En resumen, de los datos anteriores se concluye que a partir de la puesta en marcha del TLCAN, las relaciones entre México y los Estados Unidos se han profundizado vía el renglón económico, toda vez que el Tratado ha promovido progresos considerables en torno a los aspectos cuantitativo y cualitativo del comercio bilateral; y ha generado, también, un escenario favorable para la IED, misma que ha impulsado el crecimiento de la economía mexicana. Esto es importante para comprender el impacto del TLCAN, pues las exportaciones y la inversión extranjera se han erigido en uno de los segmentos de mayor dinamismo de la economía nacional, desde la conclusión de los años ochenta, situación que ha sido reflejada en su participación relativamente alta y creciente en el Producto Interno Bruto (PIB). El TLCAN, finalmente, ha contribuido en un proceso de convergencia regional, toda vez que los indicadores económicos comparativos revelan que los fundamentales económicos de México se acercan progresivamente a los de los EUA, *verbi gracia*, en términos de variación porcentual del PIB, inflación y expectativa de vida.

Consideraciones Finales

⁵² Cálculos propios a partir de las estadísticas de *remesas familiares* en la *balanza de pagos*, proporcionadas por el Banco de México. En: www.banxico.org.mx.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Cálculos propios a partir de las estadísticas de *inversión extranjera* en la *balanza de pagos*, proporcionadas por el Banco de México. En: www.banxico.org.mx.

⁵⁶ *Idem.*



Las relaciones entre México y EUA se formalizaron e intensificaron a la luz del TLCAN. Este mecanismo jurídico-institucional constituye hoy la base del nexo económico entre estas naciones, y el fundamento para la integración económica del mercado mexicano con el estadounidense.

El TLCAN es una muestra de una relación entre el derecho y la economía, y de que dicho nexo, además de real, es pertinente. Así, la vigencia del tratado en comento, en la casuística del Estado mexicano, da cuenta de que la *apertura económica* motivada por el *cambio estructural* en el modelo económico, originó una *apertura jurídica* en aras del establecimiento de relaciones económicas *intensas* con el exterior. Tal *apertura* del sistema jurídico mexicano significa que el derecho interno se constituya en receptor de influencias jurídicas externas, lo que produce, al mismo tiempo, una innovación, adaptación y evolución del orden jurídico doméstico. Sin embargo, el aperturismo jurídico también debe asimilarse como una oportunidad para compartir tradiciones jurídicas domésticas con otras naciones.

En torno a la pregunta de investigación planteada al inicio de esta exposición -¿cuál es y en qué consiste el nexo entre el Tratado y la CPEUM y el resto de leyes mexicanas?-, debe establecerse que el nexo entre el Tratado y la CPEUM y el resto de leyes mexicanas radica en una supremacía de la Constitución respecto de los tratados en lo general, y del TLCAN en lo particular, pues las disposiciones de todo tratado -y del TLCAN por tanto-, deben ser concordes con el texto constitucional; y, que el Tratado y las leyes derivadas del Texto Constitucional ostentan una jerarquía similar, y ante la presentación de cualquier diferencia entre ellos no habrá de privar el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, pues si una ley posterior deroga un tratado se incumpliría el fundamental de que los tratados deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), y si un tratado posterior deroga una ley se generaría una contradicción a la Constitución (en su Artículo 72, fracción f), que establece que las leyes han de derogarse con la venia de las Cámaras de Senadores y Diputados (mismo procedimiento que las llevó a su aprobación).

Este esquema permite establecer una problemática sobre la recepción del derecho internacional en el derecho interno. Y, en el caso de las relaciones México-EUA que aquí ocupa, el problema consiste en la ubicación del TLCAN en el orden jurídico de México. La respuesta que se otorga aquí al problema aludido es la suscripción de la propuesta de Adame Goddard en torno a la concepción del orden jurídico como un sistema compuesto, en aras de iniciar los trazos de una solución al problema de la recepción del derecho internacional en la legislación nacional. Y se advierte, igualmente, la necesidad de que los juristas afronten la problemática general aludida, y la específica del TLCAN, a través de la promoción de reglas, jurisdicciones y esquemas institucionales, inspirados por la ciencia del Derecho, que hagan posible que los nuevos vínculos entre gobiernos y entre personas,

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



materializados en la globalización contemporánea, se verifiquen bajo los principios de justicia, equidad y reciprocidad. Así, el problema de las relaciones del tratado con las leyes nacionales es un problema de difícil solución que solo puede resolverse satisfactoriamente superando concepciones nacionalistas del derecho y ubicando el Tratado dentro del ámbito del derecho internacional.

Desde la visión económica, en el planteamiento de la interrogante de ¿qué papel ha jugado el TLCAN en los procesos de apertura económica e inserción de México en la dinámica global, así como cuáles son los resultados del Tratado en términos de su aportación al crecimiento, el comercio y la inversión para México?, pueden considerarse que: “El TLCAN se entiende como parte de [una] nueva aceptación de interdependencia económica por ambos gobiernos: México, tanto en el discurso como en la política económica, reconoce la vitalidad del mercado estadounidense; Estados Unidos se percata de la potencialidad del mercado mexicano con casi 100 millones de habitantes. El incremento de la atención de Washington hacia México es uno de los grandes logros del TLCAN”.⁵⁷ A trece años de vigencia del Tratado, puede hablarse de nexos de integración económica en expansión progresiva entre los socios, si dichos nexos son concebidos a la luz de los resultados de los flujos comerciales, los cuales han sido reseñados con antelación en estos espacios.

En adición, en el desarrollo del TLCAN a lo largo de sus trece años de vigencia, y a luz de su evaluación en la consideración de sus objetivos, está cumpliendo su propósito toral: la promoción y facilitación del comercio entre las Partes. Una muestra: “El hecho de que tanto México como Canadá estén intercambiando con Estados Unidos aproximadamente 80 por ciento de su comercio total internacional, señala claramente que está construyéndose la integración de mercados de la región”.⁵⁸

En conclusión, la consistencia de la participación del TLCAN en la relación México-EUA ha sido la institucionalización -que da certidumbre, propia crecimiento económico, comercio e inversión- del nexo entre ambos países. Y dicha institucionalización es una manifestación de que el derecho formaliza el orden económico. Por lo tanto, las relaciones entre México y EUA a la luz del TLCAN constituyen un caso de muestra de un nexo entre el derecho y la economía.

Fuentes de Referencia

⁵⁷ Fernández de Castro, Rafael y Claudia Ibargüen. 2000. “Las instituciones del TLCAN: Una evaluación a cinco años”. En: Fernández de Castro y Beatriz Leycegui. *TLCAN, ¿Socios Naturales. Cinco años del Tratado de Libre Comercio*. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. P. 476.

⁵⁸ Fernández de Castro, Rafael y Claudia Ibargüen. 2000. *Op. Cit.* P. 533.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- Adame, Goddard, Jorge. 1993. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el orden jurídico mexicano”. En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie I. Estudios de Derecho Económico. No. 22. México.
- Backer, Juan Carlos. 2006. *TLCAN: 12 años de libre comercio*. Presentación electrónica. En: Secretaría de Economía. Dirección de Evaluación y Seguimiento de Negociaciones. Lámina 17. México. En: www.economia.gob.mx.
- Balassa, Bela. 1982. *Hacia una teoría de la integración económica*. Fondo de cultura Económica. México
- Cappelletti, Mauro, Mónica Seccombe y Joseph H. H. Weiler. 1986. *Integration through law: Europe and the American Federal experience. A general introduction*. Berlin-New York. Waler de Gruyter.
- Carpizo McGregos, Jorge. 1980. “La interpretación del artículo 133 constitucional”. En: *Estudios constitucionales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Coronado, Mariano. 1887. *Elementos de derecho constitucional mexicano*. Jalisco. México.
- De la cueva, Mario. 1982. *Teoría de la Constitución*. México.
- Fariñas dulce, María José. 1989. *La sociología del derecho de Max Weber*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Faya Biseca, Jacinto. 1991. *Leyes federales y Congreso de la Unión*. México.
- Fernández de Castro, Rafael y Claudia Ibargüen. 2000. “Las instituciones del TLCAN: Una evaluación a cinco años”. En: Fernández de Castro y Beatriz Leycegui. *TLCAN, ¿Socios Naturale. Cinco años del Tratado de Libre Comercio*”. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Globalización del Derecho. Una visión desde la Sociología y la Política del Derecho”. En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie I. Estudios de Derecho Económico. No. 22. México. P. 30.
- Max Weber. *Cfr. Weber, Max. 1984. Economía y Sociedad*. 2ª. Edición. Fondo de Cultura Económica. México.
- Medina Romero, Miguel Ángel. 2006. *Consideraciones Teóricas y de Evidencia Empírica en torno a las Relaciones entre el Crecimiento Económico, el Comercio Exterior y su Marco Jurídico-Institucional en México, 1899-2005. Un Estudio Económico-Jurídico. Tesis de Maestría. Programa académico de Maestría en Ciencias en Comercio Exterior*. Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Patiño Manffer, Ruperto. 1992. “Análisis comparativo de los principios que rigen en la zona de libre comercio de América del Norte frente a los principios de contenido

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- económico de la Constitución mexicana”. En: *Revista Jurídica Jalisciense*. Vol. 2. No. 3. Mayo-agosto. Jalisco. México.
- (S/a). 1975. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. En: *Diario Oficial de la Federación*. Febrero 14. México.
 - Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. 1993. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En: *Diario Oficial de la Federación*. Segunda edición. Diciembre 20. México.
 - Secretaría de Economía. 2004. *A diez años de la entrada en vigor del TLCAN*. Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. En: www.economia.gob.mx.
 - -----, 2004. *TLCAN: Una década fortaleciendo una relación dinámica*. Documento. México. En: www.economia.gob.mx; y, Secretaría de Economía. 2006. *El TLCAN: 12 años de éxito*. Documento. Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. Marzo. México. En: www.economia.gob.mx.
 - -----, 2006. *La estrategia de negociaciones comerciales internacionales*. Presentación electrónica. En: Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales. Lámina 13. México. En: www.economia.gob.mx.
 - -----, 2006. *TLCAN: 12 años de libre comercio*. Mayo 2. México.
 - Secretaría de Gobernación. 2007. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. En: Orden Jurídico Nacional. México. En: www.ordenjuridico.gob.mx.
 - *Semanario Judicial de la Federación*.
 - Sepúlveda, César. 1962. “Los tratados en el orden legal mexicano”. En: *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
 - -----, 1979. *Derecho internacional público*. 10ª. Edición. México. Pp. 67 y ss.
 - Stubbs, Richard y R. D. Underhill (Editores). 1994. *Political Economy and the Changing Global Order*. The MacMillan Press LTD. Reino Unido.
 - Tamames, Ramón. 1987. *La Unión Europea*. Alianza Editorial. España; y Banco Interamericano de Desarrollo. 1992. “El proceso de integración en América Latina”. En: *Informe anual*. No. 392. Argentina.
 - Zinder, Francis. 1993. “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”. En: *The Modern Law Review*. Oxford. Vol. 56. No. 1. Enero.



El juicio sumarísimo civil, ejemplo de economía

Ricardo García Mora

SUMARIO: I. Planteamiento del Problema; **II.** El Derecho y la Economía; **III.** El Derecho Procesal y la Economía Procesal; **IV.** Análisis Conceptual de la Economía Procesal Civil; **V.** Propuesta de Modificaciones para la Transformación del Juicio Sumarísimo Civil; **VI.** Conclusiones; **VII.** Poligrafía.

- I -

Iniciamos esta entrega agradeciendo cumplidamente al Comité Organizador de este evento académico la acogida a esta exposición, situada en uno de los ejes de la temática de este Congreso en donde se inscribe esta conferencia, como lo es, las Transformaciones del Derecho en el Siglo XXI; siendo entonces que el problema lo planteamos como sigue: ¿cómo abonar a las Transformaciones del Derecho la idea de Economía en el campo del derecho procesal civil, para elevar el rango conceptual y normativo del Juicio Sumarísimo Civil, para consagrar normativamente la obligatoriedad de la economía procesal en su trámite, propiciándose la necesaria consecución de una auténtica justicia pronta y expedita?

La hipótesis con la que inicialmente respondemos al problema planteado consiste en que el Derecho ha tenido transformaciones en este nuevo siglo, porque a raíz de las reformas al Código Civil y al de Procedimientos Civiles de Michoacán publicadas en el Periódico Oficial del Estado, el día 22 de septiembre del 2004¹, hemos sido testigos activos del conjunto de modificaciones hacia varias disposiciones, conceptos e instituciones, con las adiciones de nuevas instituciones con una regulación concentrada, así como con la reducción de plazos en los trámites judiciales y con la incorporación de la nueva etapa conciliatoria como obligatoria.

Continuando con la respuesta a la enorme interrogante metodológica, es preciso aterrizar hacia un trámite judicial que fue parcialmente rescatado para volverse a ejecutar

¹ Periódico Oficial del Estado. Tercera Sección, número 48, tomo CXXXIV, Morelia, Michoacán, 22 de septiembre del 2004.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



con mayor frecuencia en la clínica forense, el Juicio Sumarísimo Civil; este proceso civil es de índole contenciosa, mismo que se vio beneficiado con la incorporación de la Rectificación de Actas del Registro Civil hacia su actuación enjuiciadora.

Para concluir con nuestra contestación a la citada pregunta, nos es lícito precisar que ese litigio fue parcialmente beneficiado, al obligarnos a aseverar que la sola incorporación de ese asunto registral de marras para tramitarse sumarísimamente no es suficiente, a pesar de que los nuevos expedientes judiciales sobre ese tenor incrementaron la práctica judicial en la vía sumarísima, viéndose resueltos con al agilidad que la vía citada impone, siendo así un gran avance, aunque no suficiente para nuestra óptica.

El problema véase resuelto con afirmar que el Juicio Sumarísimo Civil es el baluarte de economía dentro del derecho procesal civil, puesto que la idea de sumariedad consiste en optimizar las herramientas, los instrumentos y los medios judiciales para acelerar la impartición de justicia, para volverla efectivamente pronta y expedita, como lo ordena el mandato constitucional del numeral 17 .

Delimitando este tema, es preciso entonces precisar que debemos estudiar la esencia conceptual y normativa del Juicio Sumarísimo Civil, para desentrañar su enorme utilidad económica dentro del campo procesal civil del Derecho en Michoacán, pudiendo así afectar a las legislaciones locales que también lo contemplen, previa la contrastación del Derecho y de la Economía como ciencias sociales o culturales, que tienen un encuentro interesante en este punto de la comunicación que diserto, las cuales buscan la optimización de las herramientas, de los instrumentos y de los medios de que disponen las personas para elevar su nivel de vida.

El Derecho cumple su cometido social de regular² la conducta humana³, para garantizar una real civilización de los comportamientos humanos⁴ que se generan en la sociedad, a efecto de propiciar la solución pacífica a los conflictos entre las personas; la Economía, por su parte, se encarga de estudiar la administración racional de los recursos de que dispone el ser humano, por lo que la racionalidad es un principio de optimización inteligente de ellos para evitar los dispendios insanos.

Ya estas dos ideas enarboladas por las dos ciencias sociales precitadas van a tener entonces varios puntos de encuentro en el tratamiento del Derecho Procesal Civil, específicamente del Juicio Sumarísimo Civil.

- II -

El Derecho es una ciencia social y cultural que se encarga de estudiar la regulación de la conducta humana, partiendo de los hechos⁵ de donde emanan las aspiraciones estimativas (valores) que se recogen al establecer un conjunto de maneras legislativas y normativas

² PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*, 1ª ed., Mayo, México, 1981, p. 403.

³ RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*, 10ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 25.

⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., Porrúa, México, 1986, pp. 36-50.

⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Op. cit.*, p. 46.



para lograr ese cometido de civilización y progreso social; entre las diversas clases de normas que se van entonces esclareciendo, se dan los ámbitos legales que ahora conocemos y que denominamos como ramas.

De sobra es sabido la triple división de la objetividad del Derecho, el cual es identificado como la norma que confiere facultades e impone deberes, por lo que la naturaleza de la relación puede reportar si hay coordinación de igualdad (derecho privado)⁶, o si hay supra y subordinación con desigualdad o con igualdad interestatal (derecho público) o si hay la protección a grupos vulnerables (derecho social). Ahora bien, cada rama reporta un conjunto de disciplinas, entre las que destaca el Derecho Procesal, emanado del derecho público, por someterse las personas a la autoridad de un juez para dirimir su conflicto legal.

El Derecho Procesal es una rama dedicada entonces a estudiar la regulación de la conducta humana en la reclamación judicial de un derecho subjetivo desconocido o violado, para provocar el trabajo legal del órgano jurisdiccional competente⁷, quien a su vez tiene el deber constitucional de conciliar y resolver los intereses enfrentados en un clima armónico y pacífico.

Esta disciplina jurídica nos da la idea de la división del derecho objetivo o normativo en dos ideas preceptivas, la sustantiva y la adjetiva; la primera que se encarga de enunciar, definir y precisar las instituciones y figuras jurídicas con las facultades y deberes que ellas entrañan; mientras que la segunda se encarga de regular los trámites, procedimientos y procesos legales mediante los cuales se ejercen las facultades y se hace valer el cumplimiento de las obligaciones humanas ya señaladas en la norma sustantiva. Por lo tanto, primero se presenta la regulación material (sustantiva) y luego la regulación formal (adjetiva).

La justificación del abordaje de esta comparación científica estriba en la necesidad de saber contextualizar a la Economía en esta entrega, la cual se puede comprender como el conjunto de conocimientos que ayudan a las personas a optimizar los recursos de que disponen, con el objeto de mejorar su nivel de vida sabiendo resolver los compromisos con el mismo bagaje de medios.

La materia procesal en el ámbito civil, contiene una serie de medios con los cuales se imparte justicia en Michoacán (y en cualquier lugar del País), como lo son la existencia de trámites y de litigios en donde actúa el juzgador para otorgar autorizaciones o para resolver controversias jurídicas, tal es el caso de los juicios civiles Ordinario, Sumario –con sus modalidades del Ejecutivo, Hipotecario, Desahucio, Interdicto y Rescisión- y Sumarísimo, este último motivo de esta exposición.

Con estos procesos emerge el principio de la Economía Procesal, destinado a la optimización de las herramientas y de los medios, a fin de agilizar el decurso o prosecución de la contienda, al desahogar las etapas procesales con todo el profesionalismo y

⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Op. cit., p. 131.

⁷ OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*, 9ª ed., 5ª reimpr., Óxford, México, 2006, p. 8.



responsabilidad de la autoridad judicial competente y de las partes implicadas en el litigio al recurrir a la sencillez en la forma.

De los juicios civiles ya citados, sólo uno de ellos sí puede cumplir plenamente con el cometido social de optimizar los medios para obtener una justicia realmente pronta y expedita, el Juicio Sumarísimo Civil, consagrado por el artículo 629 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán, dispositivo que concentra en una sola audiencia la solución de un litigio principal, atributo de que no gozan los demás juicios civiles, mismos que tienen fragmentado su trámite en etapas procesales de desahogo en tiempos sucesivamente diferidos entre sí.

En obsequio a ello, el Juicio Sumarísimo Civil es un vivo ejemplo de real economía procesal, siendo aquí el punto de encuentro entre el Derecho y la Economía, motivo de estudio de este evento académico que nos congrega en lo general, armonizándose el estudio de ambas ciencias sociales o culturales, cuya finalidad estriba en mejorar la calidad de vida de las personas; pro ende, ¿cómo entonces ambas ciencias sociales contribuyen con su objeto de estudio y con su futuro propio a la mejora continua de la calidad y nivel de vida en los seres humanos?

El Derecho tiene entonces el deber indubitable de regular la conducta de las personas en su convivencia gregaria o en sociedad, nunca en la soledad, de ahí que la vida humana mejora de su calidad con la civilización de la sociedad, a efecto de ir despejando las manifestaciones de salvajismo y de barbarie.

La Economía contribuye por su parte a una mejoría de la vida humana al ser la maestra optimizadora de los recursos, herramientas, instrumentos o medios que dispone el ser humano para encaminarse a un consumo racional e inteligente con la necesaria sustentabilidad, así entonces se mide el nivel de inteligencia de los seres humanos en el adecuado manejo de los recursos materiales bajo su dominio.

Al conjugar ambos cometidos científicos al interrelacionándolos, nos permitimos ir especificando el propósito de cumplir en esta disertación con el ejemplo de Transformación del Derecho en este Siglo XXI que, en el ámbito procesal civil, ello reporta relación con la optimización o ahorro de los medios que el poder político debe disponer para el desarrollo racional de la actividad jurisdiccional.

Pasamos entonces a la especificidad que nos obliga a constatar la aplicación de la Economía en el campo limitativo del derecho procesal civil, al referirnos, hacia el aspecto de la economía procesal, como apoyo en la agilización más sana del trámite judicial de las contiendas civiles.

- III -

En la división del estudio del Derecho en las ramas pública, privada y social, resalta para esta entrega la pública, misma que estudia a su vez las relaciones entre personas en un plano jerarquizante que las ubica en una notable desigualdad, en donde una de ellas ejerce una facultad de autoridad por encima de la otra (o de las otras). Por su parte, en la Economía hay relaciones entre los factores de la producción que generan los satisfactores

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



humanos para la mejora continua del nivel e vida de las personas, estableciéndose una correlación de fuerzas en base a la oferta y a la demanda; siendo ello un ejemplo, la fijación de los precios comerciales al consumidor.

Dentro del Derecho Público se ubica el Derecho Procesal, en donde una persona ejercita sus atribuciones de autorizar al juzgar, mientras que otras se someten a su superior decisión, resolviéndose así las situaciones de hecho contrarias a derecho; pro lo que ya en el ámbito civil nos ubicamos con personas contenidas en un plano de igualdad que someten la controversia de sus intereses particulares a la jurisdicción de un órgano de justicia específico, el cual es puesto a trabajar para finalmente resolver la contienda judicial.

La materia procesal civil es dable para detallar la manera de presentar los elementos necesarios par el ejercicio económico de la función jurisdiccional, desde la demanda, el emplazamiento, la contestación, la conciliación, las pruebas los alegatos y hasta llegar a la sentencia, sin dejars de lado las incidencias que pueden hasta suspender el proceso principal, así como los recursos como al apelación que abren la Alzada, como segunda instancia procesal para que entonces resuelva el magistrado superior.

Todos estos actos procesales tienen relación con la Economía, al convertirse en los medios indispensables y satisfactores para lograr la solución a los problemas legales sin la necesidad de recurrir en el uso irracional de la violencia.

Así como la Economía tiene los satisfactores para mejorar la calidad de vida de las personas, el Derecho Procesal cuenta con las herramientas para que los ciudadanos demuestren sus pretensiones judiciales y logren la satisfacción a su derecho conculcado o violentado.

Dentro de esta disciplina del Derecho Enjuiciatorio emerge la expresión Economía Procesal, instrumento que genera la necesidad de optimizar los medios o herramientas para la procuración de la justicia y para su impartición jurisdiccional; lo anterior, habida cuenta de que en la elaboración y en el desahogo de los medios procesales se exige la optimización para darle sencillez en la forma y no burocratizar la emisión de cualquier acto procesal.

A un análisis simple de los juicios civiles Ordinario y Sumario, existen etapas procesales que cuentan con elementos o medios, los cuales tardan lapsos necesariamente sucesivos para irse consumando en la paulatina materialización del litigio judicial⁸; el desarrollo de cada etapa implica la emisión de cada uno de los actos legales que los integran, lo que en sí permite la oportunidad de optimizar las herramientas para hacerlos más sencillos en su emisión y en su acatamiento ciudadano.

Sí es cierto que la Economía Procesal es el elemento simplificador por excelencia de los actos procesales, por lo que no hay duda de su creciente implementación por las mismas autoridades, a efecto de “evitar repeticiones inútiles que a nada práctico conducen”, frase ésta que a su vez ocupa los juzgadores al dictar sus sentencias civiles⁹, en los caos de mayor conflicto litigioso que provocan la abundancia resolutive al multiplicarse los puntos de disenso.

⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho procesal civil*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 85.

⁹ <http://www.tribunalmmm.gob.mx/>



Dejados de lado los juicios ordinarios y sumarios civiles, hay un litigio que es el Juicio Sumarísimo Civil, el cual se convierte en un baluarte de la Economía Procesal en todo su esplendor, porque si bien es cierto que la economía procesal puede permitir la fluidez al desahogo de cada una de las etapas probatorias de los dos primeros conflictos civiles, aunque estén separados para su desarrollo sucesivo en lapsos bien definidos, también lo es que la economía procesal en el Juicio Sumarísimo Civil se da con toda claridad, al existir una audiencia concentradora de las etapas postulatoria, probatoria y conclusiva; esto último se constituirá en una gran transformación jurídica del siglo XXI, si las autoridades legislativas le den un lugar de la misma jerarquía de que gozan el litigio ordinario y el sumario.

Si para los juicios civiles citados la economía procesal se traduce en la agilización de cada una de las etapas y de sus respectivos actos procesales, para el Juicio Sumarísimo Civil la economía procesal se traduce en la capacidad de abreviar en lo más mínimo el tiempo para resolver un conflicto judicial en lo principal.

- IV -

Analicemos conceptualmente la aparición de la economía procesal en los juicios civiles en lo particular.

Los juicios ordinarios y sumarios civiles comparten en común estas etapas con las siguientes actuaciones judiciales, sin perjuicio de los lapsos que cada uno de ellos tiene reservado: postulatoria, conciliatoria, probatoria, conclusiva y resolutoria. Solo centrándonos hacia la primera instancia, sin extralimitarnos hacia un estudio hacia la instancia de azada ni hacia la justicia de amparo.

Durante la etapa postulatoria, la economía procesal se manifiesta con el principio de la sencillez en la forma; esto es, con la emisión de la demanda¹⁰ inicial se insiste por los estudiosos de la clínica forense que los abogados litigantes redacten sin complicaciones los hechos con los que se pretende justificar la procedencia de las prestaciones que se exigen.

Otro acto judicial lo es la contestación de la demanda, en donde se ha sugerido brevedad en la respuesta a las prestaciones, a los hechos y a las consideraciones de derecho, así también se recomienda una precisa argumentación de las excepciones y de las defensas sin recurrir a los excesos verborreicos.

En conclusión, esta etapa puede manifestar economía con escasas páginas en la redacción de la demanda y en su contestación, sin perjuicio de la posibilidad de contrademandar en la vía de reconvencción o en la vía de la compensación. Aquí la economía se traduce concretamente en redactar ambos escritos postulatorios con menos hojas y utilizando ambas caras, así los jueces emiten sus autos extensos al ocupar los dos lados de las fojas útiles que se glosan al expediente del proceso civil.

La etapa conciliatoria, transformación del derecho procesal civil en esta centuria en curso por ser convertida en obligatoria dentro de los conflictos civiles ordinario y sumario,

¹⁰ CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho procesal civil*, Biblioteca de Derecho Procesal Civil vol. 1, 1ª ed., Oxford, México, 2000, p. 57.



consiste en la realización de una audiencia en la cual el juez conmina a los contendientes a dialogar para ver la posibilidad de lograr un acuerdo pacífico y amistoso. En caso de llegar a dicho acuerdo, en el acta judicial de la audiencia se redacta un convenio que se convierte en sentencia ejecutoriada, finiquitando para siempre el juicio entablado; es entonces que aquí la Economía hace gala de su aparición en los juicios ordinario y sumario, al concluir prematuramente esos litigios con la redacción y firma del convenio conciliatorio.

Otra manera de hacer prevalecer la Economía dentro de esta etapa de la conciliación, consiste en que la audiencia no debe diferirse tanto, como ocurre en la clínica forense de la litispericia, promoviendo incidente de justas causas para evitar la multa y solicitar nueva fecha para la audiencia a la que no se asistió; ello podrá hacer camppear a la Economía mediante alguna reforma procesal que pudiera hacerse al texto legislativo respectivo del Código Adjetivo Civil de Michoacán, a efecto de tornarla en indiferible y en aplicar con eficacia normativa la imposición inapelable de la multa a la parte ausente, además de permitir asistir a la audiencia conciliatoria a los abogados apoderados, para no atar inexorablemente a los litigantes originarios a acudir al juzgado.

En la etapa probatoria, el principio de economía procesal emerge cuando hay sencillez en la forma para el ofrecimiento y para el desahogo de los medios de convicción que se allegan al juez para producirle los parámetros de creencia personal y profesional sobre la procedencia o no de las pretensiones. Como una forma eficaz de hacer cumplir este principio consiste en reducir el término probatorio y darlo anticipadamente concluido por acuerdo de las partes, si ellas no tuvieren más pruebas que ofrendar a la autoridad judicial.

En este periodo procesal que es de índole dilatoria, puede hacerse valer la economía fragmentándola en dos fases perentorias; la primera, dedicada al ofrecimiento de probanzas, mientras que la segunda, al desahogo de las probaturas, tal y como se previene en la legislación procesal civil federal y del Distrito Federal, así se propone la Iniciativa de Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo¹¹ presentada el 13 de marzo del 2007 por el Jefe del Ejecutivo de Michoacán al H. Congreso Local; así entonces se propiciará una mayor disciplina profesional de los abogados patrocinadores que litigan los intereses ciudadanos, para prevenirse a obtener oportunamente los medios de convicción y hacer su ofrecimiento en tiempo y en forma legales.

En la etapa conclusiva, los alegatos pueden allegarse de economía procesal cuando se expresen de manera lógica y sistemática, al saber relacionar lo razonado con las pretensiones exigidas y con lo probado en autos del conflicto judicial. Desgraciadamente eso no se efectúa en la mayoría de las veces, al desgarrarse la argumentación hacia el sólo desahogo de las pruebas y sobre la exigencia de que se les otorgue un valor probatorio determinado; eso es producto de la verborrea que a nada práctico conduce, provocando con justa razón que los jueces desatiendan el documento escrito y sólo quede glosado como un antecedente procesal más en el expediente del litigio jurisdiccional, por lo tanto, no

¹¹ H. CONGRASO DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO. *Gaceta parlamentaria, mejores leyes, mayores oportunidades*, Vol. VII, N° 99, Departamento de Asuntos Editoriales, Morelia, Michoacán, México, 15 de marzo del 2007, pp. 69-70.



debemos quejarnos como litigantes de que nuestros alegatos en juicio no fueren considerados por el juez de la causa civil respectiva, cuando luego expresemos los agravios en el recurso de apelación que eventualmente interpongamos contra la sentencia definitiva.

Una manera de hacer valer la economía por los legisladores consistió en las reformas al periodo de alegatos, siendo reducido en el juicio ordinario de diez días (los primeros cinco al actor y los cinco subsecuentes al reo) a sólo tres días comunes; mientras que el juicio sumario se redujo de cinco días comunes a sólo dos; dichas modificaciones abrevian más a ambas contiendas judiciales civiles, ara el beneficio de los mismos litigantes que reclaman una marcha más ágil de los juicios.

En la etapa resolutive, la Sentencia Definitiva no puede ser breve porque se contradice el mandato constitucional de fundar y motivar las resoluciones judiciales; pero la economía emerge cuando el impartidor de justicia puede evitar transcripciones o repeticiones inútiles de citas y que no conduzcan a una sana práctica forense, a eso se le hace llamar como sencillez en la forma para resolver.

En el texto obligatorio del documento de la Sentencia Definitiva, hay reglas legales que hacen valer la economía, porque la redacción debe ser clara y concisa, ordenando al juez a no crear confusiones ni contradicciones en lo que se resuelve. Las partes capitulares de la sentencia están silogísticamente diseñadas para resolver un conflicto particular al aplicar la norma jurídica general, los Resultandos que reseñan el trámite del proceso civil, se convierte en la Enunciación o premisa menor (“el hombre es mortal”); siguiendo los Considerandos que tratan de la actividad judicial central de fundar y motivar la solución al conflicto, por eso consisten en el corazón de la sentencia, al ser la Argumentación o premisa menor (“si Sócrates es hombre”); finalmente, los Puntos Resolutivos¹² que resumen en nuevos juicios que prevalecerán para la solución final de la contienda jurisdiccional, traducidos en la Conclusión (“por lo tanto, Sócrates es mortal”) del litigio en donde el juzgador emite las normas jurídicas individualizadas para ser acatadas por los contendientes.

- V -

El Juicio Sumarísimo Civil, es un auténtico ejemplo de Economía.

Esta tesis la podemos demostrar a través de este análisis especial, partiendo desde la esencia conceptual de este litigio, para luego desembocar con la tramitación abreviada de esta contienda judicial.

Iniciemos con su esencia conceptual, porque al ser un juicio consiste en convertirse en una controversia legal que dirime los intereses de los particulares encontrados, reclamándose la intervención de un juez que funge como autoridad superior.

¹² Hay jueces que también los hacen llamar Propositiones, tal es el caso de la C. Juez Primero Familiar de Morelia, Michoacán, cuando redacta la parte concluyente de sus sentencias. <http://www.tribunalmmm.gob.mx/> Vid. Sentencia Definitiva, Juicio Ordinario Civil sobre Divorcio Necesario, 10 de mayo de 1999, Juzgado 1º Familiar.



Dentro de la naturaleza conceptual de este litigio, a al luz de al confrontación de las ideas de figura y de institución, este tipo de juicio civil se ubica como una figura, por consistir en un concepto estatuido en un solo artículo, el 629¹³ del Código Adjetivo Civil de Michoacán, careciendo entonces de una normativización especializada en un capítulo o en un título en el texto de dicho cuerpo legislativo.

Lo anterior, al retomar la esencia de los conceptos jurídicos fundamentales, referidos a la hipótesis legislativa del supuesto, a la conducta consecuyente, a la posibilidad de ser, a la subjetivización, a la objetivización y a la relación genérica de enlace interconceptual; dado ello por la situación de que su ubicación legislativa y a su manera preceptivamente textual de regulación nos resulta ser una figura; escenario distinto gozan los juicios ordinario y sumario, al verse regulados de manera concentrada y específica en títulos completos cada uno, reportándose como instituciones.

El Juicio Sumarísimo Civil halla constreñida su regulación dentro del capítulo relativo al trámite genérico del juicio sumario, siendo entonces considerado como una mera modalidad de juicio sumario, quitándole preceptivamente el carácter de especialidad y de autonomía conceptual que debería guardar; lo anterior se opone a la actual práctica y clínica procesal forense que le empieza a manifestar una nueva importancia práctica judicial, al tener un espacio clasificatorio de archivos en cada juzgado civil y familiar.

La Economía se manifiesta en todo su esplendor en el trámite del Juicio Sumarísimo Civil, debido al aglutinamiento armónico de las etapas procesales (contestación de demanda, pruebas y sentencia) en una audiencia judicial, convirtiéndolas en meras fases en la actuación litigiosa, sin la necesidad de desahogarse en periodos sucesivos de tiempo.

Analizando paulatinamente la aparición de la Economía en el Juicio Sumarísimo Civil, iniciamos con el acto judicial de la admisión de demanda, porque en él se debe ya señalar día y hora hábiles de despacho para la celebración de la audiencia, propiciando una aceleración especial del emplazamiento al demandado o reo.

Por otra parte, el artículo 629 del Código Instrumental Civil de Michoacán da la orden a los funcionarios judiciales para agilizar la citación para la celebración de la audiencia, en tres días si son asuntos familiares o en cinco días en otros temas, apareciendo otra vez la Economía en este litigio.

Durante la celebración de la audiencia judicial, existen estos actos jurídicos procesales: se contesta la demanda; se ofrecen, se admiten y se desahogan las pruebas; se debe dictar la Sentencia, a través de una resolución concisa o breve; amén de resolverse los incidentes en el acto sin substanciar artículo que suspenda la audiencia; aunque el numeral en comento no previene la aparición de alegatos, hay jueces civiles y familiares que sí permiten a las partes argumentar sus alegatos, mientras que hay juzgadores que se resisten a recibirlos, por así no contemplarlo textualmente la legislación vigente.

Es determinante para la aparición legislativa de una mayor Economía en este proceso judicial, que los jueces desarrollen una cultura de simplificación y sencillez en la forma, al exhortar a las partes a presentar la contestación de la demanda, el ofrecimiento de

¹³ También regulado por el artículo 456 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.



sus pruebas y sus respectivos alegatos por escrito, para solamente proceder a ratificar su contenido y forma durante la audiencia, para evitar alargar la celebración de ella por un mayor tiempo.

Finalmente, es meritorio reflexionar sobre el mandato legislativo que consagra Economía, a efecto de que el juzgador emita su Sentencia Definitiva mediante resolución concisa con la que se cierre el acta de la Audiencia. La práctica forense es contraria a dicho mandato, debido a que los funcionarios jurisdiccionales se basan en la seguridad jurídica de la motivación y fundamentación que ordena la Constitución Nacional vigente para las resoluciones judiciales, además de temer que los litigantes y sus apoderados que no sean beneficiados por la resolución se nieguen a firmar el documento público del acta judicial.

Este escenario de retardo en la dición de la Sentencia Definitiva del Juicio Sumarísimo Civil rompe con la Economía, al no hacerse conforme lo mandata el Código Adjetivo Civil Local vigente, pero sí deberá procurarse que la emisión de este máximo acto judicial concluyente se haga al día siguiente al cierre de la Audiencia, cuando menos, y así se garantiza la agilidad judicial que tiene a la Economía como esencia por excelencia este litigio civil.

Finalmente, es de citar que el día 13 de marzo del 2007, el Gobernador de Michoacán presentó al Congreso del Estado una Iniciativa de Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, el cual contiene dos libros, el primero que regula al régimen sustantivo o material del Derecho Familiar, mientras que el segundo, regula al régimen adjetivo o procesal relativo a los procedimientos familiares.

Dentro del título sexto 'de los juicios del orden familiar' se ubican en la misma jerarquía los juicios ordinario, sumario y sumarísimo, proponiéndose regular al Juicio Sumarísimo Familiar en un capítulo III del mismo nombre que se contenga de los artículos 923 al 932¹⁴ de mismo cuerpo normativo en proyecto, bajo la discusión de las comisiones legislativas de la Máxima Tribunal de Michoacán; se propone la apertura de tres asuntos tramitables, como la rectificación de actas del Registro Civil, las disputas entre cónyuges y los conflictos sobre custodia y convivencia familiar. Así ya se puede satisfacer en parte el reclamo de ubicar al Juicio Sumarísimo en la misma jerarquía normativa de institución, como la tienen el juicio ordinario y el sumario.

Ante esta situación, ahora nuestra atención se refina hacia dos legislaciones michoacanas, la Procesal Civil y la Familiar; para que en la primera, se eleve de categoría conceptual al Juicio Sumarísimo Civil, para convertirlo en institución; mientras que en lo tocante al Código Familiar en ciernes, también aplicable hacia alguna eventual reforma a futuro al Código de Procedimientos Civiles del Estado, para que se haga valer el principio de economía, a efecto de que se establezcan las medidas de agilidad procesal para que los jueces exhorten a los litigantes para que por escrito presenten su contestación de demanda, su incidente y se fije fecha de la audiencia incidental en tres días en donde se exhorta a que por escrito se conteste, para que no haya mayor tiempo de suspensión para la principal;

¹⁴ H. CONGRESO DEL ESTADO. Op. cit., p. 70.



además de que se ofrezcan las pruebas en la demanda y solamente se ratifique su ofrecimiento en la audiencia principal.

Esperando también que las comisiones legislativas revisoras de la Iniciativa de Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, puedan particularmente analizar esta entrega para que les sirva de una sugerencia más y puedan enriquecer mejor el texto normativo que propone el Ejecutivo Local, salvo la mejor opinión de los asesores jurídicos con que cuentan.

- VI -

Por lo anteriormente expuesto, y con base en lo prevenido en esta disertación por nuestra parte, son de presentarse las siguientes Conclusiones:

PRIMERA. El Derecho ha tenido transformaciones en este nuevo siglo, siendo testigos activos del conjunto de modificaciones hacia varias disposiciones, conceptos e instituciones, con las adiciones de nuevas instituciones con una regulación concentrada, así como con la reducción de plazos en los trámites judiciales y con la incorporación de la nueva etapa conciliatoria como obligatoria.

SEGUNDA. El Juicio Sumarísimo Civil es el baluarte de economía dentro del derecho procesal civil, puesto que la idea de sumariedad consiste en optimizar las herramientas, los instrumentos y los medios judiciales para acelerar la impartición de justicia, para volverla efectivamente pronta y expedita, como lo ordena el mandato constitucional del numeral 17.

TERCERA. El principio de la Economía Procesal, consiste en la optimización de las herramientas y de los medios, a fin de agilizar el decurso o prosecución judicial de la justicia, al desahogar las etapas procesales con todo el profesionalismo y responsabilidad de la autoridad judicial competente y de las partes implicadas en el litigio al recurrir a la sencillez en la forma.

CUARTA. El Juicio Sumarísimo Civil sí puede cumplir plenamente con el cometido social de optimizar los medios para obtener una justicia realmente pronta y expedita; consagrado por el artículo 629 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán, dispositivo que concentra en una sola audiencia la solución de un litigio principal, atributo de que no gozan los demás juicios civiles, mismos que tienen fragmentado su trámite en etapas procesales de desahogo en tiempos sucesivamente diferidos entre sí.

QUINTA. La Economía se manifiesta en todo su esplendor en el trámite del Juicio Sumarísimo Civil, debido al aglutinamiento armónico de las etapas procesales (contestación redemanda, pruebas y sentencia) en una audiencia judicial, convirtiéndolas en meras fases en la actuación litigiosa, sin la necesidad de desahogarse en periodos sucesivos de tiempo.

SEXTA. Es determinante para la aparición legislativa de una mayor Economía en este proceso judicial, que los jueces desarrollen una cultura de simplificación y sencillez en la forma, al exhortar a las partes a presentar la contestación de la demanda, el ofrecimiento



de sus pruebas y sus respectivos alegatos por escrito, para solamente proceder a ratificar su contenido y forma durante la audiencia, para evitar alargar la celebración de ella por un mayor tiempo.

SÉPTIMA. El día 13 de marzo del 2007, el Gobernador de Michoacán presentó al Congreso del Estado una Iniciativa de Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, que en cuyos artículos 923 al 932, lo regula de manera más metódica y propone la apertura de tres asuntos tramitables, como la rectificación de actas del Registro Civil, las disputas entre cónyuges y los conflictos sobre custodia y convivencia familiar.

OCTAVA. Esperemos que las comisiones legislativas también analicen esta exposición para que les sirva como una simple sugerencia, para enriquecer mejor el dictamen de Código Familiar que llegue a aprobar el H. Congreso del Estado; lo importante es apoyar al pueblo que en su número mayoritario de individuos necesita que se agilice la solución a sus problemas judiciales y desoír las voces siempre minoritarias de los abogados litigantes que están interesados en que desaparezcan los juicios sumarios y sumarísimos, como ya ocurrió en Durango, entidad en donde sólo existen los juicios ordinarios civiles.

- VII -

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho procesal civil*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003, 662 pp.

Código Civil para el Estado de Michoacán.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONTRERAS VACA, Francisco José. *Derecho procesal civil*, Biblioteca de Derecho Procesal Civil vol. 1, 1ª ed., Óxford, México, 2000, 299 pp. ill.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., Porrúa, México, 1986, 444 pp.

OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*, 9ª ed., 5ª reimpr., Óxford, México, 2006, 469 pp. ill.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*, 19ª ed., Porrúa, México, 1990, 901 pp.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981, 1439 pp.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*, 10ª ed., Porrúa, México, 1993, 360 pp.

HEMEROGRAFÍA

CAMBIO DE MICHOACÁN. Año XIII, número 4297, Morelia, Michoacán, 26 de agosto del 2004.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



H. CONGRESO DEL ESTADO. *Gaceta parlamentaria, mejores leyes, mayores oportunidades*, Vol. VII, N° 99, Departamento de Asuntos Editoriales, Morelia, Michoacán, México, 15 de marzo del 2007.

LA JORNADA MICHOACÁN. Año 1, número 129, Morelia, Michoacán, 26 de agosto del 2004.

LA VOZ DE MICHOACÁN, La voz del pueblo hecha periódico. Sección A, año LVI, número 18,537, Morelia, Michoacán, 26 de agosto del 2004.

Periódico Oficial del Estado. Tercera Sección, número 69, tomo CXXV, Morelia, Michoacán, 19 de abril del 2001.

Periódico Oficial del Estado. Segunda Sección, número 65, tomo CXXX, Morelia, Michoacán, 07 de abril del 2003.

Periódico Oficial del Estado. Tercera Sección, número 48, tomo CXXXIV, Morelia, Michoacán, 22 de septiembre del 2004.

PROVINCIA, El diario grande de Michoacán. Sección A, año 3, número 840, Morelia, Michoacán, 26 de agosto del 2004.

CIBERGRAFÍA

<http://suv.in.cedumich.org.mx/suvin2/>

http://www.michoacan.gob.mx/noticias/p_oficial/upload/ter-4804.pdf

<http://www.themis.umich.mx/facultad/>

<http://www.tribunalmmm.gob.mx/>

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Derecho y economía: una relación de siempre

Héctor Chávez Gutiérrez

Problema de enorme trascendencia social ha sido durante la historia de la humanidad, el reto que se ha planteado para resolver la difícil relación entre el reparto y administración de bienes en la sociedad.

Desde que el hombre se organiza en sociedad surge el problema del abasto de los alimentos, así como del creciente número de satisfactores que todo grupo humano va requiriendo conforme se van diversificando sus necesidades.

Pero aunado al problema de los abastos, surge el de la normatividad para la regulación de precios; aparece la necesidad de establecer reglas que normen el intercambio, que forzosamente aparece en el proceso de producción, entre los que tienen y los que no tienen. Las normas que surgen durante este proceso tratan de hacer que la actividad económica no se desborde de manera salvaje; al contrario, la aparición de la legislación de tipo económico desde las sociedades más antiguas, algunas de estas de carácter mercantilista, como fueron los fenicios, fue un reflejo de la necesidad creciente de poner diques y reglas al comercio, pues esta actividad solo podía y puede llevarse a cabo, con reglas que den garantías a los comerciantes de que su inversión tiene un mínimo de protección que le permitirán enfrentar la adversidad de deudores morosos, amenaza siempre presente para los dedicados a las actividades que tiene que ver con el intercambio de los productos.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Es desde muy temprano que se empieza a forjar un nexo muy estrecho entre la economía y el derecho.

Derecho y economía, una visión a través de la literatura.

La percepción de que existe un vínculo entre estas disciplinas a llevado a que incluso la lucha por el control de los bienes a través del derecho haya sido revisada en la novela; cualquiera que haya tendido el interés de acercarse a la extensa y rica obra del escritor Honorato de Balzac, compuesta por un rico conjunto de novelas agrupadas bajo el nombre genérico de *La Comedia Humana*, se habrán dado cuenta que uno de los rasgos característico de las obras de este autor francés, es la permanente y constante lucha de sus personajes para enfrentar problemas de carácter legal y la constante angustia que deben pasar y sufrir en su afán de obtener riqueza, de tratar de retenerla y de evitar que se les escape.

En la obra balzaquiana son recurrentes los contratos, las sesiones de bienes, las herencias, los préstamos, los intereses asfixiantes, las dotes matrimoniales, los socios comerciales que se aprovechan los unos y los otros; es el mundo de las hipotecas y de los créditos vencidos; la casa de empeño es un lugar común en el ambiente de la comedia humana; donde se hecha mano a los bienes, para malbaratarlos y seguir conservando el estatus social que los personajes protagonistas de la obra de Balzac luchan por mantener.

El buen o mal manejo económico de los personajes de Honorato les da o resta poder; les permite mantener sus familias legales y las adicionales, elemento por demás común en este conjunto de novelas; hace que los actores puedan lucir levitas nuevas o en su caso gastadas, con codos parchados que dan muestra de la acomodada o precaria situación social de sus dueños, según sea el caso; la posesión de capitales permite mantener el boato de los carros de caballos y ofrecer fiestas y recepciones a nobles y personas de sociedad, en donde un requisito para pertenecer a esos grupos cerrados es tener una renta que les permita

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



mantenerse alejados de los trabajos físicos, que aún en el siglo XIX, en pleno apogeo de la burguesía, son vistos de forma denigrante por la cada vez menos influyente nobleza. Con esas descripciones puede tenerse a Honorato de Balzac como el actor precursor de la novela de corte predominantemente económico.

Y aunque el conjunto de la obra de Balzac- como ya se ha dicho- lleva el nombre de *La Comedia Humana*, sería más preciso que su autor la denominara la Tragedia Humana; si hay algún rasgo que cruza las novelas que componen el trabajo de este autor de origen francés, es la permanente lucha que sus personajes deben de enfrentar entre su escasez económica y sus irrefrenables deseos de llevar una vida con lujos.

Junto al drama que conlleva la presencia del factor económico, aparece a su vez el actor que debe de intervenir cuando los personajes se ven imposibilitados de cumplir con el pago de sus deudas o cuando deben testar sus bienes: el abogado o el juez, quienes son finalmente los representantes del derecho en las encrucijadas sociales que se construyen a partir de las novelas.

Son los buenos abogados quienes logran, mediante el manejo del derecho, resolverlos problemas de sus clientes; o al contrario, en las obras parecen litigantes, que aprovechándose del desconocimiento de las normas jurídicas por parte de sus clientes, quienes logran amasar su fortuna, afectando la economía de sus clientes.

En el mundo balzaquiano, las fronteras entre la economía y el derecho son tenues, se cruzan de forma constante, sin que los límites entre una ciencia y otra sean claros o nítidos.

Pero el problema de la permanente relación entre el derecho y la economía no es una situación que sea exclusivo de la literatura; la realidad resulta más compleja y enredada que la ficción misma.



Derecho y economía, una vista desde la ciencia.

El problema de la subsistencia, es un caso que entra en lo que tiene que ver con como hace el hombre para hacer que los bienes que hay se repartan y si estos era de forma equitativa o de determinación de cómo le toca a cada quien su parte.

Ha sido una situación que desde la aparición del hombre, este ha tenido que lidiar con la forma en que esto sea menos injusto o de dar la imagen de que es justo, que evidentemente no es lo mismo.

La presente conferencia magistral se ha venido construyendo a partir de las reflexiones del autor, producto de su trabajo cotidiano, desarrollado durante algunos años en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; particularmente por las experiencias adquiridas durante distintos ciclos escolares, en que estuvo impartiendo la asignatura de Historia del Pensamiento Económico, lo que sirvió para que aprovechando la vivencia con los estudiantes, ir formando una visión de lo que estos tienen en mente cuando se deben enfrentar en una facultad forjadora de abogados, con ciencias como la historia, la filosofía y la misma economía, que al parecer de los escolapios, no encaja con lo que ellos tienen contemplado al lograr ingresar a cursar los estudios de licenciatura.

Por otra parte, las reflexiones también se de una postura que pretende esta alejada de dogmas académicos, ya que la misma experiencia del sustentate, deambulando durante todo sus proceso formativo por diversas facultades y universidades, en distintos puntos del país, han hecho que se tenga una visión de la ciencia social, como un todo, con fragmentaciones más artificiales y practicas, que reales de lo que es la producción científica.

Con el paulatino desarrollo de la ciencia, una de las actividades del ser humano se concentró en facilitar la captura de las creaciones del conocimiento que fue desarrollando conforme su campo sabiduría se expandió.

Para entender la relación que puede existir entre el derecho y la economía, debemos explicarnos en primer término la que se da entre las diferentes ciencias sociales, en el

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



supuesto caso de que haya varias, pues no falta la tendencia a sostener la unicidad de las disciplinas centradas en el quehacer del hombre, y que bajo este argumento solamente se secciona para fines prácticos, como es su comprensión o su trabajo; el desarrollo de la ciencia fue siendo cada vez más difícil de captar en su totalidad por la mente humana.¹

En lo que tiene que ver en la relación entre el Derecho y la Economía, Jesús Antonio Bejarano ha dicho que:

“En las últimas tres décadas, las relaciones entre el derecho y la economía se han ampliado desde lo que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no solo a redefinir los fundamentos del estudio del derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica”.²

En la antigua Grecia las ciencias actuales se reunían en una gran ciencia madre: la filosofía. Como ya hemos adelantado, a medida que los pensadores fueron profundizando en ciertos temas, aparecieron paulatinamente las ciencias independientes. Los filósofos griegos fundamentalmente estaban interesados en temas como la justicia y la felicidad. Es por este motivo que sus principales escritos estuvieran relacionados con problemas de moral, justicia, y sistemas políticos. Pero también reflexionaban acerca de otras áreas, como lo fueron la física, historia, astronomía, retórica, etc. La ciencia económica es un desprendimiento del derecho y el derecho de la filosofía. Las primeras reflexiones sobre aspectos económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia.

¹.= Sobre esto llama la atención, como algunas instituciones plantean su oferta académica enviando el mensaje de la unicidad de la ciencia social, dividida solamente en campos de conocimiento, pero que a final de cuentas forman parte de un todo, que lleva a entender que la fragmentación del conocimiento solo se hace con fines prácticos. Es el caso de El Colegio de México, en donde algunos de sus programas académicos dan cuenta de esta postura epistemológica, al tener un Doctorado en Ciencia Social, con especialidad en Sociología o en el pasado haber tenido otra, con una orientación diferente, pero que también daba cuenta de esa visión sobre el conocimiento, como lo fue la oferta de estudios denominada Doctorado en Ciencia Social, con especialidad en Estadística

².- Bejarano, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Así, por ejemplo, los filósofos griegos se preguntaron sobre temas que más adelante desarrollaría una ciencia económica más avanzada, como cuál era el "precio justo" de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio.

También se cuestionaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Para dar respuesta a estas cuestiones incursionaron en el tema de la moneda, reflexionando acerca de su naturaleza y funciones.

Como podemos observar el derecho y la economía son ciencias totalmente concomitantes, razón por la cual nuestra investigación y análisis, plasmado en el presente trabajo escrito, está enfocado hacia la comprobación de la relación que existe entre Derecho y Economía.

Durante la edad media la separación entre las disciplinas del hombre no fue una preocupación que estuviera en el debate de los hombres (en realidad casi ningún tema que no tuviera que ver con Dios era tema de debate e interés); de hecho las carreras que se estudiaban en varias universidades, particularmente las de tradición española, eran muy reducidas, de forma tal que incluso las pocas que se podían cursar tenían ejes rectores que hacían que estas dieran la forma de ser solamente una, como en la antigüedad, cuando impero la filosofía, solo que en el medioevo, fue la teología la ciencia dominante.

En las Universidades las carreras disponibles fueron en ese tiempo Derecho teológico, teología y filosofía, entendiendo que esta última tenía un enfoque orientado hacia la misma religión, que era el eje rector del conocimiento; a la par de las anteriores y un tanto despegada, se encontraba la carrera de medicina, que como sabemos, su fuente de aplicación es en los cuerpos humanos, la base de su estudio forma principalmente parte de las ciencias naturales.

De lo anterior debemos desprender que en el inicio del desarrollo de la ciencia la separación de las ciencias era algo que no estaba presente.

Un buen ejemplo de esta afirmación lo encontramos en el italiano Leonardo Da Vinci, que goza de fama universal de haber sido un hombre con un bagaje cultural enorme y que es

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



objeto de admiración actualmente por la riqueza de los campos del saber que llegó a manejar.

Pero cada situación debe de estudiarse en su adecuado contexto para no perder la dimensión de las cosas; efectivamente, Leonardo fue un hombre de amplísimos conocimientos, pero el mismo desarrollo académico de esa época facilitaba las cosas, la riqueza de conocimiento no tenía los desarrollos y los alcances de hoy día.

Por otra parte, una tendencia muy fuerte en el siglo XX y XXI, ha sido el especial acento que se ha puesto en la especialización, lo que ha hecho que el conocimiento y la ciencia en concreto, se fragmente en campos, parcelas, que forma sus propios especialistas, en muchas ocasiones con escaso interés de que se de el dialogo académico entre las ciencias que se encargan del saber humano.

La unicidad científica, que impero en la antigüedad y la edad media, se rompió con el advenimiento de la Ilustración y la explosión de la ciencia, que hizo que con nuevos inventos, y descubrimientos, la riqueza de la científica fuera una constante desde entonces y con el paso del tiempo ha seguido creciendo y día a día parecen nuevas disciplinas.

De esa forma han cada vez encontramos cada vez más ciencias o protociencias como las llamaría Mario Bunge, en su obra *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales*.³

Es conforme el hombre amplía sus horizontes del saber, mediante el desarrollo de la ciencia y la tecnología, como auxiliar de la primera, que se empieza a dar un paulatino distanciamiento y la creación de nuevas ciencias que segmentan en campos durante un tiempo cerrados, del saber humano.

De la ciencia, pasamos a las ciencias; de la unidad a la pluralidad; de la generalización a la especialización, de la unidad a la atomización.

Me atrevería a decir, que del humanismo, como una visión totalizadora, englobante del hacer del hombre, como partes imbricadas, a una actitud en que al conocimiento solo se puede llegar en partes, en sí, a la parcialización del conocimiento.

³. Bunge, Mario. *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales*. Ed. Siglo XXI, México
Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Esto ha hecho que las modernas facultades y escuelas de estudios superiores se orienten más hacia la formación de especialistas, que a la de humanistas; el estudiante que entra a una universidad lo hace para convertirse en un conocedor de un campo del saber, viendo en muchos casos las otras áreas del conocimiento como ajenas, distantes, sin influencia en su campo de estudio; no faltan las posturas de superioridad académica, en la que no se estudian otras ciencias, por considerar que la que uno cursa, es la disciplina superior por excelencia, siendo las otras auxiliares de la propia o colocadas en una situación de estatus académico inferior.

Esa actitud que podemos denominar como de imperialismo académico, dificulto durante mucho tiempo el reencuentro entre las ciencias..

Una de las posiciones que sostienen la presunta superioridad de una de estas áreas de conocimiento sobre la otra, es la del determinismo económico sostuvo, al hacer que el derecho fuera solamente un instrumento al servicio de una clase dominante, que hacia que las normas se adecuaran de forma tal, que legitimaran y validaran de la clase dominante en el momento histórico concreto.

Vista más de cerca la relación entre economía y derecho, se puede sostener que los partidarios de la superioridad carecen de una verdad absoluta; hay múltiples ejemplos de que no siempre ha sido el factor económico el que lleva la preponderancia, el caso de la Constitución de 1857, donde las transformaciones en el marco jurídico fueron primordiales para establecer las bases para el desarrollo capitalista en México, son una muestra de cómo en este caso fue más importante la transformación del derecho, que el de la economía.

La Economía, como se ha venido sosteniendo, no es algo ajeno al Derecho y para comprender la relación que existe entre estas dos áreas del conocimiento debemos empezar por reconocer que muchos actos jurídicos; como el robo, la compra, el contrato y la propiedad antes de pertenecer al derecho, pertenecen al campo de la economía y si definimos qué son actos económicos todos aquellos mediante los cuales los hombres tratan de satisfacer sus necesidades, encontraremos una sucesión de fenómenos que finalmente nos llevarán a sacar una conclusión basada en que la economía no basta para poner orden

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad, razón por la cual nace el derecho con el propósito de implantar normas que regulen la convivencia humana y garantice los derechos de cada uno de los pertenecientes a la sociedad.

En este punto del análisis aparece un fenómeno económico denominado propiedad que se sustenta de acuerdo a lo manifestado en el párrafo anterior y se explica conforme al siguiente enunciado: Cuando el hombre logra conseguir algo que le sirve para satisfacer una necesidad quiere retenerlo para sí, creando una relación física entre él y el bien. Relación que generalmente esta ligada a la conservación de ese conjunto de bienes que le sirve para la vida, entendiéndose esto como su casa, su barrio, su pueblo...etcétera.

La Economía posee conceptos integrantes, que van orientados hacia la satisfacción de las necesidades del hombre, que a su vez llevan a la sociedad a un desorden o caos que pretende solucionarse a través del Derecho.

La realidad es que el abogado que se gradúe sin tener conocimientos económicos fundamentales no entiende las leyes tan bien como sus colegas con entrenamiento en economía. En este punto nos interesa reconocer la importancia de la materia fundamentos de economía, incluida en nuestro proyecto académico y el valor de entrarnos en este campo desde el primer semestre de estudios, dotándonos de un concepto claro acerca de la conexión entre el derecho y la economía.

La Economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad, razón por la cual nace el derecho con el propósito de implantar normas que regulen la convivencia humana y garantice los derechos de cada uno de los pertenecientes a la sociedad.

El estudiante de la carrera de derecho, que piense que únicamente aprendiéndose los diversos códigos, leyes y normas de que se compone el marco jurídico de una sociedad tiene con ello para ser un abogado exitoso, tiene una visión muy sesgada de lo que se entiende como formación profesional.



Derecho y economía hoy.

Lo que se ha dado en llamar erróneamente disciplinas auxiliares del derecho, entre las que se pueden encontrar la historia, la filosofía, la ciencia política, la sociología, entre otras, y por supuesto, la economía, son partes integrantes del conocimiento jurídico.

Se les llama erróneamente ciencias auxiliares del derecho, por que se tiene la visión equivocada de que cada una de estas forma en sí un universo aparte, con relaciones entre ellas más casuales, que de integración normal, por ser todas ellas parte de un todo del conocimiento centrado en comprender, analizar, explicar y en muchos casos, buscar soluciones a los problemas que el desarrollo del hombre va dando lugar en su diaria transformación.

La Economía y el Derecho han trascendido en la sociedad y se deben analizar en conjunto, pues muchos actos que son vistos solo por el lente de lo jurídico tienen su origen y su explicación más en el campo económico.

Debe tenerse en mente que una de las formas en que se ha buscado la conducta de los hombres en la sociedad ha sido mediante la imposición de disposiciones, que se pueden agrupar en dos grupos, las privativas de la libertad y las que tienen que ver con la afectación al patrimonio de la persona que infringe una limitación por parte del estado.

Una norma que carece de coercibilidad, en cualquiera de sus aspectos señalados, tendrá enormes dificultades para tener una efectividad práctica, lo que puede llevar normas que en la práctica será derecho vigente, pero no positivo.

Un claro ejemplo de esta situación ha sido (salvo lo que pueda pasar en los meses venideros) con la reglamentación estatal que ordena que los autos deban someterse a la verificación; la norma fue impugnada y cuestionada por diversas organizaciones de transportistas, abogados y otros grupos, por argumentos, no tanto que tuvieran que ver con el cuidado del medio ambiente, que es en apariencia la finalidad central de la disposición, sino por el efecto económico que pudiera tener entre la ciudadanía poseedora de medios de transporte emisores de contaminantes.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



No es gratuito que con el desarrollo del comercio internacional, actividad netamente de carácter económico, que las relaciones entre el mundo del derecho y el de la economía estén más que estrechamente unidos, pudiendo decir que están prácticamente fusionados.

Pese a los dogmas neoliberales que invocan la libertad de comercio, como principio básico del modelo de desarrollo económico capitalista, lo cierto es que en la práctica las relaciones económicas internacionales están fuertemente reglamentadas, por normas de carácter legal, dicho en otras palabras, por el derecho. El marco jurídico es un espacio de regulación de la actividad económica; no hay economía internacional sin derecho.

Los tratados internacionales, entre los que se encuentran algunos como el de libre comercio, en la práctica son derecho positivo, siempre y cuando cumplan con los requisitos que el artículo

La Economía no es algo ajeno al Derecho y para comprender la relación que existe entre estas dos áreas del conocimiento debemos empezar por reconocer que muchos actos jurídicos; como el robo, la compra, el contrato y la propiedad antes de pertenecer al derecho, pertenecen al campo de la economía y si definimos qué: Son actos económicos todos aquellos mediante los cuales los hombres tratan de satisfacer sus necesidades, encontraremos una sucesión de fenómenos que finalmente nos llevarán a sacar una conclusión basada en que la economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad, razón por la cual nace el derecho con el propósito de implantar normas que regulen la convivencia humana y garantice los derechos de cada uno de los pertenecientes a la sociedad.

Conclusiones

La Economía posee conceptos integrantes, que van direccionados hacia la satisfacción de las necesidades del hombre, que a su vez llevan a la sociedad a un desorden o caos que pretende solucionarse a través del Derecho .

La Economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



la necesidad suprema del individuo y de la sociedad, razón por la cual nace el derecho con el propósito de implantar normas que regulen la convivencia humana y garantice los derechos de cada uno de los pertenecientes a la sociedad.

La Economía y el Derecho han trascendido en la sociedad y se deben analizar en conjunto, pues muchos actos que son vistos solo por el lente de lo jurídico tienen su origen y su explicación más en el campo económico

El imperio de las leyes es un requisito necesario y suficiente para construir una economía de mercado exitosa, por tanto los actores económicos deben operan dentro de un marco jurídico que asegure la captación ordenada de beneficios.

La economía y el derecho vienen a ser partes complementarias de un todo social, en que tratar de ver una sin la otra, es errónea; si en el principio fueron parte de la unicidad científica, hoy día, con todo y la pluralidad en los campos de estudio, no dejan de ser parte un todo del saber, que pese a su gran fragmentación no se comprenden el uno sin el otro.



Derecho y economía en el siglo XXI

Clara Romero Jaime

Abordar en el presente siglo XXI, un tema de gran complejidad además de trascendente como lo es para la humanidad, la relación que guarda el Derecho con la Economía o, el análisis de la Economía desde la perspectiva del Derecho, me lleva a la necesidad de establecer, que éstos fenómenos tanto el económico como el jurídico, no puede ser analizados de manera aislada o desde éste punto de vista únicamente, separándolos de todas las demás ciencias sociales, ya que sería imposible hacer su análisis sin relacionar a ambas ciencias con otras ciencias sociales, como lo son la sociología, la cultura, la educación, la ideosincracia del mexicano, el régimen laboral, que si bien es aspecto jurídico éste último, se refleja en situaciones, tales como la pobreza, que es aspecto económico.

Dado que esta relación reciproca, es posible analizarla desde muy variados puntos de vista, partiendo de un enfoque en primera instancia, pudiera limitarse a nivel nacional, en que se tomarán en cuenta aspectos de la índole señalada; como podrían ser, factores educativos, culturales, sociales o de trayectoria como en el caso de nuestro país, tradicionalmente agrícola o, por el contrario; revisar la economía y el derecho de nuestro país, pero a nivel internacional, lo cual no estaría al alcance de ésta trabajo por su gran complejidad; sin embargo considero que más bien este enfoque vendría a darse dentro de los efectos de la actual globalización que impera actualmente y desde luego limitándose exclusivamente a los efectos internos, en la economía de México.

Lo cual me induce a dejar establecido, en primer lugar los parámetros dentro de los cuales me es posible desarrollar su análisis, en cuanto a la citada relación que guardan ambas ciencias, el Derecho con la Economía, pero siempre dentro de las perspectivas antes mencionadas.

Así el Derecho y la economía interactúan, en gran variedad de temas, por ejemplo el Derecho privado regula infinidad de acuerdos entre los particulares o grupos, dentro de lo que se denomina economía de mercado y, desde luego el Derecho público viene a corregir algunas de las consecuencias del mercado, mediante la regulación de la economía y de la sociedad.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Por ello se recomienda que para evitar fracasos los economistas, deben conocer el ámbito normativo en el que se van a desarrollar las actividades económicas, a la vez que los juristas deben enseñarse a reconocer, los efectos económicos del régimen jurídico, tanto en el proceso legislativo, como el que se da, en las decisiones judiciales.

De manera desafortunada en la mayoría de los casos los abogados, no perciben los efectos concretos de la aplicación de las normas jurídicas dentro de la sociedad, ya que generalmente son formados exclusivamente, para comprender la extensa normatividad que surge de la función legislativa.

Algo semejante sucede, si vemos a los economistas cuando llevan a cabo la redacción de algún reglamento sin ningún conocimiento sobre técnica jurídica, creando una normativa casuística que puede ser contradictoria e ineficiente para la sociedad.

Por eso toda norma jurídica tiene una doble influencia en el sistema económico, por lo que siempre deben estudiarse sus consecuencias antes de aplicarse, de manera que toda normatividad debe preocuparse: por la distribución equitativa del ingreso y por la eficiencia del sistema jurídico cuidando las inequidades que pudiera contener ese sistema jurídico.

Por eso cuando se hacen estudios sobre el impacto del Derecho se recomienda utilizar técnicas económicas, ya que de esa manera se reflejan las consecuencias que pudieran darse, porque no siempre las normas jurídicas cumplen con el objetivo planteado o deseado.

De esa forma se analizan los efectos que no se desean, o no buscados por las normas jurídicas y de esa manera se puede contribuir, a la creación de un derecho más eficaz.

También el estudio del Derecho y la Economía permite a abogados comprender el impacto de las normas en la situación patrimonial o comercial de sus clientes lo que les facilitará darles un mejor asesoramiento.

De ahí que las normas jurídicas deben preocuparse tanto por la distribución equitativa del ingreso como por su eficiencia.

En todo esto juristas, como Guido Calabresi y varios Premios Nóbel como Ronald Coase, George Stigler, James Buchanan y Gary Becker no sólo son los creadores de ésta doctrina de la creación o redacción de normas jurídicas prudentes, mismas que deben ser el resultado tanto de considerar no sólo su eficiencia sino además, que el ingreso sea redistribuido de la manera más deseable y justa, tomando los fundamentos dados por la teoría económica; en el sentido de que los recursos atribuidos de la manera más eficiente deben ser preferentemente, en respuesta a las fuerzas de la competencia.

El estudio del Derecho y la Economía tiene su origen en los Estados Unidos donde se sostiene la posición de Posner, que el common law es eficiente.

El estudio del Derecho y Economía como disciplina pretende evitar el llamado “imperialismo de la economía.”

Si nos trasladamos a la realidad económica actual, que viven los países en desarrollo como el nuestro, será conveniente puntualizar, qué la separación entre países pobres y ricos

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



se da a partir de su desarrollo, pero éste solo se presenta cuando a su vez existe producción, la que a su vez se da a partir de la inversión en los rubros indispensables para producir y, a su vez la producción dará origen a mejoras, a partir de las inversiones, en diversos aspectos de la población; todo lo cual se traduce en mejor calidad de vida para sus habitantes y mejor educación; por lo que a falta de inversiones, nula producción, nulo desarrollo y en consecuencia falta de empleos y por lo tanto pobreza.

De esta manera, está plenamente comprobado que tanto la Economía como el Derecho, guardan una relación de íntima y recíproca influencia, ya que no podría darse una economía saludable y en pleno crecimiento, si la misma no está regulada a través de disposiciones legales, que aun cuando pudieran ser de muy diferente contenido, al entrar en relación con otras ramas de las ciencias sociales, son principios indispensables para el desarrollo sostenido en cualquier país y, desde luego para el nuestro, pues los mismos no son más que mayor inversión en la educación, inversión en los rubros fundamentales del libre comercio y la industria, ya que estos representarían el detonante indispensable para mejorar las actividades de índole económica, dándose un desarrollo económico, que nos permitirían avanzar no sólo internamente, sino también en el plano internacional.

Pero refiriéndome a la primera de las perspectivas trazadas en renglones anteriores, pero sin dejar de observar la influencia mundial que se presenta también en nuestro país, considero conveniente puntualizar, la influencia decisiva de ambas ciencias es decir del Derecho y de la Economía en la práctica y realidad mexicana; lo cual se refleja en nuestra calidad de vida y de manera fehaciente en todos y cada una de los estratos sociales de nuestro país, pero no únicamente en las personas físicas, sino también en el plano de las personas morales e incluso de los grandes consorcios, en los que destaca que en algunas ocasiones determinadas empresas se ven obligadas a retirar sus inversiones de nuestro país, por problemas como son la falta de garantías en cuanto a su inversión, no sólo desde el punto de vista jurídico, por falta de disposiciones legales para eficientar o alentar la inversión, sino también dándose origen a variados y diversos problemas sociales y económicos como pudieran ser, la falta de productividad, la inseguridad, la delincuencia. Por eso nuestro país, como cualquier otro, requiere para crecer, de la inversión, lo cual lo llevaría a la productividad, al desarrollo y a mejorar la calidad de vida de la población, aún cuando en las bases se requiera de optimizar, entre otras necesidades como ya se mencionó la calidad en la educación, en todos los ámbitos de la sociedad, aunque primordialmente en esferas de la sociedad que correspondan a los tres poderes de la unión, porque esto se reflejaría en un buen gobierno para beneficio de la comunidad.

Pero además frente a lo ya relacionado, nuestro país, se enfrenta a una crisis del Estado Constitucional, con una pérdida de valores, de legitimidad; teniendo entre otras causas, la crisis de representatividad de los partidos políticos, por lo que los signos de esa crisis en nuestro mundo constitucional, se han multiplicado debido fundamentalmente a que la clase política, ha ocupado el aparato institucional del Estado, de tal manera que esa clase política que es la que opera actualmente, siguiendo una lógica ajena a toda idea democrática del bien de la colectividad, pues la mayor parte de las veces, actúan para

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



beneficio de su partido o de su camarilla, o de determinada facción, al obtener infinidad de prebendas sin que para nada se tome en cuenta el interés general de la Nación, con lo que es evidente que no se sigue el orden constitucional y por lo tanto tampoco se da, un desarrollo sostenido en la economía nacional.

Es decir por un lado nos enfrentamos al profundo fracaso de la representación política y la probada ineficacia de los mecanismos de responsabilidad, como el desafuero o el juicio político, que dejan mucho que desear por falta de efectividad, dejándose fuera de la aplicación de la ley o en la impunidad todo tipo de conflictos legales.

También se observa abiertamente, la progresiva esclerosis de toda una serie de instrumentos de sociabilidad política, como los mismos partidos políticos, sindicatos e incluso de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

En ésta crisis resalta, el poder como dominación y mando de quién lo tiene, y por lo tanto existe un diferenciación entre quién lo posee y quienes no lo tienen; gobernantes y gobernados.

En esta relación que se presenta entre estos últimos, resalta el debilitamiento de la iniciativa social y de los particulares y la transformación de la judicatura en un poder poderoso, unido a la creciente preponderancia de los poderes particulares o privados, cómo se le suele llamar al dinero y a las relaciones; que hacen inoperantes los sistemas tradicionales de protección jurisdiccional e incluso en varios casos, hasta al mismo ordenamiento jurídico.

A lo anterior se debe agregar la ineficiencia de leyes tales, como las relativas al desarrollo urbano, las de uso de suelo, las del medio ambiente, régimen laboral, inversión extranjera, reglamentos municipales, las cuales son indispensables para eficientar o alentar cualquier inversión que se hiciera a fin de aumentar la productividad y por lo mismo para lograr mayor número de empleos tendientes a mejorar la calidad de vida de todos los mexicanos.

Por ello nuestro país con esas características particulares, debe comenzar a eliminar del poder a quiénes representan un retroceso para los gobernados, creando mecanismos fundamentales como la revocación de poder o el plesbicio, y sobre todo vigilando que las inversiones se hagan en los rubros que verdaderamente se necesitan y, no en otros renglones que se marcan de manera arbitraria o favoreciendo a determinados grupos, como lo hacen actualmente con relativa frecuencia nuestros actuales legisladores.

Por otra parte es necesario recordar que en México desde finales de los años ochenta, se produjo una apertura sin precedentes en la economía sin que nuestro país estuviere en posibilidades de competir con países del primer mundo y por lo tanto se inserto en condiciones de desigualdad y de desventaja frente a los demás países.

Cabe mencionar algunos proyectos, que para países que quizás no tienen las mismas deficiencias legales y de ideósincracia que nosotros, pero que sin embargo, si pudieran mejorar la economía en algunos estratos de nuestra sociedad y que, se han desarrollado por organismos internacionales como la ONU, proyectos para la reducción de la pobreza, mediante la creación de empleo y el desarrollo del comercio en la economía de

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



países de África, del Caribe y el Pacífico, con el objeto de transformarlos en un polo de reducción de la pobreza, con la creación de empleo e incremento de las exportaciones; mismos que podrían ser modelos, para ser aplicados en nuestro país.

El proyecto se diseñó y desarrolló por especialistas de tres organismos de las Naciones Unidas, con la intención de reforzar la competitividad sobre todo de las industrias culturales locales, en sectores que presentan un gran potencial de desarrollo sostenible y que generalmente se inscriben en la economía informal y, por lo tanto fuera del control de las instituciones.

Con éste proyecto se pretende ofrecer las directrices que permitan a los responsables poner en práctica, políticas coherentes y adaptadas, al contexto local. Asimismo se desarrollarán y distribuirán herramientas de formación destinadas a favorecer la profesionalización y capacitación específica de los operadores y empresarios culturales, con la finalidad de hacer del talento y de la creatividad, un elemento dinamizador de las industrias culturales.

Pero el proyecto tiene diferentes fases, siendo la primera de ellas, desarrollar una serie de estudios que conducirán a la elaboración de diversas recomendaciones, lo que permitirá, establecer un marco integral de políticas, para el sector de cada una de las industrias y desde luego de las industrias culturales, encaminadas a reducir la pobreza, crear empleo e impulsar el comercio.

La segunda fase prevé el asesoramiento técnico necesario para la organización de las actividades propuestas en las recomendaciones y su posterior seguimiento.

A dicha fase corresponderá, las orientaciones sobre las políticas públicas, los métodos de trabajo y las herramientas de capacitación desarrolladas en el marco de este proyecto piloto, mismo que servirán como modelo para futuros programas en el sector de las industrias culturales, que se ejecuten en otros países en desarrollo.

El proyecto mencionado corresponde a los objetivos fijados por los Ministros de Cultura de los países antes señalados, en la primera conferencia del grupo en Dakar, Senegal en el 2003.

También es de destacar, que existe un importante estudio que demuestra la relevancia del sector de la cultura, para la economía de la Unión Europea (UE) realizado por European Affaire miembro de la alianza global, en colaboración con Madia Group (Finlandia) y MKW GMBH (Alemania) en la que se destaca la economía de la cultura en Europa y se señala el potencial del sector de la cultura en la creación de empleo, tanto en número como en calidad.

El estudio demuestra el impacto de la cultura sobre el desarrollo económico y social, la innovación y la cohesión.

Según los datos del estudio, el sector de la cultura emplea en 2004 a más de 5,8 millones de personas, cifra que equivale a la suma de la población activa de Grecia y de Irlanda.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Además, en 2003 este sector contribuyó en un 2,6% al producto Interior Bruto (PIB) de la Unión Europea y se dice que está creciendo, actualmente, a un ritmo más acelerado que el resto de la economía.

Con este estudio se ha demostrado que los gastos llevados a cabo en el sector de la cultura constituyen una inversión sólida, por lo que los autores apelan al diseño de una estrategia coherente para el sector creativo y exponen una serie de recomendaciones que apuntan a incentivar el potencial de la economía cultural europea.

Como se deduce, ambos programas pueden servir sino de modelos; si para que nuestro país se vea obligado a realizar estudios tendientes a mejorar la economía de la población en general, ya sea en el ámbito de las ciudades o del campo.

Es por tal motivo que nuestro país debe llevar a cabo a corto plazo, un estudio sobre un programa viable que tienda a incentivar las potencialidades de la población, de conformidad con las características de cada región en particular, a fin de hacer crecer la productividad y de manera conjunta desarrollar estrategias para capacitar al ciudadano, desde el campesino hasta el profesionista tendientes a eficientar la educación, con estrategias que nos permitan estar al alcance de los países del primer mundo.

De tal manera, que el ser ciudadano mexicano implique formar parte de una comunidad política, en la que la persona cuente para la libertad, la democracia y demás valores consagrados en nuestra Constitución, a través de las diversas garantías consagradas en la misma; todo lo cual conlleva un progreso económico sostenido.

De ahí que considero que se debe aspirar hacia una economía con rostro humano, en lo que los gobernantes se vean comprometidos a realizar sus máximos esfuerzos a partir de las mayores inversiones dirigidas hacia la preparación, educación y, capacitación en todos los estratos sociales.

En tanto que forma parte de mi criterio y de manera más directa el referirme a esa relación entre Derecho y Economía a la que me vengo ocupando, en el plan interno de nuestro país, considero importante puntualizar algunos comentarios en forma directa sobre el fracaso de los Programas Económicos tanto nacionales, como estatales y municipales.

La razón es que tanto los programas económicos en los tres niveles de gobierno (federal, regional o municipal) no se planean de manera seria y concienzuda por personal experto y capacitado, tendiente a favorecer un desarrollo económico sustentable en ramas fundamentales de la economía mexicana como lo son, la inversión en la Educación y las ramas más importantes de la producción, ya que al encontrarnos mejor preparados estaremos en mejores condiciones de competitividad.

Así con el seguimiento de un programa bien planeado, para hacer crecer la producción, para las ramas de la industria, comercio y agricultura, se daría un crecimiento a las fuentes de producción y por ende se daría un mayor número de fuentes de trabajo, con lo que se vendría a producir un incentivo en actividades que han permanecido paralizadas desde décadas atrás y que además son fundamentales para el posible desarrollo de nuestro País; sobre todo cuando se dieran en rubros fundamentales como la educación, industria y la agricultura.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Desde luego que tal desarrollo no podría darse si no se sentarían de manera simultánea las bases para establecer una mejora en la calidad de la capacitación a los trabajadores, al igual que en programas que tiendan a mejorar, como ya lo he venido repitiendo en la educación en todos los niveles; lo cual colocaría al país, en un nivel de competitividad y por lo mismo, en superación en la producción y, desde luego en mejor calidad de vida.

La actuación desafortunada que en materia económica han venido realizando nuestros gobernantes desde hace varias décadas, nos da la oportunidad de revisar, cuales pudieran ser las causas de que la economía nacional y en particular del Estado de Michoacán; afecten de manera negativa, nuestra calidad de vida; independientemente del estrato social al que se pertenezca, ya sea porque cada vez con mayor frecuencia nos vemos obligados a utilizar el crédito, como sinónimo de adquisición a plazo o bien porque como es perceptible ya varios satisfactores, no se encuentran al alcance de nuestras economías individuales.

Agravado todo lo anterior; por el crecimiento notable del desempleo que va en aumento en todo nuestro país, el cual se traduce indudablemente en una de las causas más frecuente que originan la inseguridad pública, que impera por todas partes.

Todo lo anterior, me lleva, al análisis de diversas actuaciones seguidas por funcionarios de primer nivel, como lo son el Ejecutivo Federal o Estatal, al igual que aquellos funcionarios involucrados en dar cumplimiento a supuestos “Programas Económicos de Gobierno” en los que es notable, que de existir los mencionados programas; la mayor parte de las veces son planeados de manera irresponsable, tendientes no a favorecer un desarrollo económico sustentable en las ramas fundamentales de la economía ya señaladas, sino más bien, en la falta de inversión como se presentan actualmente de manera exagerada, en materia de seguridad pública o electoral, con lo que de ninguna manera se invierte y mucho menos se incentiva, ninguna de las ramas fundamentales de la producción.

Por otra parte, en nuestro país casi nunca se ha dado un seguimiento a un programa bien planeado, para hacer crecer la producción, ya sea en las ramas de la educación, industria, comercio o agricultura, dé tal manera que se cumpla a la vez, con las disposiciones legales ya sea porque o bien se desvían recursos para otros rubros o porque nunca se obliga y responsabiliza a nuestros gobernantes de la conducción de una economía sana, lo que se traduce en impunidad, y desde luego repercute en un aumento en actividades que permanecen paralizadas desde décadas atrás y que además son fundamentales para un posible desarrollo económico de nuestro País; sobre todo en rubros indispensables para eficientar la educación, la industria o la agricultura.

Por lo que tal desarrollo no puede darse si no se parte de elevar la calidad de la educación que va desde establecer una mejora en la calidad de la capacitación a los trabajadores, al igual que en programas que tiendan a mejorar la educación en todos los niveles; lo cual llevaría al país, a un nivel de competitividad y por lo mismo un aumento en la producción y desde luego, todo ese desarrollo, se traduciría en mejor calidad de vida.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Por lo que debe ser una prioridad de todo gobernante, la inversión en la educación en todos los niveles, estableciendo pautas para lograr un verdadero avance del país.

Este programa tendría, que ser acorde con el pleno conocimiento de las necesidades del País y de cada región, avalado por conocedores y asesores en materia educativa y económica, dado que todo programa económico, a fin de que sea realizable y por lo tanto viable, debe planearse detalladamente de tal manera que se proponga metas alcanzables, partiendo de los rubros más importantes y trascendentales siempre en la producción y desarrollo de la economía general del país.

Todo lo ya citado resulta, casi imposible de realizarse, por los gobernantes actuales, ya que la política actual de los mismos, no se sujeta a lineamientos para mejorar la economía del país, pues vemos con frecuencia que lo que favorece el ascenso a un puesto público, no viene a ser la capacidad o el conocimiento de los problemas reales del país, ya que es suficiente con ser militante de un partido político, para que se aspire a ser candidato a cualquier nivel de la función pública, lo que hace inoperante cualquier Plan de Desarrollo Económico, que de haberlo, nunca se cumple de manera efectiva con el mismo; ya sea por atender en primer término el posible ascenso en el plan político, de la mayor parte de las autoridades públicas, o por seguir la línea que en su momento les imponga su partido; todo lo dicho no sólo frena cualquier desarrollo económico, sino que impide cualquier adelanto en cualquier economía y desde luego la nuestra no es la excepción, todo lo cual se traduce en un gran desgaste en los ciudadanos que sufren la falta de oportunidades y a su vez repercute en las esferas jurídicas, económicas, políticas y sociales del País.

Por ello es recomendable, replantear por parte de la sociedad y desde luego del poder público, los actos y actuaciones que realicen los representantes del Estado, cuidando ambas partes en que éstos actos, trasciendan en el plan económico y no sólo en el aspecto político o social, ya que sólo de esa manera se podrá dar el inicio de cualquier detonador de nuestra economía, revertiendo la misma y cuidando además de manera permanente que ese Plan o Programa Económico, se desarrolle no sólo para una gestión, sino que constituya una meta alcanzable a través de varias gestiones gubernamentales; contando siempre con el apoyo y asesoramiento de economistas y juristas ampliamente capacitados y reconocidos, sin que de ninguna manera se favorezca a militantes o miembros de partidos, como tampoco se permita desviar partidas del presupuesto programado, para ningún otro fin que no sea el previsto, ya que de manera desafortunada pondría en peligro la consumación del mencionado plan.

Sólo cuando realmente se de, una disciplina en el manejo de las finanzas públicas estaremos frente a un real y verdadero desarrollo en la economía del país y el resultado será obvio, al redituarse beneficios para todas las clases sociales, mediante una derrama económica, que traería indiscutiblemente un ascenso en nuestra economía nacional, al igual que en la individual de cada uno de los ciudadanos.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Las franquicias y su legislación.

Alan Freddy Carrasco Dávila

Resumen.

Una de las razones que han permitido el rápido crecimiento de las franquicias en los Estados Unidos Mexicanos es, sin duda, el marco jurídico que regula a esta forma de hacer negocios. La legislación mexicana en materia de franquicias ha propiciado el crecimiento de éstas, fortaleciendo a su vez, la seguridad jurídica tanto de franquiciadores como de franquiciados. Por ello si se desea incursionar en este formato de expansión comercial, ya sea otorgando franquicias o adquiriendo una, es importante considerar los principales aspectos legales que contribuirán a hacer más segura su inversión.

Contenido.

La franquicia es una forma y una oportunidad de negocio, pero es de suma importancia recalcar que no todo negocio o firma comercial puede ser franquiciable.

Fácilmente se confunde a la franquicia con otros contratos; tal es el caso de la licencia o concesión de marcas o de distribución, la franquicia va más allá, es un sistema más completo, más entero donde lo primero que hay que entender es que se trata de un método para distribuir bienes y servicios.. Hay que establecer que la distribución y la franquicia son dos cosas distintas. La franquicia fue creada para resolver los problemas de distribución y con el paso del tiempo y de la evolución del comercio se transformó en una forma de hacer negocio independiente.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Las franquicias entran a México con la participación primera de McDonald's en 1980. Antes no podía incorporarse este sistema a México, debido a que lo consideraba el gobierno como un medio de exportación de capitales, además el marco legal en materia de franquicias era como una barrera casi imposible de traspasar. El Centro Internacional de Franquicias por medio del dialogo, de tratar de convencer al Gobierno y de comprobar que sólo sale del país del 3% al 5%, a cambio de 95% de tecnología, creación de empleos y desarrollo para el país, fue entonces cuando el Gobierno empezó a autorizar la entrada de franquicias al país. No es sino hasta 1987 cuando la franquicia comienza a funcionar en forma más fluida y se empezó a reglamentar en 1990.

La franquicia es un mecanismo que permite multiplicar negocios ya maduros, o bien, comenzar y poner en marcha nuevos negocios con poco riesgo de fracaso. El Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología publicado en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos del día 9 de enero de 1990 aporta por primera vez la definición de franquicia que dice:

“Un acuerdo de franquicia es aquel en que el proveedor además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquiriente, transmitirá conocimientos técnicos y proporciona asistencia, con el propósito de producir bienes o prestar servicios de manera uniforme con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor”(1).

Las partes que intervienen en una operación de franquicia son:

El FRANQUICIANTE, quien otorga la franquicia, es aquel que posee una determinada marca, tecnología y forma de comercializar un bien o servicio (Know-How), cediendo los derechos, transferencia o uso de éstas a través de un contrato de franquicia. Así mismo asistiéndolo técnica, organizativa, gerencial y administrativamente al franquiciatario.

El FRANQUICIATARIO, recibe o adquiere la franquicia, el derecho a comercializar un bien o servicio exclusivo, a través de un contrato de franquicia para utilizar los beneficios

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



de una marca y el apoyo que recibe en la capacitación para la organización y manejo óptimo del negocio.

A la franquicia en sus comienzos se le atribuyó como una forma de distribución de productos y servicios exclusivamente, conforme pasa el tiempo ha demostrado ser mucho más que eso y pasó a ser una forma de comercialización de productos y servicios por demás exitosa. En la actualidad se ha reconocido dentro de las franquicias distintos grados de funcionamiento y de complejidad que han permitido hacer la siguiente clasificación:

- a) Franquicias de producto y marca.
- b) Franquicias de procesamiento o manufactura y de distribución exclusiva.
- c) Franquicias de formato o negocio.

El contrato en el sistema de franquicias es la base para la relación existente entre el franquiciante y el franquiciatario, y éste debe cubrir todos los aspectos del negocio y definir los derechos y obligaciones de ambas partes, así también en el contrato se establecen en forma clara las reglas a las que las partes se someten.

El Derecho Mercantil es una rama del Derecho Civil, nace por consecuencia de especiales necesidades que exigieron un derecho especial destinado al comercio. El contrato de franquicia es una creación del Derecho de los negocios y de la economía. Es muy importante hacer un cuidadoso análisis de las repercusiones de celebrar un contrato de franquicia, por ejemplo, con quién se está celebrando el contrato, dónde, cuándo y en qué condiciones. La franqueza, el diálogo, la confianza son valores que deben existir entre el franquiciante y el franquiciado, y aunque no están previstos en las cláusulas, son de suma importancia para la exitosa operación de un negocio.

La redacción de un contrato de franquicia es obligación del franquiciante, de quien ofrece la franquicia, no de quien la adquiere. En la preparación y adopción de un modelo de contrato de franquicia, el franquiciante debe saber evaluar todo aquello a lo que estará



dispuesto a obligarse ante sus franquiciados e incluir todo aquello que estará resuelto a exigir de los franquiciatarios con el propósito de cumplir dos objetivos fundamentales:

- * Obtener la retribución justa por el otorgamiento de su concepto..
- * Y la adecuada explotación de su firma, de su know-how, así como la adecuada protección y mejoramiento de su concepto, que constituyen la columna vertebral de la franquicia.

“El contrato de franquicia, es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y atípico”(2). Es mercantil puesto que se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir productos o prestar servicio. Es bilateral porque produce obligaciones para las dos partes contratantes. Es oneroso por sus características de negocio completo, probado y con alto grado de éxito, además porque se pacta una contraprestación, hay derechos y gravámenes recíprocos. Es un contrato de tracto sucesivo ya que su desarrollo y operación es continua, esto es, diaria. Y por último, es un contrato atípico porque es único, no hay otro contrato que sirva para los mismos fines que el contrato de franquicia.

El contrato de franquicia es formal, pues debe otorgarse por escrito para que sea válido y además debe inscribirse en la Dirección General de Inventiones y Marcas y Desarrollo Tecnológico una vez contando con la autorización de Uso de Marcas o Nombre Comercial. El contrato de franquicia es de adhesión ya que la parte fuerte es el franquiciante, que por lo regular impone las condiciones de contratación al franquiciatario.

El contrato de franquicia sea válido debe inscribirse en el Registro Nacional de Tecnología. Para que el contrato sea registrado, no debe incluir pactos que constituyan causas de negativa de inscripción. El registro correspondiente tiene como objeto el análisis y control de las condiciones formales bajo las cuales se llevan a cabo dichos contratos.



No obstante, a pesar de la flexibilidad con que el Registro debe juzgar los casos concretos de celebración de contratos de franquicia, algunas fracciones de la Ley ameritan sobresalir, como son:

- a) Que la contraprestación no guarde relación con la tecnología adquirida o constituya un gravamen injustificado o excesivo para la economía nacional o para la empresa adquirente.
- b) Si el contrato de franquicia impone restricciones o limitaciones a la investigación o desarrollo tecnológico del adquirente.

También serán limitaciones contractuales todas aquellas circunstancias que vayan en contra del Código de Ética del país que se trate en materia de franquicias.

En cuanto a la terminación del contrato, son causas generales aquellas pactadas por las partes en el contrato de franquicias, tales como:

- Agotamiento natural del contrato.
- La muerte o la incapacidad sobreviniente de una de las partes.
- Quiebra de uno de los contratantes.
- Rescisión por incumplimiento de alguno de los contratantes.

El contrato llega a su terminación por agotamiento natural del mismo, salvo que las partes decidan continuar por medio de una renovación de contrato. Sólo se da por terminado el contrato de franquicia si a la muerte del franquiciante o del franquiciatario se trataba de una persona física. Si fuera así puede establecerse en el contrato que la relación continúe vigente con los herederos o bien, darles alguna indemnización. También puede pactarse que los herederos puedan ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciado.

La quiebra de uno de los contratantes causa terminación de contrato, ya que impide la marcha del negocio y la incapacidad de seguir operando. Si la terminación del contrato se da por rescisión por incumplimiento de obligaciones, la parte afectada puede promover un juicio ante la autoridad judicial, ya que se realizaron violaciones graves al contrato. Existe un plazo mínimo de aviso durante el cual se concede a la parte violadora una oportunidad

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



de corregir el incumplimiento del contrato y evitar así la terminación, este plazo puede ser de 10 a 90 días dependiendo de la falta.

Algunos de los pactos que debe contener el contrato de franquicia para los casos de terminación anticipada o por la llegada del plazo son:

- a) La obligación del franquiciatario de no seguir usando la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones.
- b) No seguir explotando el negocio, ni realizar o iniciar negocios similares que afectan al franquiciante al dar la impresión al consumidor que todavía es autorizado.
- c) Devolución de equipo, mercancías, uso de patentes y de información técnica. Conviene pactar a qué precios debe el franquiciante pagar ese equipo, mercancías, y todo elemento que tenga relación con el negocio.

Con respecto a la renovación de contrato debe quedar previamente pactado en el mismo contrato de franquicia, si se decide por la no renovación, el franquiciante no tiene la obligación de pagar indemnización, a menos que ocurra una terminación anticipada por causa justa y no haya incumplimiento del franquiciante.

Índice de un modelo de contrato de franquicia:

- 1) Objeto, licencia del sistema.
- 2) Plazo o vigencia del contrato.
- 3) Obligaciones y derechos del franquiciante.
- 4) Obligaciones y derechos del franquiciatario.
- 5) Monto total de la inversión necesaria.
- 6) Contraprestación y Porcentaje del pago de regalías.
- 7) Marcas y nombres comerciales.
- 8) Manuales de recursos humanos, de capacitación, de operación, de logística, de seguridad y mantenimiento, de administración, de finanzas, etc.
- 9) Información confidencial.
- 10) Obligaciones y derechos en caso de incumplimiento o terminación del contrato.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- 11) Convenios de no competencia.
- 12) Ley aplicable.
- 13) Registros.

CONCLUSIÓN.

El sistema de franquicias le da a una persona o a un grupo de personas la oportunidad de convertirse en empresario bajo condiciones más favorables que si comienza por su cuenta. El negocio del franquiciatario recibe los beneficios de un nombre, una imagen, una publicidad, un producto o servicio con prestigio y asistencia integral del franquiciante, y combinando métodos de comercialización comprobados con una inversión mínima de capital que oscila desde los 5.000 hasta más de 300.000 dólares, le permite al franquiciado operar en términos más parejos con negocios de gran competencia.

El fin último de las franquicias no es ser una fuente de generación de capital, sino más bien, es el vehículo para crecer y dominar el mercado, lo que entonces producirá dinero. La fuerza de la franquicia consiste en dominar el mercado, no en generar liquidez aunque sea un factor importante pero no es esencial. Al dominar el mercado (estrategia y fin último de la franquicia) se obtienen mayores volúmenes de venta, y por tanto mayores regalías (aún cuando el porcentaje de estas sea menor). Por ello es muy importante la estrategia de expansión de la franquicia, que consiste en abrir tiendas en un territorio determinado que se pueda atender y no situar cien tiendas o establecimientos en treinta ciudades donde resulta muy difícil apoyarlas.

En el aspecto legal nunca habían tenido las franquicias un medio más apto para su crecimiento y desarrollo en México desde su ingreso como formato de negocio en 1980.

En los últimos diecisiete años las administraciones públicas en México se ha confiado en este sistema de hacer negocios y han apoyado sus actividades, facilitando su regularización, dando paso a leyes que ahora ya no limitan, sino que impulsan de manera importante el crecimiento de este sistema en México. Todo resultado de un giro a las políticas y regulaciones relacionadas con la inversión extranjera.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Es muy importante recalcar que para alcanzar el éxito, la actitud empresarial es esencial, puesto que la relación franquiciante - franquiciatario es de socios. Los conceptos de franquicia requieren de un cambio fundamental de estructura y de actitud mental para hacer bien las cosas, realizarlas con profesionalismo, tener una actitud innovadora, creadora, con ambiciones pero siempre responsable, una actitud de trabajo en equipo.

El concepto de franquicia en México está en un proceso de maduración, no hay que olvidar que los empresarios mexicanos cuentan con la capacidad y la aptitud para integrarse a un sistema de franquicia, este es el momento clave para que los pequeños y medianos empresarios se desarrollen, además el sistema de franquicias se presenta como una buena opción para cubrir las apremiantes necesidades económicas del país.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1) Diario Oficial de la Federación, 9 de enero 1990: 15.
- (2) ARCE GARGOLLO, Javier. El contrato de franquicia. Editorial Themis. Primera Edición. México, DF. 1990.

BIBLIOGRAFÍA.

CARRASCO DÁVILA, Alan. Franquicias: Una opción empresarial. En Memorias del Primer Congreso Virtual Mundial de Jóvenes Empresarios y Pymes. Organizado por la Asociación Independiente de Jóvenes Empresarios de Aragón (AIJEZ). 2002.

CARRASCO DÁVILA, Alan. Franquicias: Una opción empresarial para fomentar el desarrollo económico local en Ciudad Alemán, Veracruz, México. Tesis de Maestría en Desarrollo Económico en América Latina. Universidad Internacional de Andalucía. 2000.



El derecho penal económico y la persona jurídica

Erandi Guadalupe Damián Abrego

El interés para el desarrollo de esta ponencia surge de la observación de la realidad social; en particular de la creciente comisión de hechos delictivos en que se encuentran involucradas personas jurídicas, el tema se aborda a partir de la llamada “expansión del derecho penal” resultado de las transformaciones que enfrenta la sociedad, particularmente las tecnológicas, tomando como referencia la obra de Jesús María Silva Sánchez.¹

La globalización, dice el autor, es una característica definitoria de los modelos sociales postindustriales; elemento determinante para la reestructuración de las instituciones del derecho penal, afirma que la delincuencia es económica y describe que esta criminalidad se caracteriza por ser organizada donde intervienen colectivos de personas; define al delito económico organizado como el modelo del derecho penal de la globalización.²

En consecuencia, si la criminalidad económica es un tema relevante para el derecho penal, es menester abordar a quien puede y debe ser considerado como sujeto activo de la comisión de delitos; la persona jurídica, tema que ha sido motivo de discusión sobre todo en tratándose de delitos económicos, considerados como “...las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico...”.³

¹ SILVA Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. 1ª ed. Civitas Ed. Madrid. 1999. 127 p.

² *Idem.* p. 85.

³ BACIGALUPO, Silvina. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1ª ed. Bosch Ed. Barcelona. 1998. pp. 27-28.



Bacigalupo, habla de la criminalidad de la empresa, donde agrupa todo el ámbito de los delitos económicos, por medio de la actuación de la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de sus colaboradores. Lo anterior, plantea la necesidad de cuestionar si una persona jurídica puede ser o no responsable penalmente; en virtud de su creciente injerencia en la comisión de hechos delictivos, al constituirse en “tapaderas y mecanismos de distracción tras el que se ocultan los miembros de organizaciones criminales.”⁴

La persona jurídica y la responsabilidad penal.

La discusión en relación con las personas jurídicas, gira en torno a diversos problemas: a) cuestiones de política criminal; b) el problema de la capacidad de acción; c) el problema de la capacidad de culpabilidad y estrechamente relacionado el problema de la personalidad de las penas; y, d) el problema de la clase de sanciones que serían aplicables;⁵ en general, se ubican dos grandes grupos, los que niega y los que afirman la posibilidad de que la persona jurídica sea responsable penalmente.

Los doctrinarios que niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas,⁶ parten del principio *societas delinquere non potest*; de origen en el Derecho Romano, que proclama que sólo las personas de existencia visible o personas físicas pueden ser objeto de sanción penal y no las colectivas;⁷ su fundamento radica en la incompatibilidad de la persona moral con las categorías dogmáticas de la acción, la culpabilidad y la pena.

Quienes reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas,⁸ se basan en el principio *societas delinquere potest*, el que surge a partir del desarrollo de la teoría de la

⁴ PALMA Herrera, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales. 1ª ed. Edersa Ed. Madrid. 2000. p. 395.

⁵ BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.* p. 147.

⁶ Engisch, Jescheck, Schmitt, Muñoz Conde, entre otros.

⁷ GARRIGÓS, María Laura, Carolina Morales Degamut y Virginia Sansone. “Origen y evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: FELLINI, Zulita. (Directora). Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Personas Jurídicas. Tomo I. 1ª ed. GRÜN Ed. Buenos Aires. 2004. p. 157.

⁸ Rotberg, Hirsch, Schünemann, Tiemann, Jakobs, entre otros.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



realidad de Otto Gierke, según la cual, la persona jurídica era organismo existente, aunque de distinta naturaleza al humano, por lo tanto era susceptible de responsabilidad penal.⁹

Existe un sector doctrinal que sostiene que no es suficiente con el efecto preventivo general que representan las penas a que se hacen acreedores los socios de las empresas, porque se genera impunidad en los casos en que no es posible identificar a la persona física en quien se defina la autoría, además de no existir coincidencia entre quien realizó la acción y quien obtuvo el beneficio patrimonial.¹⁰

Desde la perspectiva de Mir Puig,¹¹ se plantea esta necesidad de atribuir responsabilidad penal a las personas morales desde el punto de vista pragmático siguiendo el pensamiento de Liszt y Prins, basadas en su peligrosidad al servir de enmascaramiento de quienes se auxilian de ellas para delinquir, por tanto es necesario imponer un castigo.

Punto de vista que comparte Silva Sánchez,¹² al señalar la necesidad de hacer frente a una situación de hecho que afecta a la sociedad y que es el “derecho penal de la globalización”, donde el paradigma lo constituye el delito económico organizado, por lo que la propuesta es en sentido de flexibilizar las categorías jurídico penales.

Posturas que plantean solución para atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas

Juan Bustos Ramírez,¹³ plantea que la solución para reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se encuentra en las categorías de la acción o la culpabilidad, sino a nivel de la participación. Sostiene que éstas prestan una colaboración o coparticipación en las actuaciones de las personas físicas, por lo que es posible atribuirles la calidad de participes o coautoras. Para arribar a tal conclusión partió de la tesis de que las personas

⁹ GARRIGOS. *Op.cit.* pp. 175-176; RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Económico comparado*. 1ª ed. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid. p. 254.

¹⁰ Vid. LUZON. LUZON Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I*. 1ª ed. Universitas Ed. Madrid. 1996. pp. 288-289; RIGHI. *Op. cit.* pp. 251-252.

¹¹ MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 6ª ed. Reppertor Ed. Barcelona. 2002. p. 194.

¹² SILVA. *Op. cit.* pp. 85-88.

¹³ FELLINI, *Op.cit.* pp. 26-27.



jurídicas nunca podrán ser sujeto activo de un delito, por lo que resulta más sencillo a partir de la participación elaborar una dogmática autónoma y garantista.

David Baigún,¹⁴ apunta la posibilidad de recurrir a un sistema convencional y elaborar un nuevo esquema de dos vías de imputación ante el hecho protagonizado por un ente jurídico; uno que aprehenda a la persona jurídica como unidad independiente y otro que se dirija a las personas físicas que lo integran.¹⁵ A la acción de la persona jurídica, le llama “*acción institucional*”, señala que el ser humano actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional; sin embargo refiere que el actuar se encuentra determinado por otras instituciones reales: la que se genera en el ámbito normativo; la que nace de la propia organización; y, finalmente, la que se identifica con el interés económico que gobierna a las anteriores; estableciendo el eje de la imputación objetiva en el ámbito normativo, toda vez que se instituye para el comportamiento de las personas jurídicas.

De acuerdo con Silvina Bacigalupo, el primer problema que se presenta al tratar de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surge a partir de la propia definición de sujeto de derecho; por lo que su teoría se basa en torno a la reformulación de ese concepto, modificando desde ahí las categorías dogmáticas de la teoría del delito.

Jakobs, elabora la teoría del delito en base a la función del derecho penal, por lo que se produce la “renormativización”¹⁶ de los conceptos; sujeto, no es quien haya ocasionado el resultado, sino aquel que sea competente, a partir de estas concepciones afirma que las personas jurídicas son capaces de acción y de culpabilidad propia; por ende, su teoría se funda en la transformación de la idea de sujeto y de la interpretación de la sociedad.

Volk, planteó la necesidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica; identificando para ello, en principio que sólo serían sujetos de aquellos hechos delictivos en los que tuviera una “relación funcional”, esto es, un vínculo entre el hecho y el ámbito de deberes y obligaciones concretas del órgano o los representantes, considerando además la

¹⁴ *Idem.* pp. 27-28.

¹⁵ MUÑOZ Conde, Francisco y Mercedes García Aran, plantean la opción de una doble vía, para efectos de evitar las lagunas de la punibilidad. *Vid.* MUÑOZ Conde, Francisco y Mercedes García Aran. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed. Tirat lo Blanch Ed. Valencia. 1998. pp. 247-249.

¹⁶ BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.* p. 35.



necesidad de castigo a la persona física relacionada con el hecho delictivo; reconoce la imposibilidad de salvar la construcción dogmática de la culpabilidad, por lo que plantea la necesidad de establecimiento de un sistema penal de responsabilidad colectiva paralelo al de la imputación individual; sin embargo no aportó sus fundamentos.¹⁷

La situación en México

El artículo 11 del Código Penal Federal, previene la posibilidad de decretar la suspensión o disolución de una persona jurídica en supuestos específicos; respecto del artículo, Righi señala que se trata de una norma de escasa incidencia, que niega la capacidad de las personas jurídicas, al prever una medida de seguridad y no una pena; critica esta postura por dos circunstancias: “a) La suspensión o disolución de la persona jurídica es facultativa, lo que establece un alto grado de discrecionalidad a cargo del órgano jurisdiccional. b) El juez debe tener en cuenta si la medida resulta necesaria para la seguridad pública, efecto ciertamente improbable, ya que remite a un bien jurídico que no guarda relación con los tipos penales involucrados.”¹⁸

En el año 2003, se envió a la Cámara de Senadores la iniciativa de decreto de reforma, entre otros del artículo 11 del Código Penal Federal,¹⁹ se planteó la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas morales en razón del peligro de las actividades delictivas desarrolladas por éstas y como respuesta a las finalidades de defensa social del Derecho penal, criticando su contenido por considerar que vulneraba lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional, al prever la posibilidad discrecional del juez de decretar en sentencia la suspensión o disolución de una persona moral; sin haberla llamado a juicio.

Orellana Wiarco,²⁰ señaló que se deja en estado de indefensión a la persona moral al aplicarse la sanción prevista en el Código Penal y destacó que correspondía al Ministerio

¹⁷ *Idem.* p. 178-179.

¹⁸ RIGHI. *Op. cit.* p. 252 y 258.

¹⁹ Gaceta parlamentaria. Número 4. año 2003. En: http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lg=59&lk=4/2_ejecutivo/INICIATIVA_cohedo_EJECUTIVO.html

²⁰ ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal Parte General*. 1ª ed. PORRÚA. México. 1999. p. 168.



Público de la Federación al momento de ejercitar la acción penal solicitar la suspensión o disolución de la persona moral y afirmó que la institución poco se preocupaba por solicitar y probar los supuestos previstos en la ley; por tanto, no existe registro de alguna sentencia donde se haya pronunciado la suspensión o disolución de persona moral alguna.

Consideraciones finales

Haciendo un análisis integral de las diversas posturas que han sido planteadas, se observa que las categorías jurídicas que integran la teoría del delito fueron elaboradas tomando en consideración únicamente a las personas físicas y no a las jurídicas o morales.

Circunstancia que se convierte en el primer obstáculo para establecer el efectivo reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puesto que resulta necesario modificar las categorías existentes, lo que representa la transgresión de principios que fundamentan su existencia o en su defecto la creación de un modelo particular.

Con entera independencia del modelo que se adopte, la realidad social clama por el debido reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas no solo en el ámbito civil y administrativo, sino en el penal, a fin de evitar la impunidad que se ha generado en torno a cuestiones relacionadas sobre todo con delitos económicos; los cuales quedan impunes, al no poder establecerse la responsabilidad de persona determinada, dada cuenta con la división de funciones que se atribuyen a cada persona física dentro de una persona jurídica.

Los argumentos que se basan en cuestiones de política criminal son los más apropiados para fundar el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; se destaca la postura planteada por Bacigalupo, quien identifica que el problema no reside en las categorías que conforman la teoría del delito, sino estriba en el concepto de persona, por lo que la elaboración que realiza Jakobs, aporta elementos determinantes, para no considerar única y exclusivamente a la persona física como sujeto de derecho penal.

Es importante destacar que no es suficiente con superar los obstáculos que representa la teoría, sino que es menester establecer límites para la función que cumple el Estado; en ese sentido, el planteamiento que formula Silvina Bacigalupo en torno a especificar aquellos

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



delitos que sean susceptibles de cometer las personas jurídicas es un elemento que debe ser tomado en consideración al momento de emitir una decisión de carácter legislativo.

La respuesta que emitió el legislador mexicano en el artículo 11 del Código Penal Federal, no es óptima para sancionar las conductas desplegadas por las personas jurídicas en el ámbito federal; la doctrina no señala algún antecedente de su actualización; en segundo lugar, transgrede el derecho de audiencia que está debidamente regulado en la Constitución Política, con lo cual se deja la posibilidad de que la persona moral que sea afectada con una sanción impuesta en términos del numeral en comento, pueda y deba ocurrir a la autoridad federal en busca del amparo y protección por violación a una disposición Constitucional; y, finalmente, involucra como elemento que la medida sea necesaria para la seguridad pública; sin embargo, la seguridad pública no es un concepto que esté directamente relacionado con la comisión de delitos económicos.

Ahora bien, si a lo anterior se adiciona la circunstancia relacionada con la inactividad por parte del Agente del Ministerio Público de la Federación para investigar y acreditar los supuestos previstos en el numeral en comento, la situación se agrava por lo que se puede concluir que es necesaria una reforma a la legislación, a fin de reconocer de manera efectiva la responsabilidad penal de la persona moral que responda a una necesidad social no solo de carácter nacional sino internacional.

Fuentes de información

a) Bibliográficas

- BACIGALUPO, Silvina. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1ª ed. Bosch Ed. Barcelona. 1998. 445 p.
- FELLINI, Zulita. (Directora). Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Persona Jurídicas. Tomo I. 1ª ed. GRÜN Ed. Buenos Aires. 2004. 385 p.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- LUZON Peña, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I. 1ª ed. Universitas Ed. Madrid. 1996. 651 p.
- MIR Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 6ª ed. Reppertor Ed. Barcelona. 2002. 761 p.
- MUÑOZ Conde, Francisco y Mercedes García Aran. Derecho Penal Parte General. 3ª ed. Tirat lo Blanch Ed. Valencia. 1998. 679 p.
- ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. 1ª ed. PORRÚA. México. 1999. 440 p.
- PALMA Herrera, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales. 1ª ed. Edersa Ed. Madrid. 2000. 991 p.
- RIGHI, Esteban. Derecho Penal Económico comparado. 1ª ed. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid. 363 p.
- SILVA Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. 1ª ed. Civitas Ed. Madrid. 1999. 127 p.

b) Legislativas

- Código Penal Federal

Páginas electrónicas

- www.senado.gob.mx

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Conciliación global como fin del Derecho

Isabel Guerra Narbona

En el siglo XVII, Hobbes, famoso inglés conocido por su obra *Leviatán*¹, tratado sobre la naturaleza humana y el origen de la organización de la sociedad, escribía: “es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre. Pues la GUERRA no consiste sólo en batallas, o en el acto de luchar; sino en un espacio de tiempo donde la voluntad de disputar en batalla es suficientemente conocida” para explicarnos el estado de naturaleza en el que se encontrarían los sujetos antes de la creación de la institución de la sociedad civil. En este estado de naturaleza, el hombre guiado por su deseo o apetito buscaba por todos los medios la conquista de sus fines. No importaba el modo ni el procedimiento, cualquier hazaña por muy cruel que nos pareciera sería buena para conseguir alcanzar con éxito los fines pretendidos. Se establecía, de esta manera, un escenario en donde la relación entre los hombres se sometía a la competencia por el poder y la riqueza dando lugar al caos. En tal contexto, la igualdad entre los sujetos era igualdad para matar y someter, lo mismo ocurría con la libertad. Ambas nacerían bajo las mismas pretensiones, ambas eran instrumentos necesarios para, mediante la rivalidad, hacerse con el poder.

Leyendo a Hobbes y reflexionando sobre los preceptos que dan forma al estado de naturaleza, descubrí una similitud entre éste y el sistema que impera hoy y que conforma todo cuanto somos o podemos llegar a ser: la era del capitalismo salvaje. Nadie podrá dudar que nos encontramos sumidos en un sistema mundial que carece de moral. En él, las

¹ Hobbes, T., *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1979, p.224



grandes empresas transnacionales se afirman por encima de la vida de todos los hombres. El comportamiento de las empresas como individuos en plena competitividad tan sólo nos deja reconocer la imposición de un sistema basado en el egoísmo y en el interés económico por encima del bien social. No hay una palabra que mejor describa su modo de proceder en el mundo: el *aplastamiento* de los hombres, de sus vidas y de sus dignidades. Fuerza y violencia son el motor en la lucha perenne contra el otro para llegar a poseer el mayor beneficio económico.

Al igual que el estado de naturaleza pensado por Hobbes, nuestro “Estado” se va agotando cada vez más, la competencia entre empresas reduce las posibilidades de alcanzar una vida digna. Carecemos de un sistema jurídico y moral de alcance mundial que plante cara al poder sin límites, a los antojos de una libertad que somete al resto de la humanidad a la degradación de sus derechos fundamentales. Estas empresas transnacionales se comportan como depredadoras haciendo de nuestro mundo un paraíso para el mercado y una prisión para la democracia y los derechos fundamentales, porque no existe ningún poder que regule su comportamiento y traiga orden al caos y justicia a la barbarie. Si es verdad que el Estado deja de cumplir con sus obligaciones sociales y políticas, sino hay nada que interponga un límite al poder desmedido de las grandes empresas, ¿veremos morir a la política y a la democracia? Si esto es así, nadie podrá negar que estén en peligro los Derechos Humanos.

En el siglo XIX pensadores como Adam Smith o David Ricardo² entendieron la economía como un proceso institucionalizado de interacción capaz de construir aquellas medidas más adecuadas para satisfacer las necesidades materiales de los hombres. Un siglo más tarde, el concepto de economía fue transformado en “la justificación y la racionalización de la lucha por conseguir el mayor beneficio individual”. Este cambio, ha supuesto que si antes la economía era entendida como un medio para conseguir abastecer las necesidades materiales de los hombres, ahora, se puede entender como todo lo contrario,

² Herrera Flores, J., *El Vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la Razón Liberal*, desclée de brouwer, S.A., Bilbao, 2000, p. 1-2, introd..



un medio que busca satisfacer, no las necesidades materiales, sino una eterna obsesión por acumular riqueza a base de impedir que otros, la gran mayoría, puedan siquiera satisfacer las necesidades más primarias y fundamentales del género humano.

Esta nueva forma de entender el fundamento de la economía ha sido posible por la emergencia de un proceso que aparece sobrecogiendo al hombre en todas sus facetas: La globalización ha sido capaz de transformarla políticamente, socialmente, económicamente, tecnológicamente, culturalmente, y porque no, religiosamente el comportamiento humano trayendo a éste nuevas formas de relacionarse que antes no existían.

Bajo la apariencia de estar viviendo en una “sociedad mundial”, la globalización ha hecho del mundo un mundo fragmentado globalmente. Sus consecuencias son visibles desde el ámbito económico, tecnológico, cultural, político y moral.

En el ámbito económico, el mercado es el nuevo dictador que ordena el mundo desde el punto de vista de la riqueza y la pobreza. Creando una nueva forma de entender la libertad e igualdad y legitimando su concepción acerca de las dignidades humanas, ha logrado que éstas sean cada vez más vulnerables al nuevo sistema.

La globalización ha sido quién ha encontrado en el mercado el medio idóneo donde ubicar al hombre haciendo que aquel sea identificado con la democracia, con la familia, con la amistad. Además, al poner un precio a todo cuanto existe o pueda existir, el mercado, ha hecho reducir los derechos humanos a derechos de propiedad: Cualquier necesidad humana es un objeto que tiene un precio en el mercado. No hay nada fuera del mercado, el mundo se ha ido adaptando a sus exigencias y fuera de ellas millones de vidas sucumben, desaparecen, pero lo hacen de forma legal. El ámbito de la libertad humana cobra sentido en las relaciones mercantiles, somos libres sólo si hacemos de nuestras vidas un medio para el consumo, pero terminamos siendo esclavos del consumo porque éste no otorga sentido humano a nuestras vidas.



El mercado como nuevo ámbito de relaciones sociales ha propiciado la degradación del sujeto en aras de un individuo basado en la propiedad. Este suceso ha logrado que valores como la libertad e igualdad indispensables para el desarrollo moral de los sujetos se hayan transformado en libertad e igualdad para comprar y vender sin trabas judiciales, sin límites éticos. Bajo estas condiciones, el único marco de legitimación es la propiedad, con ella, la justicia ha pasado de ser un valor inalienable y universal vital para la institución de los derechos humanos a un mero objeto que se adquiere pagando un precio en el mercado. Este sistema económico hace posible poseer sin límites cualquier cosa imaginaria bajo un precio estipulado por la oferta y la demanda. Así, en el mercado se puede encontrar desde objetos simples pero fundamentales como alimentos hasta una isla del Pacífico. De hecho, no podemos pasar por alto que son los amos de las grandes empresas transnacionales los que controlan a sus antojos el destino de un país.

Son las empresas, creadas como verdaderos sujetos, aquellas que se han apropiado de los derechos humanos dejando a los hombres a expensas de un destino incierto. Aquello que se nos presenta bajo la estrategia de globalización³ como derechos humanos son derechos como los que tienen los personajes colectivos como Mercedes, Siemens o Microsoft. Teniendo en cuenta esta consideración, ¿Cómo es posible que Microsoft tenga derechos humanos? y sin embargo, el hombre, por el contrario, al despojarse de su naturaleza humana se ha transformado como afirma Franz J. Hinkelammert⁴ en una sustancia calculadora que se mueve en un mundo de puros objetos y calcula su posibilidad de acceder a ese mundo consumiéndolo, y al hacerlo, parece haber olvidado cuales son sus verdaderas necesidades para llevar una vida humana.

³ Hinkelammert, J., Bloq. II, *Estrategia de la globalización: Límites e insuficiencias de la Razón liberal.*, *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la Razón liberal*, desclée de brouwer, S.A., Bilbao, 2000, p.120

⁴ Hinkelammert, J., Bloq. III, *La universalidad del sujeto y los procesos de inversión ideológica de los derechos humanos*, *El vuelo de Anteo, derechos humanos y crítica de la Razón liberal*, desclée de brouwer, S.A., Bilbao, 2000



Todo el sistema se ha transformado en un gran engranaje de funcionamiento. Todo el mundo humano adquiere un sentido económico. Hasta la educación y la salud son considerados parcelas de creación de capital, es decir, grandes campos sociales donde alcanzar grandes beneficios económicos además de ser objetos para la especulación.

Es el marco económico, desde la libertad con la que opera el mercado, el que está propiciando grandes males a lo demás ámbitos de actuación del hombre: ámbito social, cultural, político, tecnológico y ético y moral, dando lugar a una fragmentación de cada uno de estos ámbitos.

Por su parte, la sociedad es una víctima directa de la actuación indiscriminada del mercado total, hecho que ha procedido al cambio en el papel de actuación de la ciudadanía y de los contenidos de la democracia.

Si echamos la mirada atrás en el tiempo, recordaremos como la modernidad supuso en las sociedades la eliminación de las diferencias estatales que se establecían por razón de nacimiento, raza, sexo, condición económica que daría lugar a la creación del status de ciudadano. Sin embargo, este status se ha ido desarrollando por un camino lejos del destino por el que fue creado, dando lugar a una concepción “premoderna” de ciudadanía en la que ésta opera de exclusión y diferenciación social al dividir la sociedad entre los que tienen el privilegio de poseer tales condiciones de ciudadanos y aquellos que se ven privados de ellas. Los que no gozan de privilegios sociales son los otros, los no ciudadanos que forman los nuevos esclavos del siglo XXI: El pobre y miserable, víctima de hambrunas prolongadas y reo de conflictos y guerras, el desempleado que termina olvidado por su comunidad o el inmigrante que es tratado como bárbaro cuando “invade” las fronteras territoriales y sociales del mundo rico.

Por otro lado, el propietario del título de ciudadano se ha desentendido y despreocupado de sus obligaciones sociales y políticas, bajo esta perspectiva, no nos



queda más remedio que afrontar la llegada de un nuevo nihilismo de la existencia humana. El ciudadano ha puesto fin a su condición originaria aislándose de su comunidad y refugiándose en el mundo inhóspito y desalmado del mercado. Hecho que nos pone de relieve el advenimiento, no sólo de un debilitamiento del sujeto, como apunta Alfonso de Campuzano, sino el fin de la sociedad entendida como la unión de sujetos que interactúan entre sí para el bien común. Si se rompe el dialogo y conexión necesario para la unidad entre los sujetos, entonces, estaremos condenados a aceptar la muerte social del sujeto como propietario legítimo de los valores fundamentales para el cumplimiento de las dignidades y deberemos prepararnos para el triunfo del individuo propietario de objetos indiferentes para su desarrollo moral.

La globalidad como creación de una sociedad mundial intenta afirmarse por encima de cualquier forma de creación de mundos posibles. Esta nueva sociedad⁵ se presenta como una multiplicidad sin unidad porque carece de un orden y de unas instituciones que la represente. Es una sociedad funcionalmente diferenciada que dividida en ámbitos busca por todos sus medios hacernos creer en la posibilidad de una sociedad civil fuertemente unida.

El ámbito cultural también ha sufrido un cambio, una revolución como consecuencia de la globalización que ha infligido un sistema basado en los presupuestos impuestos por el mercado. Dentro de esta revolución, la globalización y la localización, según afirma Beck, Ulrich, son fuerzas impulsoras que ponen en juego la existencia de una estratificación de la población mundial en ricos globalizados y pobres localizados. Pero, la realidad nos descubre como al lado de la globalización de los ricos se desarrolla tímidamente la globalización de los pobres, pues no podemos ignorar que fenómenos como la discriminación, exclusión, rechazo, se repiten incesantemente en cualquier parte del mundo. Ambas forman dos grandes culturas (la de países ricos y la de países pobres) que contrapuestas se necesitan para dar sentido positivo o negativo a su mundo.

⁵ Ulrich, B., *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 2002, p.,150



En la cultura de la riqueza, el mundo rico, el espacio no significa nada para sus habitantes y viven tras un tiempo que se les escurre de sus vidas debido al número de actividades sociales, políticas y económicas, llenando un vacío carente de sentido. Todo lo contrario para la cultura de la pobreza, segundo mundo que atrapados en un espacio inamovible se encuentran sujetos al tiempo vacío y al no saber como llenarlo de sentido.

También, la política está herida de muerte al no conseguir adaptarse a un modelo de sociedad que señala un ámbito aún por investigar y ésta queda desorientada en un espacio intermedio entre el Estado nacional y la nueva sociedad mundial. En el Estado nacional la política se encontraba inserta en un territorio y otorgaba unidad a la cultura, a la economía y a la sociedad. Con la llegada de la globalización se consiguieron abrir las fronteras produciéndose una pérdida en el papel original de soberanía del Estado, haciendo de la política un símbolo vacío más que un medio donde establecer un orden jurídico que aseguren los derechos fundamentales de los sujetos. Ahora, son las leyes inexorables del mercado en la esfera internacional los que determinan el margen de actuación de las políticas internas.

Si las políticas de los Estados se han despolitizado; si la regulación de los mercados se aleja del ámbito público y se desplaza hacia el privado, lejos del control democrático; si el derecho regulador y social está en crisis, entonces, surge inevitablemente un constitucionalismo mercantil global que tiene como esencia la desregulación. Todo este proceso ha sido suficiente para hacer temblar los cimientos de la democracia.

En cuanto a la esfera del progreso tecnológico, la tecnología de las telecomunicaciones ha sido la responsable de la expansión de la globalización y ha creado, como afirma Castells, “la sociedad red”⁶. No obstante, a pesar de que nos encontramos en una revolución mundial de la comunicación, estamos sumidos en la mayor fragmentación

⁶ De Julios-Campuzano, A., *La globalización ilustrada*, Dykinson, 2003, p.21-22



social que ha hecho de nosotros seres individuales que buscan la satisfacción del interés propio.

Por otro lado, aunque la tecnología ha significado para el mundo rico desarrollo, no ha ocurrido igual para el mundo pobre, para éstos, la tecnología significa destrucción del medio ambiente y contaminación, desplazamiento de millones de personas de sus hogares, extracción irracional de los recursos naturales y presión para convertir los lugares más pobres en basureros para los desechos tóxicos.

Nos encontramos sujetos en un violento impacto global al que muchos han llamado “sociedad mundial”. Sin embargo, no puede existir tal sociedad en un mundo fragmentado, lo único que nos une como gran sociedad son los conflictos mundiales que asechan nuestra seguridad haciendo de nuestra cotidianidad un caos creciente. Este escenario global remite inevitable a una crisis del ser social, político y ético. En la economía, las grandes empresas multinacionales se encuentran en una relación de lucha constante por arrebatararnos el mayor número de riquezas aplastando, incluso, los derechos y libertades de la gran mayoría. Desde este lugar, el Derecho está ausente. En la política, el Estado-nación ha perdido su papel como soberano condenando al hombre a ser un instrumento para legitimación del poder económico. La democracia queda reducida a un texto simbólico carente de contenido, sentido y dirección. Desde este lugar, el Derecho se lava las manos. La sociedad mundial se fragmenta, los sujetos actúan como individuos aislados ante un mundo que agoniza. Desde este lugar, el Derecho duerme. La tecnología se comporta como un aliado del mercado que busca desarrollar aquellos ámbitos que garanticen un margen amplio de beneficios económicos al sistema. Desde este ámbito el Derecho ignora la realidad. Y el ámbito moral, desde donde se hospedan todos y cada uno de los conflictos que descansan en los demás ámbitos, forman el ámbito de los derechos humanos. Desde este último lugar, el Derecho reniega de las necesidades fundamentales humanas.



Pero, necesariamente, es desde el Derecho social e internacional donde deben partir las leyes institucionales reguladoras que limiten el poder de actuación del mercado, que active el papel político de los Estados para que, éstos, se integren y cooperen para el bien social, para que la democracia y la ciudadanía se reencuentren en su ámbito vital de solidaridad, para ayudar a que las tecnologías dejen de estar al servicio del mundo rico y socorran las fragilidades y vulnerabilidades de los más pobres y para otorgar legitimidad para que las culturas puedan reivindicar sus derechos de identidad y de libertad. Resumiendo, que sirva de motor que impulse la conquista de los derechos humanos asumiendo una responsabilidad ética y moral y proporcionando los medios necesarios para que se establezca con éxito una distribución igualatoria, no sólo de bienes materiales, sino de técnicas y medios de aprendizaje que permita el desarrollo en lugares olvidados.

Ahora, es el momento en el cual el Derecho debe tomar la iniciativa y dictar aquellas leyes acorde a “una sociedad de riesgo mundial”, adoptando, para ello, soluciones específicas a nivel supra e infraestatal para, de esta manera, aliviar la crisis de la civilización presente y de aquella que esta por venir, superando el paradigma del espacio y del tiempo.

Para conseguir establecer un orden ético y político mundial por el Derecho, es necesario, primero, reconocer que el Derecho nacional e internacional vigente carecen de cualidades para hacer que se respeten los derechos de integridad corporal, de satisfacción de necesidades sociales y económicas. Después, crear un espacio amplio para el dialogo con el fin de llegar a un consenso mundial, un nuevo orden cosmopolita⁷ que consiga poner fin a esa visión atomista de los Estados como unidades desagregadas e independientes que miran por sus intereses individuales. Además, otorgar al Estado el papel de mediador entre la particularidad de la cultura y la universalidad de la condición humana y la de sus derechos.

⁷ De Julios-Campuzano, A., *La globalización ilustrada*, Dykinson, 2003, p.254-255



Debemos conseguir que, por todos los medios, el Derecho no sea una pieza muerta para el respeto universal de los derechos fundamentales, sino que brinde una vida larga y próspera a la amistad de todos los ámbitos que constituyen el escenario necesario para el desarrollo del sujeto económico, político, tecnológico, social, y moral.

De Julios-Campuzano, *En las encrucijadas de la Modernidad*, Universidad de Sevilla, 2000





Economía política de la corrupción en el capitalismo periférico iberoamericano ante la transición post modernista

Jorge Isauro Rionda Ramírez

Sumario:

Las instituciones son las reglas del juego. No puede haber trabajo organizado mientras no haya reglas. No hay empresa alguna si no hay garantías, las instituciones otorgan certidumbre a la especulación y expectativa en los anhelos de las personas. De esto derivamos 4 razones económicas de la pertinencia institucional: Las instituciones económicas garantizan el contrato social, esto es, las relaciones industriales, relaciones capital trabajo, relaciones obrero patronales. Las instituciones económicas son garante de la retribución a los dueños de los factores productivos por su contribución marginal al valor del producto. Las instituciones económicas organizan socialmente la producción.

La sociedad requiere una dirección, la sociedad como organización social del trabajo y como organización social de la producción y la circulación. Legalidad y justicia son un binomio que no debe separarse por lo que es el ideal del derecho. La realidad económica y social en gran parte no esta en apego a relaciones justas, por lo que el derecho normativo tiende a ser idealista y poco práctico.

La cuestión desde luego es que el cambio acelerado del esquema económico post fordista requiere que se creen instituciones de carácter positivo, de no hacerse entonces las nuevas actividades económicas no inscritas en la legalidad forman el sector informal de la economía: la corrupción. Cuando el crecimiento económico rebasa al derecho entonces se crece a costa del desarrollo: el interés en la reproducción de las cosas subordina al derecho de las personas.

Se desprende ahora la comprensión de que el crecimiento económico violentado por el esquema de producción flexible rebasa la capacidad de regeneración de las instituciones, o bien las hace obsoletas. El derecho surge de la lucha de clases, de los protagonismos y antagonismos que causa el propio reparto económico o estructura económica que estable el orden institucional: la política.

Palabras clave:

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



1. Instituciones
2. Derecho
3. Organización social
4. Trabajo
5. Producción

1. La razón económica de las instituciones:

Las instituciones son las reglas del juego. Las normas que permiten la organización. No puede haber trabajo organizado mientras no haya reglas. El trabajo organizado es mucho más eficiente que el trabajo independiente. La coordinación de acciones y la cooperación entre las personas permite que pueda existir un orden social. La civilidad es efecto de dicho orden y gracias a ello se pueden tener garantías, que la da certidumbre. La creencia y fe en el sistema que nos brinda protección permite admitir el riesgo y da cabida a la iniciativa, a la empresa. No hay empresa alguna si no hay garantías, las instituciones otorgan certidumbre a la especulación y expectativa en los anhelos de las personas. El orden institucionalizado permite organizar la producción y otorgan certidumbre a al expectativa de la empresa. La organización es un derivado de las instituciones por lo que la civilización es propiamente una sociedad organizada gracias a que tiene un orden institucional que ha organizado la producción como la protege. De esto derivamos 4 razones económicas de la pertinencia institucional:

1.1 Las instituciones económicas garantizan el contrato social, esto es, las relaciones industriales, relaciones capital trabajo, relaciones obrero patronales.

1.2 Las instituciones económicas establecen el reparto económico, es decir, son la base de la propiedad privada y del rol que a cada agente le toca en el proceso de producción. Surge por ello la sociedad de clases con una división y especialización social del trabajo, así como los intereses de protagonistas y sus antagonismos: la política. Se deriva de ello la estructura económica que es la base infraestructural de la sociedad.

1.3 Las instituciones económicas son garante de la retribución a los dueños de los factores productivos por su contribución marginal al valor del producto.

1.4 Las instituciones económicas organizan socialmente la producción.

Sin subestimar otras como son las de competencia económica, las externalidades de la producción y las de eficiencia económica, en materia de economías política las 4 enunciadas aquí son propiamente las de nuestro interés.

2. El estado y el orden institucional

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



La sociedad requiere una dirección, la sociedad como organización social del trabajo y como organización social de la producción y la circulación. El papel económico del estado es su regulación en ello y la vigilancia de que las normas se cumplan dentro de las relaciones industriales que esto involucre. La sociedad, los individuos quedan sujetos a las reglas del juego y el estado adquiere un papel judicial en el cielo al apego al orden institucional, así como de esto se deriva su papel como burocracia. Entonces el estado es legítimo en cuando exista la necesidad del orden que establecen sus instituciones, y el fascismo surge cuando el Estado se aleja de su institucionalidad, cuando el mismo no respeta las instituciones que justifican su existencia como aparato de gobierno, es entonces que surge la corrupción del Gobierno.

3. Del derecho normativo al derecho positivo

Las instituciones establecen un orden en el apego de dar a cada quien lo que se merece, es decir, establecer relaciones industriales justas (justicia). Por tanto, la legalidad, que es lo que se admite o permite, debe estar en apego de la justicia, de dar u otorgar a cada quien su merecido. Legalidad y justicia son un binomio que no debe separarse por lo que es el ideal del derecho. A esto se le conoce como derecho normativo y es quien se preocupa por cómo debieran ser las cosas en apego a mantener dicho binomio. La realidad económica y social en gran parte no esta en apego a relaciones justas, por lo que el derecho normativo tiende a ser idealista y poco práctico. Parte de un entorno moral, ideológico donde las reflexiones derivan juicios de bondad y de valor.

En la necesidad de regular lo que es y no lo que debiera ser esta el derecho positivo, que norma lo que es, independientemente del fondo moral e ideológico que conlleve, parte de juicios de verdad, es científico, aplicable, amoral, pero queda en muchos casos aparte el tema de la justicia que en el neoliberalismo post fordista se suplanta por el altruismo solidarista.

La cuestión desde luego es que el cambio acelerado del esquema económico post fordista requiere que se creen instituciones de carácter positivo, de no hacerse entonces las nuevas actividades económicas no inscritas en la legalidad forman el sector informal de la economía: la corrupción. La cuestión es que se piensa que el derecho es la directriz del crecimiento económico. Mientras este último quede inscrito en el derecho se puede hablar de desarrollo. Cuando el crecimiento económico rebasa al derecho entonces se crece a costa del desarrollo.

Por tanto, en un sentido institucional el desarrollo es el anhelo de canalizar el crecimiento en aras de la justicia, la equidad y la igualdad. Un crecimiento ajeno a estos preceptos es desordenado, caótico, corrupto y *en río revuelto ganancia de pescadores*.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



4. Legalidad y justicia

El cambio frenético que infringe la flexibilidad de los procesos productivos ante la emergencia de la toyotización, implica que es ahora la economía la que le pone la directriz al derecho y es entonces que se abandona paulatinamente el anhelo normativo que va dejando terreno al derecho positivo, cada días más la legalidad se aleja de la justicia. El interés en la reproducción de las cosas subordina al derecho de las personas. Un fetichismo de la mercancía que explica el fascismo del mercado capitalista en su ultra desarrollada forma post modernista.

5. Crecimiento económico y estado de desarrollo

Se desprende ahora la comprensión de que el crecimiento económico violentado por el esquema de producción flexible rebasa la capacidad de regeneración de las instituciones, o bien las hace obsoletas. Por lo que las reformas institucionales deben darse en el marco del cambio económico, orquestada a su mismo ritmo y en su mismo sentido. El derecho surge de la lucha de clases, de los protagonismos y antagonismos que causa el propio reparto económico o estructura económica que estable el orden institucional: la política. En el capitalismo, el marco en que se sintetizan las instituciones es la democracia a través de fórmulas parlamentarias, o de república. Muchas de estas controversias institucionales que se dan a efecto del crecimiento económico enconan problemas que no se concilian en corto plazo, o bien contradicciones de carácter fundamental.

6. El problema institucional

El problema institucional surge básicamente por estas 4 razones:

6.1 Por que hay reglas que no existen, es decir, el crecimiento económico rebasa a la derecho con la generación de actividades económicas que antes no existían, por lo que no son concebidas en el marco institucional.

6.2 Por que hay reglas que ante el cambio que causa el crecimiento económico se han vuelto obsoletas.

6.3 Por que hay reglas que no se aplican, las ignoran enajenadas por intereses de grupos.

6.4 Y por que hay reglas que excluyen reglas, se contradicen unas a otras a lo que se puede denominar esquizofrenia institucional.



La reforma institucional debe centrarse en superar el problema institucional generando las instituciones pertinentes al crecimiento económico, actualizando las obsoletas, aplicándolas sobre el interés político y buscando sean consistentes y coherentes. En el grado que exista el problema institucional en estas 4 razones, en ese grado surge la corrupción.

La reforma institucional se da en el marco de lo político, es controversial y dialéctico y en muchos casos los plazos no son acordes a la pertinencia del cambio económico, es por ello que la corrupción tiene un origen político efecto del reparto económico y de la organización social de la producción y de la circulación, y asimismo es efecto institucional.

7. Lo legal y lo formal vs lo ilegal y lo informal

Se deriva de lo anterior que aquello que es legal pasa a conformar el sector formal de la economía, así como lo ilegal es propiamente el sector informal de la economía. La corrupción es el sector informal, y evidentemente no solo habla de un problema de orden institucional sino de una crisis de conducción económica, cuestiona la legitimidad del estado, expresa la crisis del propio estado y de la regulación. También es la expresión del nacimiento de un nuevo orden que con tiempo exterminará al presente.

8. Regulación y crisis o la crisis de la regulación

Conforme prolifera la corrupción, la regulación del estado deja de tener capacidad de control, hay una crisis de conducción y a su vez implica la inoperancia de la política económica y la ineficacia de la planeación y la previsión. La coyuntura se vuelve riesgosa y las empresas enmarcadas en lo formal pierden incentivos, en cambio las empresas prósperas son las ilegales, actividades corruptas que al margen y a costa de lo institucional obtienen grandes ganancias e incentivos a su crecimiento.

9. La producción flexible y la flexibilidad del cambio

El esquema de producción flexible propio del post fordismo causan que la innovación tecnológica implique permanentemente cambios en los procesos de producción. Así la vigencia de la organización se viene abreviando, por lo que las relaciones industriales pasan de ser de largo a corto plazo. Implica necesidad de crear nuevas legislaciones laborales que regulen los contratos obrero patronales y garanticen la previsión social que es predicado de las garantías laborales.

Cambios desenfrenados que causan la obsolescencia prematura del capital, lo que lleva a la necesidad de implementar una tecnología polivalente y lo que es más, el uso polivalente de los factores productivos. La organización de la empresa esta en continuo re estructuración. El propio cambio es flexible en el sentido de que implica una permanencia efímera.



10. Innovación y cambio: las sinergias y las entropías

El problema es los siguientes dos interrogantes:

- a) Cómo combinar lo viejo con lo nuevo y,
- b) cómo combinar lo externo con lo interno.

En esto podemos sostener que el cambio implica que hay elementos de lo antiguo con lo moderno, como lo externo con lo interno, que son incluyentes, por lo que son sincretismos que al sumarse se multiplican creando sinergia al esquema económico.

Pero por otro lado, a su vez existen elementos excluyentes que entran en conflicto, al restarse dividen y crean una hibridación que es causa de la entropía del esquema.

Entonces el interés es en este último sentido. Las reformas deben conciliar, concebir, y prevenir toda forma de hibridación que implique el cambio.

11. Flexibilidad, libre movilidad y versatilidad: la audacia

La polivalencia de los factores productivos implica la multi funcionalidad de la fuerza de trabajo, como de la organización obrera en sí. A esto se le viene a llamar flexibilidad laboral y nuevo sindicalismo democrático.

Contratos a breve plazo, sin garantías laborales más allá de la liquidación del tiempo laboral ejercido, la permanencia del obrero en el taller es meramente incidental y en algunos casos un mero accidente.

El desempleo friccional explica cada vez más la razón del desempleo en el capitalismo periférico, o subempleo en las economías del capitalismo central.

La automatización que deviene de la maquinización fordista pero nutrida por los adelantos tecnológicos de dos principales líneas: la informática y la electrónica, son la base de un desarrollo desempleador.

Entonces se observa la precarización de empleo en la pérdida gradual y sistemática de la prestación laboral, como de las propias garantías.

Los perfiles se vuelven obsoletos y no hay credencialismo que lo ampare. El trabajador debe ser polivalente (mil usos), y tener capacidad de moverse con facilidad a las regiones donde exista la demanda de trabajo, así como de cambiar de giro laboral con gran versatilidad. Estos son los audaces, quienes tienen la capacidad de adaptarse al cambio, a un

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



ritmo que bien puede rebasar no solo su capacidad y destreza laboral, sino sus propios escrúpulos y sentido de dignidad.

Quienes piensan que las reglas se hicieron para romperse, rebeldes, nutren en si las filas del lumpa proletariado, que ahora suple lentamente al proletariado. La lumpa proletarización es parte de esta versatilidad y movilidad laboral, la precarización del empleo y la pérdida del sentido de dignidad en las relaciones humanas involucradas en las relaciones industriales.

12. El frenesí que la flexibilidad otorga al cambio: la violencia y la esquizofrenia

Ante la movilidad y breve permanencia del trabajador en las factorías, y la versatilidad que exige el proceso de producción flexible, se observa que este cambio frenético y la pérdida de las garantías laborales crean condiciones de inseguridad, temor, miedo e incluso terror. Se vive de forma reactiva y accidental a los caprichos del mercado laboral. La persona entrega su destino a los intereses de la reproducción de las cosas, y vive con base a los parámetros que le implica. Las propias relaciones humanas pierden su carácter de trascendencia, su valor y dignidad y por su brevedad se vuelven relaciones de interés y utilitarismo. Uso, abuso y desuso entre las personas, quienes se ven unas a otras como medios y no fines. Entonces las relaciones humanas también adquieren carácter de incidentales o accidentales, e indignas. El sentido del valor humano y el respeto se pierden. Es una sociedad nihilista, donde impera el súper hombre al que se refirió Federico Nietzsche.

13. Cuando el cambio económico rebasa la capacidad de reformar las instituciones

La innovación tecnológica continua gracias a la versatilidad de la producción, las maquilas continuamente cambian no solo sus procesos de producción, sino su propia organización del trabajo. Las relaciones industriales se acomodan a esto y se dan al margen del propio derecho. Por lo que las instituciones pierden vigencia y se requiere una reforma que las adapte a la nueva realidad. No obstante, esto reviste un proceso político que en plazos, no tiene la capacidad de darse al ritmo del cambio estructural. Así en la post modernidad, la violencia del cambio es causa principal de la proliferación y generalización de la corrupción.

14. Crisis del estado de derecho y de la gobernabilidad

Ante la generalización de la corrupción el estado pierde capacidad de control y conducción económica, las instituciones que arriendan a la sociedad pierden vigencia y pertinencia. Entonces se puede afirmar que se vive una crisis de estado, como efecto de la crisis del estado de derecho. Una crisis de gobernabilidad.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



15. La legitimidad y la obsolescencia institucional

La legitimidad de una norma tiene que ver con su capacidad de resolver los problemas que causa el reparto económico y la organización y división social del trabajo, su obsolescencia es cuando dicha organización y división social del trabajo no son ya reguladas, controladas y garantizadas por las instituciones. Entonces se puede hablar de la legitimidad de la corrupción que nace por la incapacidad del sistema político de reformar las normas al ritmo del crecimiento económico.

16. Economía política de la corrupción

La miopía teórica de los fundamentos del neoliberalismo para el caso de la geografía del subdesarrollo hacen pensar que más que resolver los problemas los reproducen y aumentan, favorablemente para las naciones que concibieron dichas teorizaciones (las naciones industriales) y desfavorablemente para aquellas en vías de desarrollo.

México se integra al esquema económico regional de las Américas bajo la tónica del Consenso de Washington, desde los años 80. Las políticas internas siguen las pautas de la tesis neoliberal y es ahora una de las economías latinoamericanas que presentan los mayores avances en su integración continental, y extra continental, así como una de las economías con más apertura y tras nacionalización.

No obstante, es muy cuestionable el nuevo esquema económico asumido puesto que las contradicciones internas se están violentando y la formación social mexicana presenta síntomas de conflicto. Las urgencias se hacen más imperantes y al parecer aún los grandes avances logrados en la implantación de un modelo de desarrollo hacia fuera no da en la dimensión necesaria las soluciones esperadas.

El grave rezago tecnológico del país se traduce en una fuerte dependencia tecnológica del extranjero, predominantemente de los Estados Unidos. La falta de competitividad de las exportaciones mexicanas, entre otros factores, hacen que los términos de intercambio sean desproporcionales lo que significa déficit perentorios en la cuenta corriente de la balanza de pagos, finalmente, la disminución de reservas llevan a la nación a un continuo deslizamiento de la paridad cambiaria ante el dólar, y el aumento del endeudamiento externo.

No obstante el carácter multilateralista y librecambista de las reformas institucionales en materia comercial, domina un unilateralismo y bilateralismo en el manejo del endeudamiento de las instituciones acreedoras internacionales tales como son el FMI, el BM y los bancos centrales de las naciones industrializadas. Conlleva entonces a que los problemas del subdesarrollo se traduzcan de conflictos en torno al financiamiento al

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



desarrollo al financiamiento del financiamiento, donde los problemas de las naciones en vías de desarrollo pasan de ser de tipo estructural a financiero. Lo que pretendía resolver los problemas de una nación, ahora es el principal problema y obstáculo para su desarrollo.

Ante este cuadro, la vialidad a que las asimetrías existentes entre el centro y la periferia se aminoren, quedan distantes de una realidad en el mediano o largo plazo, la tendencia es que se amplíe el abismo entre el desarrollo y el subdesarrollo.

Se cuestiona entonces la estrategia que el orden económico internacional establece para resolver las cuatro grandes interrogantes de las economías nacionales: ¿Qué producir? ¿Cómo producir? ¿Cuánto producir? y ¿Para quién producir?

Se requiere un nuevo orden económico internacional que por un lado sea sostenido por sus propias fuerzas motoras y lógica inherente de reproducción, que resuelva las necesidades del Hombre actual, pero que a su vez sea sustentable en el manejo eficiente de los recursos bajo la óptica de que no se puede aspirar a crecer ilimitadamente ante recursos limitados, y que prevea las necesidades del hombre futuro. Las postulaciones son varias: por las economías de planificación central el neomarxismo. Por las economías de mercado noratlánticas el neoliberalismo. Y por algunas economías europeas la tesis de la tercera vía.

México se sumo al orden neoliberal, pero hay posiciones distintas puesto que las necesidades apremiantes del país, y a 20 años de políticas neoliberales, los conflictos se enconan en expresiones sociales y políticas de mayor violencia. Es por ello que el modelo aparenta una obsolescencia prematura y prevalece la inquietud de procurar un nuevo orden que observe las urgencias nacionales más que los intereses sectorizados trasnacionales.

La búsqueda de mayor captación de divisas para la nación por distintas vías, en el caso del turismo internacional, en México sigue como estrategia la inclusión de fuertes montos de IED en desarrollos turísticos y otros servicios a este tipo de turismo. En este afán se crea un mecanismo por el cual vía honorarios, beneficios y deuda externa, las divisas captadas vuelven a salir del país.

La transición económica del país implica la confrontación de intereses conservadores con los innovadores, la conformación social mexicana presenta graves problemas que presionan por sus urgencias a una atención inmediata, para ello la inversión nacional no basta, pero por otra parte, los escasos recursos son distraídos por lo que se puede llamar la “elitización de la inversión pública” al canalizarse a intereses de grupo, comprados (vendidos) al capital, desatendiendo estas urgencias. Esto es evidente tanto en la social democracia como en la democracia cristiana, pero en un régimen de gobierno ultraderechista, la situación se extrema.



En el régimen actual hay un abierto abandono de las necesidades públicas de la población tanto por carencia de recursos como por la elitización de la inversión pública, a lo que se llama “ingobernabilidad”.

El estado mexicano desde la década de los 80 concede paulatinamente las instancias del gobierno a la iniciativa privada, el interés lucrativo de asimilar los servicios públicos por particulares, muchas veces es ajeno al interés social y público, esta desincorporación de las actividades del estado expresan una precarización de los servicios que requiere la población en materia de educación, salud, asistencia social, seguridad, entre otros servicios.

Prosperan desarrollos de inversión pública en correspondencia a intereses de la empresa, pero a cambio se abandona la atención de grandes núcleos de la población, que se subestiman y subordinan a intereses de la acumulación capitalista. Se tiene entonces un estado mexicano en subordinación de la empresa, nacional como extranjera.

17. **La crisis económica como crisis del derecho**

La crisis se centra necesariamente en el sector formal de la economía, puesto que el incremento paulatino de la corrupción es un cáncer que viene a la larga a exterminar las actividades inscritas en la legalidad. Se llega a cuestionar si en un país donde el sector informal se vuelve prominente, como lo es el caso de México, la honestidad es un valor obsoleto. Y como el sector informal no paga impuestos, entonces esto implica que la tributación es el pago por ser honesto. Los agentes económicos sienten que sus contribuciones son multas a ser honestos y esto da pie a que la propia honestidad sea un valor en desuso. Invita a la deshonestidad un sistema que premia fiscalmente a las actividades ilegales al no reformar las leyes que dan sustento al estado, así que más que una crisis económica, es una crisis del derecho, y en si la crisis se ubica en el sector formal de la economía, por que hay una transferencia del plus valor obtenido del sector formal al informal. Los deshonestos se enriquecen a costa de la honestidad.

18. **Reforma institucional, re estructuración económica y democracia**

Es por ello que debe darse previo a una re estructuración, una reforma institucional que la conciba y la oriente en la pertinencia de los protagonistas y los antagonismos sociales. La democracia parlamentaria o republicana es el marco en que se da la reforma institucional y en el diálogo político se concibe el carácter y las características de la propia reforma.

19. **La crisis de la democracia y el éxito del fascismo**

La cuestión es que el cambio efecto del crecimiento económico es violento ante la lentitud que involucra la democracia a la capacidad de reformas las instituciones. En congresos y

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



parlamentos, el reformas llevan un proceso lento y controvertido. Entonces en la post modernidad, la propia fórmula de gobierno basado en la democracia también se vuelve inoperante por su ineficacia en reformar las instituciones al ritmo que exige el crecimiento económico. No solo hay una crisis económica, institucional, de la regulación y del estado, sino de la propia democracia. Democracia en crisis.

20. **Las fórmulas de gobiernos fascistas en sistemas pseudo democráticos: México.**

Irónicamente son las fórmulas de gobierno fascistas, como las dictaduras y las despóticas, las que pueden hacer los cambios a la velocidad que lo exige el crecimiento económico. Por decir, el presidencialismo vivido en México durante los regímenes priístas concedió al estado una gran capacidad de gobierno y regulación. No obstante eran corruptos por que la corrupción nacía del propio carácter fascista de un partido que suprime la democracia y de sostiene bajo una pseudo democracia o bien una dictadura benévola.

Ante el arribo de la ultraderecha, quienes prometieron a la nación mexicana otorgarle la democracia, su incapacidad de realizar reformas por iniciativa del ejecutivo de la nación ante un congreso de oposición, cuestionan la ventaja que puede implicar vivir en un sistema democrático. Incluso el partido en el poder ahora aspira a restaurar el fascismo en México a desear en el 2003 un congreso con mayoría de su partido. Es decir, aspiran a restaurar el presidencialismo que ellos mismos erradicaron en el 2000. No les ha sido cómoda la democracia a un país que desde tiempos precolombinos ya vivía bajo dictaduras.

21. **De la social democracia a la democracia cristiana o la elitización de la corrupción.**

La actual conformación social del país expresa vicisitudes políticas y económicas que solo se pueden explicar en su nexos entre los intereses económicos que motivan el protagonismo político, respecto a la re estructuración económica que no obstante obedece a una estructura económica internacional a la que se integra, también lleva sus matizaciones por los intereses de los grupos hegemónicos del país.

La transición política de la social democracia y a la democracia cristiana supone el abandono de una dictadura de estado a la una democracia aún muy cuestionada. La desincorporación de las fracciones que integran el estado corporativo por fórmulas tales como el “nuevo sindicalismo democrático”, parecen seguir las líneas de un régimen de regulación y acumulación donde hay una abierta “guerra contra el trabajo”.

La ultra derecha en el poder conlleva fuertes contradicciones al establecer una alianza cívica para su arribo al poder entre fuerzas a favor de la renovación de carácter pragmático, que presiona a favor de una reforma institucional en el país, conjunto a organizaciones de gran fuerza conservadora tal como es la Iglesia católica, de orden conservador. El ejercicio

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



del poder viene a cuestionarse desde su legitimidad como por la manera en que opera ante las urgencias nacionales, a las que en muchos casos no concibe en su dimensión social, y responde a intereses de grupo.

Las carencias son muchas y existe un núcleo de población bastante significativo que carece de lo estricto, la inversión pública como privada es modesta para incidir de manera correctiva e incluso preventiva de los problemas que se presentan, la inclusión del ahorro foráneo en la vida económica del país en parte contribuye a resolverlos pero por otra parte, aparece como un nuevo protagonista en la vida cívica del país, e implica la gradual pérdida de soberanía nacional.

La burguesía en el poder, la iglesia católica e intereses norteamericanos pugnan por reformas del estado e institucionales que velen por sus intereses de grupo (*cada quien reza para su santo*). El problema ahora no es la admisión de la necesidad de realizar reformas, sino el carácter y sentido que dichas reformas deben observar, a favor de quiénes?

Por decir, las reformas al Artículo 27 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos responde a favorecer las los agronegocios transnacionales. Las deseadas al 3º. Constitucional están dirigidas a quitar la laicidad a la educación cambiándola por *educación con valores*. La iglesia católica tras el negocio de la educación. Los anhelos a reformar el Artículo 123 están dirigidas a favorecer a los patrones, y propiamente a las empresas maquiladoras transnacionales ubicadas en el país, donde hay una abierta guerra al trabajo y a la organización obrero: los sindicatos. Esto también tiene su nexo con las reformas en materia de federalismo y descentralización, donde la idea no es conceder capacidad de gestión pública a las entidades y a los municipios, sino fraccionar los sindicatos nacionales. *Divide y vencerás*.

22. **La corrupción como fórmula de expropiación económica y acumulación**

Por otra parte, la corrupción es también una forma de acumulación capitalista. Propiamente de expropiación. Es una forma de discriminación o mal trato laboral que flexible a los intereses de los empresarios, supone el acomodo del trabajador a las condiciones que requiere el proceso productivo de su planta, como de su propio Interés de ganancia. La mayor parte de los trabajadores del país observan abandono si no cabal, si parcial, al apego a sus derechos laborales.

23. **La corrupción: contingencia ante la explotación**



Así también el pueblo trabajador, ve el la corrupción el as bajo la manga para hacer frente a una forma de vida no sostenible ante un salario paupérrimo, y el maltrato laboral. Los changarros, tendejones, picas, piqueras, burdeles, obrajes, ambulante, narcotráfico, piratería, fayuca, explotación infantil, los *mil usos*, trabajos domésticos y a domicilio, entre otros, la mayoría de ellos con una ocupación menor a las 20 horas a la semana, son la alternativa que toda unidad familiar procura para compensar su bajo nivel remunerativo y de vida. Y ante las crisis, la posibilidad *de salir del atolladero*.

24. **La corrupción: catarsis de la burocracia**

Asimismo, la inoperancia del marco institucional administrativo permite superar las posibles restricciones que las instituciones obsoletas imponen al crecimiento, en sus nuevos causas de acumulación. La corrupción “flexibiliza” el trámite que supone una inflexibilidad normativa. Permite que los negocios se den con la “tolerancia” de las autoridades.

Conclusión.

Es entonces que se puede concluir que la corrupción es un fenómeno institucional, lo que es más, su predicado. Pero que por otra parte, el cambio estructural en la articulación e implementación de esquemas de producción flexible dan por tierra lo institucionalizado.

Asimismo, la corrupción a su vez es la contingencia ante la obsolescencia institucional y ante las propias crisis económicas, es una forma de vida y es síntoma de cambio. Conlleva reformas y re estructuración, y es la base de la renovación.

La corrupción aparte reviste expresiones distintas en cuanto el carácter histórico que adquiere como el lugar en que se da: ya sea dentro del capitalismo post fordista central, o periférico. Su carácter y características se moldean con base a la sociedad que las engendra.

Síntoma de regeneración, crea sinergias como entropías.



La evasión tributaria en la exportación de productos asiáticos

Leonel Raúl Angulo Ávila

1. Características del comercio internacional

1.1. La globalización

“La llamada globalización de la economía, que no es otra cosa que la expansión del mundo cerrado de las grandes transnacionales”¹. Es importante que los países en desarrollo dispongan de períodos de transición que les permitan ajustarse gradualmente a las nuevas disciplinas comerciales y a los cambios que implican en sus políticas y legislaciones internas las prácticas de las empresas transnacionales que tienen posiciones dominantes en el mercado internacional pueden afectar la competencia;...

1.2. El comercio internacional

Es preciso destacar que el ideal del comercio internacional es aporta a la economía en general, contribuyendo a proveer productos que no se producen en un país de manera permanente o temporal, se puede exportar bienes con una relativa intensidad de recursos que son abundantes o en el que se dispone de ventajas comparativas, e importar aquellos bienes que requieren intensidad de recursos que son escasos. La especialización de la producción es otro factor que permite el comercio internacional, la mayor eficiencia se consigue con la producción a gran escala.

¹ ⁴ *La potencialidad de la Integración*, Política internacional N° 43, Revista de la Academia Diplomática del Perú, enero / marzo 1996



Un efecto adverso sobre la economía nacional se manifiesta debido a que, por efectos de la apertura comercial, las importaciones pueden desplazar a la producción nacional y alterar la distribución de la renta en el mercado interno al no poder los propietarios de los recursos competir con las importaciones y migrar a otro tipo de industria; el resultado de esto para los trabajadores nacionales es el desempleo.

2. Producción nacional y medidas de protección

A nivel mundial la función del arancel como instrumento de política comercial ha variado, por efectos de las nuevas corrientes de comercio y necesidades de cada país por usarlo como instrumento de recaudación fiscal, perdiendo el nivel proteccionista de la industria interna.

El arancel.- Es un impuesto que grava la importación de productos al ingresar a territorio nacional, este puede ser de dos tipos Específico, cuando se aplica una cantidad fija por cada unidad de bien o Ad Valorem, cuando se aplica un porcentaje sobre el valor del bien. Y en los países en vía de desarrollo son usados para proteger distintos rubros de su economía como nuevas industrias manufactureras, la agricultura y los textiles.

3. El dumping como práctica desleal en el comercio internacional

3.1. El Dumping

No hay duda que la definición del dumping esta ligado a la práctica comercial que afecta a la producción nacional. En situaciones en la que las economías de escala definen la permanencia de las empresas en el mercado, se espera que aquellas que tienen mayores rendimientos crecientes sean las que permanezcan en el mercado. De este modo, se hace representativa la presencia o el dominio del mercado por una empresa (monopolio) o pocas empresas (oligopolio).

Otra definición de corte jurídico se manifiesta:



“Una importación se efectúa a precio de dumping, cuando su precio de exportación es menor que el valor normal de un producto similar, destinado al consumo o utilización en el país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales”²

3.2. Determinación de la Existencia de Daño

Se entenderá por “daño”, un daño importante causado a la rama de la producción nacional, una amenaza de daño importante causado a la rama de la producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de la producción.

4. Descripción del problema de la evasión tributaria

En los países americanos en vía de desarrollar su industria, se practica acuerdos Antidumping, es el caso de Peru y China, para lo cual Perú vía aranceles de exportación aplica a los productos de calzado Chino un porcentaje Arancelario mayor que el de los demás países asiáticos (Taiwán, Corea del sur, Malacia, etc); con la finalidad de proteger la industria nacional; sin embargo para burlar esta barrera de protección se ingresa productos al Estado peruano de países de alto % arancelario de importación con Certificado de Fabrica de otro de menor % , en el caso especifico de análisis ingresan productos Chinos como productos de Malacia produciéndose los siguientes daños:

4.1.- Daño directo.- si la finalidad de los aranceles es proteger la industria nacional hasta que pueda desarrollarse y competir con los demás, se estaría estancando y cerrando esa rama de producción (Pymes=*PEQUEÑA Y MICROEMPRESA*).

4.2.- Daño Indirecto.- El país perjudicado o burlado legalmente, estaría dejando de percibir el porcentaje arancelario correspondiente.

5. Algunas cuestiones conceptuales

² Decisión 283, *Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena*, Año VIII- Número 80, Abril de 1991



5.1.- Defraudación.- Están comprendidos cuantos delitos, cualquiera que sea su contenido se realizasen mediante esta forma: falsedades en general, estafa; defraudar es tanto como usar fraude o engaño en las relaciones con alguno; en el plano tributario es dejar de pagar el impuesto recurriendo a actos ilícitos.

Código tributario Se incurre en defraudación tributaria según el At. 4°.

- a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.
- b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización.³

5.2. EVASIÓN.- es el medio legal de eludir ya sea por abstención o por abandono, estos canones deben regirse por la licitud o de la legalidad logrando “reacción con medios lícitos contra una fuerte presión tributaria”

6. Propuesta de solución:

El determinar la evasión en las exportaciones es difícil de evidenciar, por lo cual la alternativa sería:
UN MISMO ARANCEL Y DERECHO ANTIDUMPING A TODO LOS PRODUCTOS ASIÁTICOS E
IMPULSAR EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LA INDUSTRIA NACIONAL.

³ Conf. Código Tributario Peruano actualizado al 2006.



Contaminación hidrológica y posibles soluciones legales en la zona sur de Tamaulipas

Luis Moral Padilla*

Introducción

La Zona Conurbada Tampico-madero-Altamira se localiza en la parte sur del estado de Tamaulipas sobre la franja costera del Golfo de México, es el polo de desarrollo urbano de mayor importancia económica estatal; en un 2.2% del territorio tamaulipeco, el 22% de la población estatal. El territorio en que se ubica comprende un 25% de cuerpos de agua integrados por el sistema lagunario del río Tamesí. Esto denota problemas de agotamiento en la reserva territorial para el desarrollo urbano, sobre todo en los municipios de Tampico y Cd. Madero, lo cuál a su vez incide en la diferencia de crecimiento poblacional en los tres municipios de la zona.

La inadecuada o nula prestación de servicios públicos básicos a distintos sectores urbanos trae como consecuencia una gama de problemas de diversa índole, Entre los problemas ambientales de mayor consideración están:

1. El tratamiento y disposición final de aguas residuales –industriales y urbanas- cuyas deficiencias en ambos aspectos ejercen una gran presión sobre los recursos acuíferos de la región al contaminarlos.
2. Poco conocimiento sobre la disponibilidad de recursos hidráulicos (agua potable) para soportar el nivel de crecimiento y necesidades actuales de la zona Conurbada, su parque industrial y otras actividades económicas

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



2. Objetivos

A. General

. Determinar las posibles alternativas legales de solución al impacto ambiental hidráulico en la zona sur del Estado de Tamaulipas.

B. Específicos

- 1) Valorar la legislación ambiental vigente en el país sobre el tratamiento y disposición final de las aguas residuales industriales y urbanas que provocan la contaminación de los recursos acuíferos de la región y sus consecuencias negativas.
- 2) Evaluar posibles soluciones legales que eviten el poco conocimiento sobre la disponibilidad de agua potable para soportar el nivel de crecimiento y necesidades actuales de la zona Conurbada.

Justificación:

La inadecuada o nula prestación de servicios públicos básicos en la Zona Conurbada Tampico-madero-Altamira en la parte sur del estado de Tamaulipas a distintos sectores urbanos trae como consecuencia una gama de problemas de diversa índole, derivado del impacto ambiental, que es la modificación del ambiente ocasionada por la acción del hombre o de la naturaleza. Una de las formas de controlar el deterioro, y dirigirse hacia el uso sustentable del medio ambiente, es legislar su uso de acuerdo a la vocación natural y la capacidad de carga de cada ecosistema. Por eso se pretende hacer un análisis en el presente trabajo sobre esta problemática y las posibles alternativas legales de solución de acuerdo a las diversas competencias que ofrece la legislación ambiental mexicana.

Limitación de la investigación:

La presente investigación se delimitara a estudiar el fenómeno de la problemática de impacto ambiental hidráulico en la zona del sur de Tamaulipas y sus posibles alternativas de solución legal



Delimitación de la investigación:

El presente trabajo se delimitara estudiar el fenómeno en los municipios conurbanos de Altamira, Cd. Madero y Tampico, Tamaulipas.

Marco teórico:

1. Antecedentes
 - a. Agenda 21
- 2 . Bases teóricas
 - a. Legislación ambiental mexicana
 - b. Impacto Ambiental

Metodología:

El presente trabajo de investigación es de carácter documental mediante un estudio de análisis sobre la legislación ambiental en México a los tres niveles de competencia (Federal, estatal y municipal) que den respuesta a la problemática sobre los recursos hídricos de que padece la zona sur de Tamaulipas.

Análisis de la problemática:

Siguientes problemáticas y sus posibles alternativas de solución legal.

a) Agua Potable

1.- Actualmente se logran satisfacer las demandas de agua para uso domestico e industrial sin embargo en época de estiaje los volúmenes de agua que se almacenan en las lagunas disminuyen notablemente por una extracción similar a la capacidad de almacenamiento (5000lps).

. Los gobiernos estatales y municipales deben contemplar en la formulación y conducción de políticas ecológicas, ciertos principios de la política ecológica nacional, tal como lo establece la Ley Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente del Estado de Tamaulipas (LEEPAET) en su artículo 15 fracción II.

Siendo de esta manera el Gobierno estatal y los ayuntamientos locales quienes deben resolver los problemas mediante el desarrollo de programas de ubicación y reubicación de

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



zonas con deficiencia en la prestación de servicios públicos, sin embargo, al ser colonias no planeadas violatorias a todas luces de los artículos 25 y 29 fracción II de la LEEPAET, referentes a la regulación ecológica de los asentamientos humanos y la previsión de las tendencias de crecimiento de los mismos, para mantener una correlación entre la base de recursos y la población, y cuidar de los factores ecológicos, y ambientales que son parte integrante de la calidad de vida, al respecto, los municipios hacen echen sus respectivos reglamentos de la materia.

2.- La pérdida de agua en las lagunas se ve mayormente afectada por una recarga deficiente a causa de una falta de mantenimiento de los canales de alimentación provocando un crecimiento excesivo de la maleza acuática. El escaso movimiento de agua pone en duda la calidad de la misma.

El artículo 36 bis fracción II de la Ley Forestal Federal (LFF), establece que los programas de desarrollo forestal, tendrán el objeto de realizar y apoyar las acciones que contribuyan a disminuir la erosión y a aumentar la recarga de acuíferos. Así mismo, el artículo 6 de la Ley ecológica estatal en su fracción XII establece que compete al Estado, la regulación del aprovechamiento racional de las aguas de jurisdicción estatal; en esta misma legislación en su artículo 1º se determina que las disposiciones que lo integran son de orden público e interés social y su objeto es preservar y restaurar el equilibrio ecológico y del medio ambiente, así como su protección, establecen lo mismo los artículos 1º. del proyecto del reglamento de Altamira, 1º. del reglamento de Tampico y 2 del reglamento de Madero.

3.- El manejo de agua potable es muy deficiente por parte del organismo operador ya que solo se factura el 60 % del agua entregada por medidores inoperantes. A esto hay que sumarle las fugas del sistema.

El artículo 33 de la Ley del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado del Estado de Tamaulipas (LSATAET), define que La Comisión Estatal de Agua Potable y Alcantarillado es un Organismo Público Descentralizado del Gobierno del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y a su vez en su fracción V determina el deber de vigilar que

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



la prestación, funcionamiento y administración de los servicios se realicen eficaz y adecuadamente.

Drenaje Sanitario

1.- En una región de aproximadamente 800,000 habitantes, la descarga de aguas residuales es 3,000 lps de los cuales, sin ningún tratamiento, 2,000 lps son descargados al río Pánuco, 720 lps a la zona de marismas y 280 lps a la Laguna de Champayan a través de la laguna de oxidación de Altamira.

El artículo 75 de la LEEPAT, estatuye que el otorgamiento de asignaciones, autorizaciones, actividades, concesiones o permisos para la explotación, uso o aprovechamiento en actividades económicas de aguas de jurisdicción estatal o de aguas de jurisdicción federal asignadas al estado o al municipio, estará condicionada al tratamiento previo de las descargas de las aguas residuales que se produzcan.

2.- La deficiente construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales en la zona, como es el caso de la Planta de Miramar en Ciudad Madero, que carece de colector y equipamiento.

El artículo 80 de la LEEPAET, dispone que los ayuntamientos observaran, las condiciones particulares de descarga que les fije la federación, respecto de las aguas que sean vertidas directamente por los sistemas de drenaje y alcantarillado a cuerpos y corrientes de agua de jurisdicción federal, conforme lo dispone el artículo 119 fracción I inciso f, de la LGEEPA.

Diagnostico:

En relación al agua potable corresponde a los gobiernos estatales y municipales deben contemplar en la formulación y conducción de políticas ecológicas, ciertos principios de la política ecológica nacional. Siendo de esta manera el Gobierno estatal y los ayuntamientos locales quienes deben resolver los problemas mediante el desarrollo de programas de ubicación y reubicación de zonas con deficiencia en la prestación de servicios públicos, sin embargo, al ser colonias no planeadas violatorias a todas luces y. Así mismo, la pérdida de agua en lagunas con recarga deficiente a causa de una falta de mantenimiento de los canales de alimentación provocando un crecimiento excesivo de la maleza acuática,

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



causando deficiente calidad de agua, corresponde esto a la competencia federal (LEY FORESTAL FEDERAL) y local el artículo 6 de la Ley ecológica estatal en su fracción XII establece que compete al Estado, la regulación del aprovechamiento racional de las aguas de jurisdicción estatal; en esta misma legislación en su artículo 1º se determina que las disposiciones que lo integran son de orden público e interés social y su objeto es preservar y restaurar el equilibrio ecológico y del medio ambiente, así como su protección

En cuanto al manejo de agua potable es muy deficiente por parte del organismo operador El artículo 33 de la Ley del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado del Estado de Tamaulipas (LSATAET), define que La Comisión Estatal de Agua Potable y Alcantarillado es un Organismo Público Descentralizado del Gobierno del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y a su vez en su fracción V determina el deber de vigilar que la prestación, funcionamiento y administración de los servicios se realicen eficaz y adecuadamente.

En cuanto las aguas residuales tratándose de jurisdicción federal asignadas a los municipios corresponde a la competencia estatal y a los municipios su solución ya que el artículo 75 de la LEEPAT, estatuye que el otorgamiento de asignaciones, autorizaciones, actividades, concesiones o permisos para la explotación, uso o aprovechamiento en actividades económicas de aguas de jurisdicción estatal o de aguas de jurisdicción federal asignadas al estado o al municipio, estará condicionada al tratamiento previo de las descargas de las aguas residuales que se produzcan.

En relación a lo anterior observaremos los siguientes ordenamientos municipales tienen perfectamente reglamentado tal situación.

Con respecto a la deficiente construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales en la zona, como es el caso de la Planta de Miramar en Ciudad Madero, que carece de colector y equipamiento.

El artículo 80 de la LEEPAET, dispone que los ayuntamientos observaran, las condiciones particulares de descarga que les fije la federación, respecto de las aguas que sean vertidas directamente por los sistemas de drenaje y alcantarillado a cuerpos y

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



corrientes de agua de jurisdicción federal, conforme lo dispone el artículo 119 fracción I inciso f, de la LGEEPA.

Conclusiones:

1. Tanto el problema de agua potable y aguas residuales en el sur de Tamaulipas, tienen reglamentaciones en cada caso y de acuerdo a los diversos niveles de competencia, pero al parecer no es muy claro en cuanto a las funciones a los tres niveles de gobierno, ya que cuando existe confusión por las mismas, ante estos problemas resulta más fácil, no hacer nada por parte de las autoridades al evadir responsabilidades de un nivel a otro de gobierno.
2. Es también necesario, la creación de nueva normatividad que determine con más claridad las competencias de los tres niveles de competencia y reglamente los programas y políticas de coordinación en los diversos niveles de competencia y en especial la creación de una NOM que resuelva los problemas de calidad de agua en la zona y otra sobre el manejo de la residuales.
3. es necesario la creación de una cultura ecológica tanto para los funcionarios de gobierno en todos sus niveles como a los ciudadanos y conocer y hacer valer los recursos legales que la legislación ambiental ofrece a nivel federal y hacerla llegar en la legislación local y municipal ambiental para alcanzar mejores niveles de vida.

10. Bibliografía:

- . Agenda 21: Earth's Action Plan (1993), Oceana Publications.
- . CEDES (2002), [www.cedes-gm.org.mx/segundo%20 ciclo/del_segundo_ciclo.htm](http://www.cedes-gm.org.mx/segundo%20ciclo/del_segundo_ciclo.htm)
- . INEGI, 2001, <http://tamps.inegi.gob.mx>
- . Pérez, Efraín (2000), Derecho Ambiental, México, McGraw-Hill.

Legislación:

- . CONSTITUCIÓN MEXICANA: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- . LAN: Ley de Aguas Nacionales.



- . LEEPAET: Ley del Equilibrio Ecológico de Protección del Ambiente del Estado de Tamaulipas.
- . L.F.F: Ley Forestal Federal.
- . LGEEPA: Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.
- . LSATAET: Ley del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado del Estado de Tamaulipas.
- . NOM: Normas Oficiales Mexicanas.
- . PROYECTO DE REGLAMENTO DE ALTAMIRA: Reglamento del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente del Ayuntamiento de Altamira.
- . REGLAMENTO DE CD. MADERO: Reglamento de Ecología y Gestión Ambiental del Municipio de Ciudad Madero, Tamaulipas.
- . REGLAMENTO DE EIA: Reglamento de Impacto Ambiental de Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.



Derechos de propiedad del fenómeno migratorio de la mariposa monarca: Un análisis desde la perspectiva de la teoría económica.

Antonio Kido Cruz

Introducción y objetivo de estudio

La interacción entre los argumentos de la teoría económica y la disciplina del derecho tiene su base en un par de publicaciones acontecidas en la década de los 60s. Por un lado, las ideas sustentadas por un economista inglés (Ronald Coase) acerca de las externalidades, derechos de propiedad y costos de transacción han permitido vincular la teoría económica con la estructura y procesos de las instituciones legales. Por otro lado, el trabajo de un jurista (Guido Calabresi) ha permitido incorporar e interpretar las ideas económicas dentro del análisis de la realidad jurídica. Adicionalmente, la introducción del análisis costo-beneficio en el proceso de la toma de decisiones legales significa, para la teoría jurídica, la posibilidad de hablar en un lenguaje compatible con el de los economistas y recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho. (http://pdf.rincondelvago.com/propiedad_2.html).

Uno de los mayores retos de la asociación de ideas entre estas dos disciplinas para que se pueda generar todo un programa de investigación, lo constituyen: por un lado, el desarrollo metodológico para la evaluación y cuantificación de las relaciones postuladas

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



entre la teoría económica y la teoría jurídica y; por el otro, la contrastación empírica, vía recolección de información, de las principales hipótesis teóricas emanadas de la economía del derecho. Es, pues, en este sentido, que el presente trabajo tiene como objetivo realizar una interpretación económica-jurídica de un trabajo de análisis económico-cuantitativo realizado por Kido y Seidl (2004) de los efectos de las externalidades económicas sobre diferentes grupos de agentes productivos.

Uno de los factores que permiten caracterizar el estudio de las ciencias sociales esta referido al análisis de la conducta del ser humano. Aun y cuando las diferentes disciplinas de conocimiento social se concentran en determinados aspectos de las motivaciones del ser humano para su desenvolvimiento, este hecho, permite visualizar puntos coincidentes entre dos o mas programas de investigación social. La teoría económica prioriza el estudio del ser humano ante motivaciones de carácter eminentemente económico y caracteriza su acción en consumidores, productores y representantes de gobierno. La motivación principal de cada grupo de agentes será la de maximizar su utilidad (satisfactores de bienes y servicios) para el grupo de consumidores, la de maximizar sus ganancias, para el grupo de productores y; la de maximizar bienestar social para el grupo del gobierno.

Antecedentes y definiciones

Desde el punto de vista legal, la propiedad es un conjunto de derechos los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad. En principio, pueden proveer, usar, transformar, transferir, o excluir a otros de su propiedad. El caso particular al que se hace referencia en este artículo considera a la zona boscosa cuya propiedad esta reservada para los integrantes del ejido “El Rosario”, ubicado en la zona oriente del Estado de Michoacán como el área de estudio. Aun y cuando los ejidatarios tiene el derecho legal del uso de los bosques y la tierra, no tiene el derecho legal sobre el fenómeno migratorio de la mariposa. En 1980, los bosques donde hibernan las mariposas monarcas fue declarada reserva de la biosfera por el gobierno federal de México, en donde

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



se prohibió a los ejidatarios la explotación forestal de sus bosques durante el tiempo de hibernación de la mariposa monarca, con el fin de proteger el hábitat de la mariposa. En Noviembre del 2000, el gobierno federal de México amplió la zona de reserva hasta 56,259 hectáreas, en donde 14,000 pertenecen al núcleo de la reserva y el resto es considerada zona de amortiguamiento (Diario Oficial de la Federación de México, 1980 y 2000). Al mismo tiempo que se decretó como zona de reserva, se permitió a los ejidatarios recabar ingresos por concepto de cuota de entrada para la visita al santuario y la observación de la mariposa monarca, registrando para la temporada del 2000-2001 una afluencia de alrededor de 100 mil visitantes. Desde el punto de vista legal, la federación limita las acciones que sobre la propiedad territorial, donde se practican actividades forestales, del ejido "El Rosario", pero no adquiere los derechos de propiedad de la zona y mucho menos adquiere los derechos de propiedad del fenómeno migratorio. Esto es, que en el fenómeno migratorio de la mariposa monarca están ausente derechos de propiedad a cualquier agente económico. Sin embargo, este mismo fenómeno tiene efectos sobre los diferentes agentes económicos. Por un lado, aunque restringe las actividades forestales de los ejidatarios, permite generar ingresos, vía cuota de entrada al santuario, de esta manera, el principal objetivo de este grupo de productores será el de maximizar sus ingresos a través de la cuota de entrada al santuario. Por otra parte, existe un grupo de consumidores, que maximizan su utilidad recreativa al presenciar el espectáculo de la mariposa monarca y este grupo en particular, se vera beneficiado si el costo de entrada y de visita, en general al lugar se ve reducido (aquí la función del Estado mexicano es lograr el máximo de bienestar social). Por ultimo, existe un tercer grupo de prestadores de servicios turísticos en dos municipios aledaños al santuario "El campanario", que se ven beneficiados por la derrama económica de los turistas que visitan el lugar. Estos municipios son los de Angangueo y Ocampo, su principal objetivo será el de maximizar sus ganancias, vía el impacto económico de los visitantes al santuario. Ante esta situación, la teoría económica reconoce al fenómeno migratorio como una externalidad que no posee derechos de propiedad y, al mismo tiempo, sugiere que todos los agentes involucrados en un problema de externalidades llegaran en un momento dado a

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



negociar entre sí el efecto externo (preferentemente sin la intervención del estado), en la medida en que se cumpla con el supuesto de cero o bajos costos de transacción en las negociaciones generadas. En palabras de Coase (1960) "... En una situación de (externalidades), en que los costos de transacción sean nulos o insignificantes, la solución de los problemas de externalidades será siempre eficiente a través de un proceso de negociación entre los (agentes) implicados en ella. En el caso de que los costos de transacción sean muy altos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida con respecto de la delimitación de derechos establecidos. Esto implicaría introducir en el análisis la utilización de las técnicas patrimoniales del derecho privado tradicional (propiedad, contrato, responsabilidad civil)...". Antes de pasar al análisis económico, es importante definir los términos de negociación y costos de transacción. Estos últimos, pueden concebirse como aquellos costos de búsqueda, de arreglo y, de ejecución de una negociación entre individuos. La negociación será entendida como aquel proceso que permite describir, predecir y predecir el comportamiento de las partes y los resultados de un proceso de interacción continua en donde el comportamiento de una de las partes dependerá de lo que haga la otra y viceversa.

Técnicas y análisis económico

Como ya se comentó anteriormente, los propietarios de la tierra (ejidatarios) buscarán maximizar sus ingresos vía cuota de admisión al santuario. Estos ingresos son relativamente fáciles de obtener. Se multiplica la cuota de entrada existente por el total de visitantes en un periodo determinado y se obtiene los ingresos totales. Para este caso, se utilizó una cuota de entrada de 1.5 dólares que multiplicado por el número de visitantes registrados en la temporada 2001- 2002, se obtuvo la cantidad de 146,587 dólares. Sin embargo, esta cuota de ingreso no representa la cuota que podría maximizar el ingreso de los ejidatarios. En un ejercicio de encuesta, se les preguntó a una muestra representativa de

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



los visitantes sobre su mayor disponibilidad a pagar por entrar a disfrutar del santuario y mediante un análisis de regresión que vincula la demanda por visitar el lugar y la máxima cantidad a pagar por visitar el santuario, se determinó que esta cuota podría establecerse en 4.50 dólares. De esta manera, el ingreso vía cuota de admisión se elevaría de 146,587 dólares hasta 272,655 dólares. Desde la perspectiva del gobierno federal se buscará proteger el santuario y al mismo tiempo maximizar el bienestar social regional con una cuota de entrada accesible para la mayoría de los visitantes. La imposición de una tarifa de 4.50 dólares, también genera que haya una disminución de visitantes al santuario y por tanto, se genera una reducción en el bienestar social. En términos monetarios, esta reducción pasaría de 13.3 millones de dólares a 8.3 millones de dólares, ya que la tasa de visitas disminuye hasta en un 38%. Un tercer actor económico, lo constituyen, prestadores de servicios y comerciantes de dos comunidades cercanas al santuario que se ven beneficiados por el gasto de los visitantes en la compra de bienes y servicios ofrecidos en estas comunidades y que buscan maximizar el ingreso de sus ventas al turista. El efecto de un incremento en la tarifa de entrada al santuario también impactaría negativamente a este grupo de agentes económicos, ya que al reducirse el número de visitantes, se reducirá el gasto en estas comunidades. Para obtener este efecto se realizó un estudio de impacto económico, que se obtiene de la multiplicación del número de visitantes, el gasto promedio del visitante y el multiplicador del gasto del visitante en las comunidades. Los resultados muestran que el impacto económico se reduce de 8.16 millones de dólares a 5.06 millones de dólares para el año de 2002. Ante esta situación, la estrategia económica de menor costo social, y por tanto, la más eficiente desde el punto de vista económico, sería la de una política de redistribución de ingresos entre el grupo de prestadores de servicios de las comunidades aledañas al santuario y los ejidatarios, en donde, el principal instrumento sería la negociación entre las partes. Esta política consistiría en una transferencia de recursos económicos de alrededor de 126 mil dólares de los prestadores de servicios a los ejidatarios. Esta cantidad representa la cantidad con la cual, los ejidatarios pueden maximizar sus ingresos, vía incremento en la tarifa de entrada. Los prestadores de servicios

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



solo verían reducido su impacto económico en esa misma cantidad y no en los cerca de los 3 millones de dólares, si fuera el caso, en que los ejidatarios decidieran incrementar su tarifa de entrada hasta 4.50 dólares. Bajo este esquema, la cuota de ingreso se mantendría en 1.5 dólares, con lo cual se asegura que no haya pérdida en el bienestar social, por la no disminución de visitantes.

Conclusión

Aun y cuando las magnitudes de la cantidades presentadas pudiera diferir por debilidades en la metodología utilizada, es muy probable que la dirección de estas cantidades se mantenga bajo el análisis de cualquier otro método de evaluación económica y por tanto, sus resultados seguirán siendo validos. El análisis presentado también proporciona una idea muy cercana de la influencia potencial de la teoría económica sobre el derecho y apuntan en la dirección de consolidar un programa de investigación conjunto entre estas disciplinas del conocimiento social. Por tanto, podemos también coincidir con otros autores en el sentido de que el análisis económico del derecho representa un campo de trabajo novedoso para economistas y abogados.

Bibliografía y electografía.

Coase, Ronald. 1960. The problem of social cost. Jal of Law and Economics

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Diario Oficial del Gobierno Federal de México. 1980. Decreto que establece la Reserva Especial de la Biosfera de la Mariposa Monarca. México, DF.

Diario Oficial del Gobierno federal de México. 2000. Nuevo Decreto Sobre la Reserva Especial de la Biosfera de la Mariposa Monarca. México, DF.

Kido, Antonio y Andrew Seidl. 2004. Protected areas, ecotourism, and gateway communities: An economic análisis of the monarcha butterfly sanctuary in Michoacán, Mexico. Dissertation. CSU. USA.

http://pdf.rincondelvago.com/propiedad_2.html



Derecho Constitucional y rectoría económica

Yurisha Andrade Morales

Para poder abordar el tema relativo al Derecho Constitucional y la Rectoría Económica es imprescindible definir ambos conceptos.

En primer lugar, es indudable que el Derecho Constitucional integra una importante rama de la ciencia jurídica, o sea, de la disciplina cultural que estudia el derecho como conjunto de normas de conducta cuyos atributos esenciales concurrentes son la bilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

León Duguit sostiene que el derecho público interno agrupa y comprende las reglas de derecho que se aplican al Estado considerado a sí mismo, las que determinan las obligaciones impuestas al mismo Estado considerado en sí mismo, y las facultades y poderes de que es titular, así como su organización, entendiendo esta agrupamiento como Derecho Constitucional.

Según Maurice Hauriou, el Derecho Constitucional tiene por objeto la Constitución política y social del Estado.

Felipe Tena Ramírez considera que el Derecho Constitucional es la doctrina individual y específica de determinado régimen de Estado, adscribiendo a nuestra disciplina un contenido y una fuente destacadamente históricos.

Rafael Bielsa define el Derecho Constitucional como la rama del derecho público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y que establece o reconoce, en principios, declaraciones o garantías, los derechos y deberes privados y públicos de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político.



Una vez citados los diversos conceptos de Derecho Constitucional por destacados especialistas de esta rama, a continuación se hará mención al concepto de Rectoría Económica.

Por Rectoría Económica del Estado se entiende la facultad y capacidad del Estado para dirigir la actividad de los agentes económicos al logro de los objetivos y metas del desarrollo. El proceso rector consiste en lograr la confluencia de las actividades a través de la concertación e inducción de los sectores social y privado, utilizando los instrumentos de política económica que van desde el otorgamiento de apoyos y subsidios hasta la participación directa en la producción mediante las empresas paraestatales.

La Constitución establece la forma de gobierno, fija la manera a que han de sujetarse las relaciones entre gobernantes y gobernados y, por señalar el camino para la solución de los grandes problemas, nacionales, necesariamente, guía la acción del pueblo y el gobierno.

En algunas ocasiones se presume que las leyes ordinarias en que se apoyan las Instituciones bancarias, afecta a los deudores en su patrimonio familiar, y se aplican por encima del mandato de nuestra Constitución General de la República.

Considero importante hacer referencia al artículo 1o de nuestra Constitución que señala: En los Estados Unidos Mexicanos todo Individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

El principio de la igualdad ante la ley ha sido reconocido por todas las legislaciones. Los textos constitucionales, declaran con énfasis que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.



Es evidente que el artículo 1o de la Carta Magna expresa un derecho subjetivo público de igualdad, consistente en el goce, para todo individuo, de las garantías que la misma otorga.

En esa sociedad de iguales, la ley protege la organización y el desarrollo de las familias, desde la protección al menor y el acceso a la salud, y a la cultura, hasta lo que establece el artículo 4º, párrafo quinto de la Constitución, en donde se menciona que "toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

La necesidad de vivienda emerge como una de las más sentidas de la población. Su carencia se traduce en problemática social por las insatisfacciones que provoca las frustraciones que genera. La vivienda, como parte de la estabilidad familiar, tiene una significación directa para la comunidad y en general con la Nación.

La familia es en el contexto del artículo 40 Constitucional, más que núcleo de personas con apellidos afines, intereses mutuos y necesidades de un mismo orden, una organización social con obligaciones y derechos. De estos postulados derivan el derecho a un desarrollo integral de la familia. De ahí que si bien la vivienda correspondería en principio a todo ser humano como garantía a su dignidad existencial, el legislador al comprenderlo en razón de su complejidad y sus relaciones naturales, lo reconoció como integrante de una familia y no en lo particular, optando por prescribir como titular del derecho a toda familia y no precisamente a toda persona, como en el caso de otros derechos que aparecen en el mismo artículo.

El legislador en el artículo 4º constitucional pretende hacer conciencia en el ciudadano, en el jefe de familia, en el funcionario público o privado, en el hombre de negocios, sobre la necesidad de que la familia mexicana cuente con vivienda digna y decorosa, pues la evolución a la que ha llegado la población mexicana, ya no puede



permitir que sus miembros carezcan de ese derecho ni debe prolongarse por más tiempo el cúmulo del problema que representa su solución.

La libertad jurídica consiste en la posibilidad de obrar conforme a la ley positiva en tanto ésta sea conforme con la ley natural. Entendida así, la libertad jurídica implica la posibilidad de resistencia frente a la ley injusta.

En el Derecho Constitucional, son referidas algunas libertades fundamentales, como la libertad de imprenta, la libertad de educación y la libertad 'de tránsito, entre otras de igual importancia. Aquí, la palabra libertad denota el derecho que tienen las personas a difundir sus ideas, a educar a sus hijos, a entrar y salir del país. Mientras se respeten esos derechos en una sociedad determinada, se podrá decir que los hombres actúan en ella con libertad, ya que los derechos de la persona son expresión de la ley natural, y la libertad jurídica consiste esencialmente en la posibilidad de obrar conforme a esa ley natural.

Desde el punto de vista sustantivo la inconstitucionalidad que pudiera observarse en algunas leyes ordinarias, significa la negación de la libertad, supremo bien del hombre. Implica por consiguiente, la negación del deber ser, sustituido por la arbitrariedad (ser) en el caso concreto. Así, la inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad supone la iniquidad, al ser aplicada una interpretación resolutive al caso particular.

Por otra parte, el artículo 14 de la Constitución en el párrafo IV establece lo siguiente: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundamentará en los principios generales del derecho".

Así, ante el supuesto de que alguna institución bancaria recurra a una ley ordinaria en menoscabo del Derecho Real a la Vivienda, apartándose dolosamente del mandato de la ley suprema, es claro que se estaría ante un acto inconstitucional que restringiría la libertad del ser.



Al ser despojado el individuo de su patrimonio familiar, valiéndose de una ley ordinaria que es violatoria a la ley fundamental, se atenta en contra de la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica de la familia; sancionadas en la propia Constitución.

Si aún queda alguna duda respecto de la aplicación e interpretación de la justicia, los doctrinarios del derecho dicen que cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Sí el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad entre los interesados.

Corresponde al Estado, como se expresa en el artículo 25 de nuestra Constitución en los párrafos primero y segundo, la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso en la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

El carácter integral del desarrollo, abarca al conjunto de la población y a toda la extensión del territorio nacional, así como a las diferentes ramas de actividad. Hay en el concepto de integración la orientación de propiciar equilibradamente, que los beneficios del desarrollo lleguen a los diversos grupos y regiones del país y que se eviten fenómenos de privilegios o beneficios indebidos para algún grupo o área específica de la Nación.

El artículo 25 Constitucional, reitera el principio de la soberanía nacional y el régimen democrático, estableciendo la relación entre el fenómeno del desarrollo y nuestro régimen político. El precepto orienta esta importante facultad del Estado, de rectoría del



desarrollo nacional, atendiendo a los valores políticos sobre los que se funda nuestra ley fundamental: Soberanía de la nación, en su aspecto interno y externo, régimen democrático, justicia social y libertades garantizadas por la Constitución.

De esta manera, la rectoría del desarrollo no queda limitada a un mero ejercicio técnico de la política económica y social, sino que queda encuadrada como una tarea política fundamental que debe servir a los valores que consigna y reconoce la Constitución Federal. En consecuencia, la rectoría del desarrollo nacional debe ejercerse dentro del marco de nuestro régimen de derecho y debe respetar los valores que éste consigna. No es la rectoría del desarrollo nacional una facultad que pueda ejercerse al arbitrio de los responsables; está enmarcada dentro de la ley fundamental y las leyes, y deben respetar los derechos individuales y sociales que ella consagra.

Dichas atribuciones ratifican la cercanía del concepto de rectoría con la idea de gobierno. Desde este precepto se atribuye al Estado la facultad de la planeación y, al mismo tiempo, se le atribuye al Estado la facultad de conducción, coordinación y orientación de la actividad económica. No menos importante es la facultad de regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general. Estas facultades deben ser ejercidas con respeto a las libertades que otorga la carta magna. De esta manera, se excluye cualquier tipo de ejercicio autoritario y totalitario que afecte la rectoría del desarrollo nacional.

Entre otras disposiciones de nuestra Constitución sobre la rectoría económica del Estado, en el artículo 26 párrafo primero, se ordena al Estado organizar un sistema de planeación democrático del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Con lo anterior, se establece que la acción del Estado debe permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos cuya seguridad jurídica protege la Constitución. Esto es así, porque, la libertad, por sí misma, no conduce a la justicia ni a la



igualdad y que, en cambio, las desigualdades si conducen a la injusticia y a la pérdida de libertad. Surge entonces, una nueva concepción del Estado y del derecho de acuerdo con la cual el derecho y el Estado deben intervenir para lograr no sólo la coexistencia de las libertades, sino el bienestar y la justicia.

La equidad que se requiere en el crecimiento económico es congruente con el valor de justicia que persigue la Constitución mexicana en todos sus aspectos, tanto por razones éticas como por razones pragmáticas. Un desarrollo con iniquidad provoca, tarde o temprano, la interrupción o debilitamiento del proceso de crecimiento económico, además de que plantea, distorsiones y conflictos sociales que pueden amenazar la estabilidad política de la Nación. La equidad requiere de diferentes equilibrios entre los distintos sectores de la población, las diferentes ramas de actividad económica y las distintas regiones del país.

Si en su carácter de ley fundamental la Constitución establece una premisa, la ley ordinaria no puede ser contraria de la misma.

Crear una ley o un organismo que vaya en contra del mandato de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, significa un acto violatorio a la Ley Suprema de nuestro país, un atentado a la igualdad y, a los bienes jurídicos como son: La vida, la libertad, la propiedad, la posesión, los derechos y la seguridad de la mayoría de los mexicanos.

Por ello, conforme al artículo 94 Constitucional, párrafo siete, la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

El Poder Judicial Federal tiene las siguientes funciones: Proteger los derechos; interpretar y aplicar la ley en cada caso concreto sometido a su consideración, y servir de



fuerza equilibradora entre el Ejecutivo y el Legislativo Federal, así como entre los poderes de la Federación y de los Estados manteniendo la supremacía de la Constitución de la República.

Los integrantes del Poder Judicial Federal expresaron que la finalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es, proteger los derechos fundamentales de los individuos sin importar su origen, su condición económica, su nacionalidad, su edad, o su fama pública y, refrendar la esencia de nuestro Estado de Derecho, mismo que se manifiesta en un profundo respeto y convicción por el derecho, la justicia y la equidad que deben garantizarse a todos los individuos por igual.

La supremacía constitucional se encuentra expresada en el artículo 133 constitucional en los siguientes términos: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, será la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Una Constitución es la ley fundamental proclamada en una nación que establece las garantías, derechos, obligaciones y prerrogativas del ciudadano. De ella emanan las otras leyes y por eso es fundamental.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como fuente generadora de libertades y aspiraciones de los mexicanos en todos los sentidos, contiene normas imperativas para gobernantes y gobernados que si la respetamos serán la fuente de riqueza para encontrar las fórmulas de solución a los más complejos problemas que la vida moderna nos presente.



En cuanto a la función constitucional de la regulación económica cabe mencionar que el enunciado de numerosos preceptos constitucionales tiene una necesaria repercusión económica. Las prestaciones sociales a que el Estado se encuentra obligado implican la disposición de recursos cuantiosos. Esta responsabilidad tuvo, a su vez, repercusiones en la estructura y en el funcionamiento del aparato gubernamental. El crecimiento desmesurado de la burocracia, el clientelismo político, la corrupción administrativa, el despilfarro de los recursos públicos, son algunos de los aspectos negativos de la carga de obligaciones prestacionales que incumbían a los órganos gubernamentales. Además, para hacer frente a esas demandas se recurría, con frecuencia, al endeudamiento.

Otra característica de la regulación económica, como facultad gubernamental, consistía en una creciente participación en la producción y distribución de bienes y de servicios. El Estado no sólo ofrecía satisfactores para algunas necesidades de la sociedad; también se convertía en el empleador más importante del país. Esto sucedía así por las inversiones en infraestructura y por la absorción progresiva de numerosas empresas privadas para evitar el riesgo de su cierre y la consiguiente generación de desempleo. Durante décadas el sector paraestatal creció de una manera exorbitante, distraendo la atención de los gobernantes y los recursos generados por los ingresos públicos.

La regulación económica tenía dos vertientes: Las facultades reguladoras que el ordenamiento jurídico atribuía a los órganos del poder, en relación con la actividad económica de los particulares y la intervención directa de esos órganos en la vida productiva, a través de la gestión de empresas, del sistema de subsidios y de la concesión de créditos. Esta intervención alcanzó su punto máximo con la estatización de la banca, en 1982, mediante una adición al artículo 28 constitucional. La decisión produjo un efecto adverso de considerable magnitud y fue derogada en 1990. Entre tanto, el Estado fue desmantelando progresivamente una parte importante de las instituciones que le daban una participación voluminosa en la vida económica, y se hizo necesario adoptar lo que,



coloquialmente, se denominó “Capítulo Económico” de la Constitución, integrado por tres preceptos que fueron reformados en 1983: los artículos 25, 26 y 28.

La función reguladora de la economía se desarrolló de manera paralela a la de estabilización social. La necesidad de disponer de recursos y la conveniencia de orientar la economía se complementaron durante décadas. Proveer a la población de una amplia gama de prestaciones sociales, ofrecer empleo, facilitar créditos y garantizar los precios de los productos agrícolas, eran acciones que requerían de un aparato de gestión económica que sólo la Constitución podía estructurar. De otra suerte, los particulares habrían contado con la posibilidad de ejercer acciones de naturaleza judicial, para sustraerse del control gubernamental.

Asimismo, caber hacer mención al combate a la corrupción. Las desviaciones de la conducta de los funcionarios generaban incertidumbre en el sector privado, incrementaban los costos de transacción, aumentaban la resistencia ante la acción del Estado en el ámbito económico, desprestigiaban al gobierno y encarecían sus acciones de prestación. Con el propósito de establecer mecanismos de control sobre los funcionarios, de manera paralela a los preceptos de orden económico fueron reformados el Título Cuarto de la Constitución, en materia de responsabilidades, y el artículo 134, para depurar el manejo de los recursos económicos de que disponen las autoridades federales.

Respecto a la Rectoría del Estado, es importante señalar que el primer instrumento regulador de la economía que la Constitución ofreció al gobierno fue el artículo 131. El párrafo inicial de ese precepto corresponde a una inteligente redacción dictada por José Yves Limantour, e incorporada a la anterior Constitución en 1896. En su versión original de 1857, ese precepto ordenaba la abolición de las alcabalas y aduanas interiores en el país a partir del 1º de junio de 1858. Sucesivas reformas fueron aplazando ese objetivo, en clara contravención de los propósitos originales, acentuando la imagen de debilidad institucional del Estado mexicano. Para revertir la situación, en 1891 se realizó la Conferencia de



Economistas, y con los elementos allí planteados el ministro de Hacienda de Porfirio Díaz elaboró el texto, que sigue en vigor, complementado por un segundo párrafo que fue adicionado en 1950, redactado a su vez por el ministro de Economía Antonio Martínez Báez: Un experimentado constitucionalista.

La importancia del segundo párrafo del artículo 131 es crucial, en tanto que faculta a los órganos del poder para adoptar medidas restrictivas en relación con el comercio exterior, a pesar de los tratados internacionales suscritos por México. La jerarquía de las normas, establecida por el artículo 133, deja a salvo esa facultad reguladora suprema.

Tiempo después, en 1983, la Constitución incorporó el vocablo *rectoría del Estado* y del desarrollo nacional, para denotar dirección, poder o autoridad en materia económica. Se trató de un sucedáneo para facilitar la adopción de algunas normas atinentes a la planificación indicativa o no vinculante. El sentido confuso de la expresión permitió que la función de esta reforma tuviera una naturaleza múltiple. Por un lado, se enviaba un mensaje a los inversionistas nacionales y extranjeros en cuanto a que el Estado se estaba imponiendo límites; por otra parte, se satisfacían algunas expectativas en el sentido de dotar al poder político de instrumentos para orientar la economía nacional; adicionalmente se disponía de un instrumento de control, en manos del Presidente de la República, sobre los demás órganos del poder político, federales y locales.

La virtud de esa reforma fue que cada lector podía entender lo que mejor se acomodara a sus propias percepciones y convicciones. Desde una perspectiva de izquierda, era un avance modesto, pero avance al fin; desde una perspectiva administrativa, facilitaba un cierto orden en el gasto, y desde una perspectiva empresarial era un elemento de certidumbre que resultaba satisfactorio. Por lo menos se sabía hasta dónde podría llegar el poder del Estado en cuanto a la regulación de la economía.



La función de la reforma constitucional consistió en que el Estado recuperara la posibilidad de regular la economía. La profunda crisis económica que culminó en la expropiación de la banca, en septiembre de 1982, reforzada por la reforma al artículo 28 en noviembre siguiente, sometió a las instituciones reguladoras a una tensión para la que no estaban diseñadas. Al alterar su contenido y su función, las resistencias pusieron al poder político ante la disyuntiva de ejercer actos de coacción, sin importar los riesgos de una descapitalización del país, con su secuela de desempleo, abatimiento de la capacidad adquisitiva y probable crisis social, o rectificar hasta los límites razonables para la gobernabilidad del país.

La respuesta del Estado consistió en un ingenioso mecanismo legal mediante el cual el servicio bancario correspondió a las sociedades nacionales de crédito, de nueva creación. Conforme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de 1985, el capital de esas sociedades fue representado, en 66%, por certificados de participación patrimonial de la serie A, suscritos en su totalidad por el gobierno federal y, 34% restante, por certificados de la serie B, susceptibles de ser suscritos por particulares. De esta manera se hizo posible atenuar algunos efectos de la expropiación, y se preparó el camino para la reforma de 1990, que derogó el párrafo adicionado en 1982, y permitió la reprivatización de la banca. Para adoptar esta solución resultó de utilidad la reforma constitucional acerca de la rectoría económica del Estado, que ofreció un adecuado soporte a los argumentos conforme a los cuales el Estado no perdía su posición de ventaja en la banca, en relación con los tenedores de los certificados de la serie B.

Otro tema asociado con la rectoría del Estado en materia económica fue el concepto de planificación. Al introducir las normas sobre planificación, la Constitución fortaleció el sistema presidencial. Todo el proceso económico del Estado fue puesto en manos del Presidente, con apenas una tenue participación del Congreso. La Ley de Planeación, de 1983, asignó al Presidente una serie de atribuciones que previamente eran ejercidas de manera informal. La reforma constitucional se vio facilitada porque, cuando fue propuesta,



ya había precedentes satisfactorios de planificación. El Plan Global de Desarrollo de 1980 incluyó objetivos muy ambiciosos entre los que se incluía la decisión de que no fuera sólo un documento para orientar la acción del gobierno, sino de todo el sector público nacional.

Los planes de desarrollo tienen un componente esencialmente económico, pero por necesidad tocan otros aspectos de relevancia para el desarrollo, entre los que figuran la consolidación de las instituciones políticas, la inversión en ciencia y tecnología, la educación, las relaciones laborales y el bienestar de la población. Por todo esto, los planes de desarrollo guardan una relación directa con los programas de gasto y, por extensión, con la definición de las políticas generales del gobierno. De acuerdo con la ley de planeación, el órgano investido de la capacidad decisoria relacionada con el Plan Nacional, es la Secretaría de Hacienda. Esto convierte al área responsable de las finanzas nacionales en el eje del programa de gobierno.

A través de la definición del gasto se fijan las prioridades para las políticas públicas. Además, el acto de gobierno más apreciado es el que se relaciona con la posibilidad de favorecer a personas, grupos o regiones geográficas, mediante la asignación de recursos. La acción de gobierno está asociada a la capacidad de solucionar problemas, en especial de naturaleza política.

Las políticas de ingresos y de gasto generan un profundo impacto en la vida económica de un país. En México, las disposiciones constitucionales no han registrado variaciones drásticas en esta materia. Los cambios más significativos operados desde 1917 tienen que ver con la regulación de la deuda pública y con el control del gasto.

Para prevenir un endeudamiento que pudiera suponer un riesgo para el país, las constituciones nacionales han atribuido al Congreso la facultad de aprobar sus montos.



Las exigencias de la regulación económica con motivo de la crisis de diciembre de 1994, llevaron a la adopción de medidas al margen de la Constitución. El préstamo de emergencia que autorizó el gobierno de Estados Unidos y las medidas del rescate bancario representaron un endeudamiento contraído en contravención de la disposición constitucional adoptada apenas unos meses antes.

La Constitución establece que el presupuesto tiene una vigencia anual, de manera que una vez concluido el período de vigencia del presupuesto, el gobierno no puede disponer de los ingresos para realizar cualquier tipo de erogación. Si lo hiciera, los funcionarios incurrirían en responsabilidades.

En diciembre de 2004 el Presidente de la República presentó una controversia constitucional en contra de la Cámara de Diputados, por los términos en que aprobó el presupuesto de 2005. Los argumentos en los que basó su demanda consistieron en que la Cámara no admitió a trámite las observaciones formuladas por el Presidente por considerar que éste carecía de facultades constitucionales; en la supuesta realización de actos de naturaleza administrativa por parte de la Cámara, y en la invasión de competencias.

Si la Cámara de Diputados hubiera dado trámite a las observaciones formuladas por el Presidente al presupuesto de 2005, sin que las hubiera superado o aceptado, el veto habría surtido sus efectos constitucionales y el Presidente no habría podido publicar el presupuesto. La decisión de la Cámara de no dar trámite al veto fue lo que permitió al Presidente la publicación del presupuesto, y él así lo reconoció en las consideraciones que introdujo al decreto de la Cámara de Diputados.

La intensa participación del Estado en la economía ha dado lugar a que se hable de un sistema de economía mixta. Este tipo de sistema se caracteriza por la participación simultánea de la empresa privada y pública en el proceso económico.



En los sistemas constitucionales contemporáneos, la autoridad máxima en cuanto a determinar los ingresos, los egresos y su control, recae exclusivamente en los órganos de representación política. Son los gobiernos quienes proponen los procedimientos tributarios y los aplican; también son ellos los que elaboran los programas de gasto.



FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. P. 57.
- BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Decimosexta Edición. Editorial Porrúa. México, 2003. Pp. 22 y 23.
- DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción de José G. Acuña. P. 41.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. P. 2.
- MADRAZO, Jorge. *Reflexiones Constitucionales*. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1994. Pp. 426.
- TENA Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1958. Pp. 86 y 88.



La rectoría económica estatal en la constitución mexicana

Ma. Ovdia Rojas Castro

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no sólo es la base de todo el sistema jurídico mexicano, es también el texto en el que se plasma el ideal de vida social, política y cultural de los mexicanos. En su contenido se han depositado los anhelos y los principios políticos de la sociedad mexicana, particularmente los de democracia, libertad, justicia e igualdad; la teleología constitucional obliga al Estado Mexicano a ir más allá de su función de regular las relaciones sociales, ya que nuestra Carta Magna contiene disposiciones tendientes a la equidad social y a la justa distribución de la riqueza.

Pero la esencia de la Constitución no es un conjunto de principios o buenos deseos, su aspiración más importante, como el de toda norma jurídica, es regular de manera efectiva los supuestos hipotéticos que contiene en su texto. Esta regulación efectiva solamente es posible si se considera que la Constitución, aunque suene obvio, en verdad obliga a los destinatarios de sus normas y, más aún, si éstos cumplen con sus disposiciones.

Una Constitución, desde el punto de vista de Arteaga Nava, “es un complejo normativo. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, en nuestro caso, al Estado mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables”¹.

De manera que la Constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema, lo que significa que ninguna institución jurídica puede estar por encima de ella; es superior y se impone a particulares y órganos de autoridad, todos se encuentran sujetos a sus disposiciones.

Correlativas a su naturaleza de ley suprema, la Constitución presenta rasgos distintivos como: la generalidad, ya que rige para todos y para todo dentro del territorio de

¹Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*. Mc-Graw-Hill, México, 2001, p. 3.



la nación mexicana; es escrita; reformable; íntegra, en virtud de que regula la existencia de todos los órganos de autoridad, tanto federales como locales, establece su funcionamiento, facultades y limitaciones, prevaleciendo el principio de que todo lo que no ha sido atribuido a las autoridades, expresa o tácitamente, no pueden ejercerlo, les está prohibido.

Un aspecto de gran importancia que se ha puntualizado en la doctrina jurídica es el carácter social de la Constitución Mexicana, en virtud de que si bien, en tanto Constitución, representa el cuerpo normativo básico que crea los Poderes, otorga derechos fundamentales a las personas y señala los lineamientos para las relaciones entre gobierno y gobernados, además y primordialmente, pretende el logro de fines eminentemente sociales: derechos sociales, interés social y participación del Estado para implementar un régimen de justicia social.

Así, encontramos que los artículos 3º, 25, 26, 27 y 123 Constitucionales, contienen los elementos ideológicos y jurídicos que caracterizan a nuestra Constitución con una dimensión social y económica, ya que establecen los principios de democracia, libertad, soberanía y justicia social, los que a su vez constituyen los principios rectores del ordenamiento constitucional.

Ahora bien, en materia económica, de manera particular, tienen primordial importancia los artículos 25 y 26 Constitucionales; en efecto, el artículo 25 Constitucional, en su párrafo primero, ordena: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”; y en su párrafo segundo, dispone: “El Estado planeará, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución”

Así mismo, configura la economía mixta al enunciar en su párrafo tercero: “Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado...”. El citado precepto asigna, de manera exclusiva al sector público, las áreas estratégicas, y contempla además el apoyo e impulso a las empresas de los sectores social y privado de la economía, alentando en general la actividad económica que realicen los particulares.

Del precepto en comento, conviene destacar que la rectoría del desarrollo nacional no se otorga de manera especial al Ejecutivo Federal, sino al Estado, a la comunidad política mexicana a que hacen alusión el artículo 40 y la primera parte del artículo 41

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Constitucional, es decir a los Poderes de la Unión, en el marco de su competencia, y a los Poderes de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores. De manera más amplia el Estado es toda la población que en un territorio se organiza políticamente, por lo que entonces la rectoría del desarrollo nacional también corresponde a todos los individuos, organizaciones, instituciones, etc.

Sin embargo, como el Estado se manifiesta solamente a través de sus Poderes Constituidos, la rectoría del Estado la lleva a cabo el Poder Ejecutivo, en base al ejercicio de las atribuciones constitucionales y de la legislación ordinaria que le competen, por ser éste el Poder que tiene a su cargo la administración pública. Pero también es importante destacar la gran responsabilidad que tiene el Poder Legislativo, ya que al realizar su tarea legislativa en materia económica debe tener siempre presente los objetivos delineados en los artículos 25 y 26 Constitucionales.

La rectoría del desarrollo nacional, señala el artículo 25 Constitucional, es para garantizar que sea integral, lo que supone debe atender al crecimiento económico y a la satisfacción de necesidades básicas, tanto materiales como espirituales de los mexicanos (no exclusivamente de algunos individuos o grupos sociales), en donde se encuentre presente y prevalezca el interés social. Además de integral, el citado desarrollo debe ser sustentable, es decir, que logre el bienestar humano de manera permanente y sin dañar el equilibrio del medio ambiente y sus recursos.

Asimismo, el desarrollo de la nación pretende el fortalecimiento de la soberanía y su régimen democrático, entendiéndose la soberanía como un poder independiente y supremo; independiente, en el entorno internacional respecto a otras naciones, y supremo hacia el interior del propio Estado, en virtud de que se ejerce sobre todos los individuos que se encuentran en el ámbito estatal.

Por lo que se refiere al régimen democrático, la democracia deberá ser comprendida en los términos del artículo 3º Constitucional, fracción II, que señala "... a). Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo."

De manera similar, es conveniente enfatizar la finalidad de la rectoría estatal, consistente en lograr un desarrollo integral, incluyente, que fomente el aspecto económico y el empleo, que permita una justa distribución del ingreso y la riqueza, entre otros aspectos, lo cual parece muy lejano en la realidad de nuestro país, o por lo menos falta mucho por hacer.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Es de advertirse, que la rectoría económica del Estado mexicano y la economía mixta, tienen entre sus finalidades la formulación de políticas económicas y sociales en las que prevalezca, como principio superior, el interés general, y si bien ni la Constitución, ni la legislación ordinaria han precisado los elementos del interés general, señala Faya Viesca: “éste no podrá ser otro que aquél que se avoque a la defensa de la Soberanía Nacional, a la protección de las mayorías, y a la realización de los valores de la justicia social.”², destacando por lo tanto la tutela de aquellos bienes sobre los que descansa el orden económico justo, es decir, la protección de bienes sociales y públicos.

El interés público, desde el punto de vista de Cornejo Certucha “Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”³.

También suele utilizarse en la legislación mexicana la expresión utilidad pública con el mismo significado que interés público, de manera que los casos de utilidad pública contemplados en el artículo 1º de la Ley de Expropiación, constituyen indicadores importantes en torno al interés público, encontrándose entre ellos: la defensa y aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; la equitativa distribución de la riqueza acaparada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; la creación y fomento de una empresa para beneficio de la colectividad; las medidas necesarias para evitar la destrucción de los recursos naturales, los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad y la creación o mejoramiento de centros de población y sus fuentes propias de vida.

Así, podemos observar que en México la rectoría económica traduce la posición intervencionista del Estado, y conlleva un significativo contenido social y económico, distinto de la posición del neoliberalismo económico imperante, el cual postula, según Mohan Rao⁴, un modelo uniforme de instituciones económicas y políticas públicas para todos los países, así como la convicción de que los beneficios económicos serán máximos cuando los mercados internacionales y nacionales estén libres de todo intervencionismo estatal y de cualquier limitación reglamentaria, de tal forma que, en ausencia de medidas proteccionistas y la eliminación de cualquier obstáculo, los mercados incrementarán su productividad.

² Faya Viesca, Jacinto. *Rectoría del Estado y Economía mixta*. Porrúa, México, 1987, pp. 98-99.

³ Cornejo Certucha, Francisco M. “Interés público” en *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo V, Porrúa, México, 1985, p. 167.

⁴ Cultura y desarrollo en la era global, en línea. Disponible en World Wide Web: <<http://www.crim.unam.mx/informe/cap.1.htm>>

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Sin embargo, se han formulado diversas objeciones respecto a lo anterior, como la que sostiene que los mercados integrados a nivel mundial no pueden favorecer por igual a las economías fuertes y a las economías débiles, en función de que existen fuerzas económicas poderosas que producen desigualdades de desarrollo entre los países y en el interior de los mismos, aunado al hecho de que los países heredan de su historia diversos problemas económicos y sociales; otra objeción de gran relevancia, destaca que los países pobres no podrán obtener mayor provecho de las posibilidades que ofrecen los mercados, si no se dan entre otras condiciones, intervenciones estratégicas del Estado sobre los mercados y una gestión económica a largo plazo.

Por otra parte, es necesario tener presente que la consecución de los fines particulares no garantiza que se implanten los mecanismos sociales necesarios para el logro de los objetivos individuales y colectivos, es decir, que los beneficios finalmente se limiten a un reducido número o grupo de personas en detrimento de la mayoría de la población, situación que requeriría de una activa participación estatal.

Desde otra perspectiva, la liberalización del comercio ha incrementado en cierta forma las tensiones sociales, ya que la búsqueda de mayor competitividad internacional crea una presión sobre los salarios, los que a su vez tienden a disminuir, lo cual conduce a una situación en la que “El Estado de nuestros días no puede permitir que el mercado sea el único mecanismo que determine quién debe tener acceso a los bienes, de lo cual depende no sólo el bienestar de los ciudadanos, sino también su sobrevivencia”⁵. Por tanto, una política económica estatal debe caracterizarse por su contenido social, ya que de lo contrario carecería de legitimidad, sustento y efectividad.

Un aspecto también de gran relevancia y a la vez controvertido de la intervención estatal en la economía, es la regulación de las áreas estratégicas a que hace referencia el artículo 28 Constitucional, párrafo cuarto (correos, telégrafos y radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad), las cuales, como hemos señalado con anterioridad, se encuentran a cargo del Estado de manera exclusiva, lo cual obedece a la finalidad de salvaguardar el interés público, la seguridad nacional y la independencia económica, asegurando al mismo tiempo servicios y productos necesarios a la población; finalidad que justifica la intervención estatal y que conviene tener siempre presente al abordar este tema.

La exclusividad del Estado Mexicano en el aprovechamiento de las áreas estratégicas no vulnera la libertad en materia económica de los particulares, ya que la participación de éstos se encuentra permitida en prácticamente todas las actividades

⁵ Albáñez, Teresa, citada por Colin I. Bradford, Jr. “Redefiniendo el papel del Estado” en *El economista mexicano*. Vol. 3, número 1, abril-junio, México, 1997, p. 24.



económicas, incluso a los extranjeros, los cuales gozan de manera similar a los inversionistas mexicanos, de una amplia libertad en cuanto a su participación en las actividades de la economía nacional, situación que puede corroborarse si revisamos la legislación secundaria y particularmente la Ley de Inversión Extranjera.

Entre las áreas estratégicas de mayor relevancia reservadas de manera exclusiva al Estado Mexicano se encuentran la energía eléctrica y el petróleo, mismos que si bien ameritan un tratamiento especial, lo cual no es el objetivo del presente trabajo, sin embargo considero importante hacer por lo menos algunos señalamientos que cuestionan la mencionada exclusividad estatal en las áreas estratégicas.

Por lo que se refiere a la electricidad, existen serias divergencias entre la Constitución y la Ley reglamentaria de este recurso, en virtud de que el artículo 27 Constitucional, párrafo sexto, ordena: “Corresponde exclusivamente a la nación generar, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que requiere para dichos fines.”; en cambio la Ley reglamentaria introduce modalidades que atentan contra la citada disposición Constitucional.

En efecto, la Ley del servicio público de energía eléctrica introduce modalidades que permiten a los particulares participar en la generación de energía eléctrica, siendo algunas de ellas realmente preocupantes, como el caso concreto de la generación de energía eléctrica que realizan los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad, en función de que la paraestatal queda legalmente obligada a comprar a los productores independientes su energía eléctrica, en los términos y condiciones económicas que se hayan convenido.

Además, los particulares, ya sean nacionales o extranjeros, podrán obtener los citados permisos de producción independiente hasta por el término de 30 años, con la posibilidad de renovarlos a su término, lo cual resulta hasta cierto punto riesgoso para la CFE si las condiciones pactadas le resultan finalmente desfavorables.

Por otra parte, la participación de inversionistas extranjeros en la generación de energía eléctrica como productores independientes es considerable, y de continuar esta tendencia, para el año 2010 más de la mitad del sistema eléctrico nacional estará controlado por empresas extranjeras.

En materia de petróleo la situación es hasta cierto punto semejante, ya que si bien el artículo 27 Constitucional, párrafo cuarto, enuncia: “Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos nacionales... el petróleo y todos los carburos de hidrógeno

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



sólidos, líquidos o gaseosos...”, y el párrafo sexto que ordena “... Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva”.

En cambio, la Ley reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo, en su artículo 6º, autoriza a Petróleos Mexicanos para celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras de prestación de servicios para la realización de sus actividades, lo cual ha favorecido la participación privada nacional y sobre todo extranjera, a través de los contratos de servicios múltiples.

Así, mientras el artículo 27 Constitucional sustenta el principio de rescatar y conservar para los mexicanos el aprovechamiento de este recurso, otorgando al Estado su monopolio; al amparo de la Ley Reglamentaria, se llevan a cabo acciones que contravienen la intencionalidad plasmada en el texto Constitucional, permitiendo la participación del sector privado.

En realidad la rectoría económica del Estado y la economía mixta en nuestro país no se han conformado exclusivamente por la vía de la Constitución, ya que han sido determinantes para su consolidación las leyes ordinarias y los Decretos del Ejecutivo Federal, motivados por grandes problemas económicos y sociales, más aún, el Texto original de 1917 no concibió la rectoría económica y la economía mixta, éstas surgieron en gran parte por decisiones del gobierno federal, sólo que ahora la legislación ordinaria disminuye el ámbito de participación estatal.

No obstante, los artículos 25 y 26 Constitucionales, vigentes a partir del 3 de febrero de 1983, constitucionalizaron necesidades, exigencias y expectativas que si bien no se han materializado, sin embargo el Constituyente consideró de interés nacional su posible realización.

Así, la rectoría del Estado implica que el Estado Mexicano participe no sólo en el desarrollo nacional, sino primordialmente, en la configuración de la sociedad mexicana acorde a los principios sociales que sustenta la Constitución en su generalidad.

Lo importante ahora es que las disposiciones vigentes relativas a la rectoría estatal de la economía, la distribución justa de la riqueza, el respeto a áreas exclusivas estatales y la concepción constitucional de la democracia, se extienda de manera congruente en la legislación secundaria pero, sobre todo, no sea letra muerta y se aplique efectivamente para un auténtico y justo Estado de Derecho.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Fuentes de información

Bibliográficas

- Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*. Mc-Graw-Hill, México, 2001.
- Cornejo Certucha, Francisco M. “Interés público” en *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo V, Porrúa, México.
- Dieterich, Heinz. *El fin del capitalismo global. El nuevo proyecto histórico*. Océano, México, 2000.
- Faya Viesca, Jacinto. *Rectoría del Estado y economía mixta*. Porrúa, México, 1987
- Palacios Luna, Manuel. *El Derecho Económico en México*. Porrúa, México, 1986.
- Serra Rojas, Andrés. *Derecho Económico*. Porrúa, México,
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho constitucional*. Porrúa, México, 1982.
- Witker, Jorge. *Curso de Derecho Económico*. UNAM, México, 2000.

Documentales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa, México, 2006.
- Ley de Inversión Extranjera. México, ABZ Editores, 2001

Hemerográficas

- Albáñez, Teresa, citada por Colin I. Bradford, Jr. “Redefiniendo el papel del Estado” en *El economista mexicano*. Vol. 3, número 1, abril-junio, México, 1997.
- Rodríguez, Israel. “Controla la IP 35 por ciento de la generación de electricidad”. Diario *La Jornada*. México D. F., 13 de diciembre de 2003.
- _____ “El gobierno seguirá impulsando la inversión privada en generación eléctrica”. Diario *La Jornada*. 22 de julio de 2004.
- _____ “Los CSM permiten a Repsol realizar actividades exclusivas del Estado mexicano”. Diario *La Jornada*. México D. F., 26 de abril de 2004.

Informáticas:

- Ley de Expropiación. Disponible en World Wide Web: <<http://www.cna.gob.mx/eCNA/Espaniol/MarcoNormativo/Leyes/Ley%20DE%20EXPROPIACION.pdf>>
- Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Disponible en World Wide Web: <info4.juridicas.UNAM.mx/ijure/fed/98/default.hm?s=>>
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo. Disponible en World Wide Web: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/>>>
- Mohan Rao, J. Cultura y desarrollo en la era global, en línea. Disponible en World Wide Web: <<http://www.crim.unam.mx/informe/cap.1.htm>>
- Zarco, Salvador. “Industria eléctrica, soberanía y desarrollo” (en línea). Disponible en World Wide Web: <http://www.uom.edu.mx/trabajadores/36zarco.htm>
- Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



I

El sector eléctrico y la rectoría económica del estado

Jorge Martínez Martínez

Los sistemas económicos

La Rectoría Económica del Estado no puede entenderse sin antes mencionar desde el punto de vista del Derecho Económico los sistemas económicos que existen, ya que la norma constitucional que consagra dicha rectoría, se estructura de acuerdo a los mismos.

Por ello hay que analizar brevemente a los sistemas, que básicamente son tres: el sistema de economía libre o de mercado, el sistema de economía centralmente planificada y el sistema de economía mixta.

Posteriormente a la ubicación de los sistemas se verá cómo el intervencionismo estatal y sus transformaciones ha dado lugar a la Rectoría Económica del Estado, siguiendo un nuevo paradigma constitucional.

Jorge Witker dice respecto al sistema de economía libre o de mercado:

“surgió en el siglo XVIII, consolidándose universalmente en el siglo XIX y principios del XX, al calor de la Revolución Industrial, que tuvo como centro neoeconómico a Inglaterra...”¹

Este sistema parte del liberalismo económico planteado por Adam Smith, en donde dice que la economía se regula a través de la “mano invisible” que quiere decir que los factores económicos se regulan mediante el intercambio económico y deben dejarse sin intervención estatal alguna. Esta intervención es a la que se ha llamado del *Estado Gendarme*, ya que el Estado solo enfrenta limitadas tareas, según Witker este modelo económico evidenció su fracaso en el siglo XX con la Primera Guerra Mundial y la Crisis Económica de 1929 – 1930.

¹ Witker, Jorge. *Introducción al Derecho Económico*, Mc Graw Hill, México, 1999, Pág. 62.

Ier. Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



El liberalismo económico se inspiró en el mercantilismo y en la teoría económica de Keynes, sustituyó a la teoría de mercados de Say, según éste último el mercado se autorregula, pero con posterioridad a la crisis económica de 1929 – 1930 quedó demostrada la inviabilidad de la teoría de mercados de Say, la cual se había inspirado en la idea de la “Mano Invisible” de Adam Smith, Keynes agregó en su teoría económica que era necesario incidir en la economía para producir los resultados que se buscaban, esto sirve de fundamento a la idea de que las empresas deben continuar bajo la dirección estatal, mas no ser empresas del Estado.

El sistema de economía centralmente planificada que se identifica con la postura extrema del Estado Socialista, surgió a partir de la lucha de clases (recordemos que la lucha de clases solo debe entenderse en estricto sentido desde el punto de vista del marxismo) e impide a toda costa la libre competencia, el Dr. Witker dice:

”Este sistema tiene como fuente de inspiración la filosofía marxista – leninista, que rechaza la propiedad privada de los medios de producción y que la reemplaza por la propiedad estatal y colectiva.”²

Este sistema tuvo su máxima expresión en la extinta Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y por otra parte China, pero hay que tomar en cuenta que China ya permite actualmente el intercambio comercial con el exterior, baste recordar que México ha estado en pláticas para firmar un Tratado de Libre Comercio con China.

En lo tocante al sistema de economía mixta hay que decir que es el más popular en el mundo contemporáneo, el mismo autor lo define:

“Este sistema recibe diversos nombres: economía neoliberal, economía social de mercado, economía de mercado con planificación indicativa, economía socialista de mercado, socialismo concurrencial, economía de mercado administrativo y mas jurídicamente Estado Social de Derecho o capitalismo reglamentado.”³

El modelo económico de economía mixta surge debido a la aplicación de la teoría económica de Keynes, en donde ya aparece la rectoría económica del Estado; con la libre competencia se observa la coexistencia de empresas nacionales, extranjeras, públicas y privadas, así como los subsidios, hoy por hoy la mayoría de las economías del mundo siguen este modelo, en donde es obligación del Estado apoyar el desarrollo económico empresarial mediante la implementación de políticas fiscales, monetarias, de fomento exterior, por mencionar ejemplos.

² Ídem, Pág. 63.

³ Ídem, Pág. 64 – 65.



El Estado rector y las áreas estratégicas

Dentro de los principios del constitucionalismo⁴ y del neoconstitucionalismo⁵ se encuentra el principio de igualdad, éste incide en las distintas materias que son objeto de regulación constitucional, de entre las cuales y para el caso particular de la Rectoría Económica del Estado también resulta aplicable.

La sociedad civil es destinataria de la norma constitucional, por ello le afectan las reglas o principios que se plasmen o reconozcan en la Constitución, ahora bien, si se trata del establecimiento de áreas estratégicas que han sido catalogadas de ese modo como parte de la planeación estatal, pudiera pensarse que se reducen a funciones del Estado que poco impactarían a la sociedad civil, lo que no es así, ya que la delimitación de las áreas estratégicas se hace con el objetivo de concretizar un proyecto estatal que va diseñado en beneficio de la sociedad.

Los individuos se ven beneficiados de la formación de áreas estratégicas, en el caso particular de la energía eléctrica, porque tienen acceso al servicio cuando firman el contrato de adhesión con la Comisión Federal de Electricidad, y en dicho contrato se aplica el principio de igualdad reconocido por la Constitución, ya que el servicio público de energía eléctrica tendrá que otorgársele a toda aquella persona que lo solicite y haya firmado el contrato referido.

Una de las tareas que el Estado debe incluir en su política de planeación es el aseguramiento y protección de las áreas estratégicas, y en lo concerniente a la energía eléctrica así se ha hecho; sin embargo, debido a la importancia de esta área, corresponde al Estado mantener el suministro eléctrico, por lo menos como lo ha realizado hasta la actualidad, ya que en caso contrario, es decir que el organismo suministrador enfrentara la imposibilidad de prestar el servicio, la electricidad correría el riesgo de convertirse en un servicio exclusivo de unos cuantos y ello generaría desigualdad, al no poder los habitantes del Estado acceder al mismo, lo que es anticonstitucional e inconcebible a la luz del neoconstitucionalismo.

⁴ El constitucionalismo concebía a la Constitución como un conjunto de reglas; por ello se hablaba igualmente de un Estado de Derecho, en vez de un Estado constitucional, al respecto se puede consultar la obra de Comanducci, Paolo. "Formas de (Neo) constitucionalismo, Análisis Metateórico, en Carbonell, Miguel. Coord. Teoría de la Constitución, Tomo II, UNAM- Trotta, España, 2003, Pág. 75 y ss.

⁵ Se entiende por neoconstitucionalismo el establecimiento ya no únicamente de reglas en la Constitución, sino también de principios, además del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y derechos humanos; para abundar sobre esto, consúltese a Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial" en Carbonell, Miguel. *Op. Cit.* Pág., 159 y ss.



El Derecho, como conductor de la vida del Estado, tiene que organizar y guiar su actividad, de este modo el Derecho tiene necesariamente que acercarse a los fines del Estado mexicano, de entre los cuales y desde el origen de la Constitución de 1917 destaca el establecimiento de la justicia social.

Lo anterior es en virtud de que la Constitución y la conformación del actual Estado provino de los grupos que hicieron posible la Constitución de Querétaro de 1917, en la que se materializaron los objetivos de los grupos sociales que en ella participaron y que dieron como resultado los artículos 3º, 27 y 123, entre los mas importantes.

Al tratar el tema de la justicia social, es menester tomar como referencia una aproximación o idea de la misma, así el autor Enrique Sánchez Bringas dice:

“Entendemos pues, por justicia social el sistema ideológico por virtud del cual la organización del Estado se funda en el constante mejoramiento económico, social y cultural de la población”.⁶

Con motivo de lo anterior, el Estado mexicano desde el año de 1983 incluyó en los artículos 25, 26, 27 y 28 constitucionales el principio de Rectoría Económica, lo que se afirma en una interpretación teleológica constitucional.

Es importante establecer los fines del principio de la Rectoría Económica del Estado, en este sentido opinan los Drs. Fix Zamudio y Valencia Carmona que los objetivos de la misma son:

- A) Que el desarrollo sea integral en cuanto a que debe abarcar distintos aspectos,
- B) Que fortalezca la soberanía de la nación,
- C) Debe fomentar el crecimiento económico, el empleo y la justa distribución de la riqueza,
- D) Que permita el pleno ejercicio de la libertad de los individuos, grupos y clases sociales.”⁷

Lo anterior significa que la Rectoría Económica del Estado es una idea que se pensó para guiar el crecimiento económico del país, porque posibilita la participación de los individuos y grupos sociales en este sentido; pero aquí cabe preguntarse si esta idea no se contrapone a la libre competencia de la que habla la Ley Federal de Competencia Económica y que ha sido contenida en varios Planes Nacionales de Desarrollo.

⁶ Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Porrúa, México, 2002, Pág. 583.

⁷ Fix Zamudio y Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, México 2001, Pág. 568.



La respuesta es que no debe permitirse la libre competencia en sectores estratégicos porque ello implica someter al país a la voluntad de las empresas que generarían energía eléctrica; las que incluso podrían amenazar al Estado Mexicano con suspender el suministro.

Los diferentes tipos económicos de estado

Además de lo que dicen los estudiosos del Derecho Constitucional, también los politólogos se han cuestionado el papel que juega el Estado en la sociedad, lo que ha dado lugar a que se trate el llamado intervencionismo de Estado, que cambia con el desarrollo de la sociedad y que tiene que ver con los modelos económicos que han sido adoptados, así es que se habla de las transiciones que ha sufrido el estado y que se le han llamado un Estado Gendarme o Estado Liberal – Burgués, Estado Benefactor, Bienestar o Providencia, Estado Empresario y Estado Rector de la Economía

Para comprender lo siguiente se toman como referencia al mercantilismo, la fisiocracia, el Estado liberal y el Estado socialista.⁸

El mercantilismo es una teoría económica que consistió en:

“...el afán de buscar la riqueza en la riqueza misma, y de considerar el enriquecimiento como una meta que debe alcanzarse para la obtención de la felicidad.”⁹

Para que la corriente del mercantilismo tuviera aplicación, sería necesario ajustar las políticas del Estado al favorecimiento de la acumulación de la riqueza, con ello el Estado impone fuertes barreras a la importación de mercancías para proteger las propias, desde el luego que se produce una competencia desleal, pero que favorece al interior; se ha dicho que el mercantilismo tuvo su origen en Francia previo a su Revolución.¹⁰

Como reacción social contra el mercantilismo fue que surgió la llamada fisiocracia, que pugna por un mercado más libre al que se tenía con las restricciones derivadas del mercantilismo, estableció que el origen de la riqueza está en la tierra y en las actividades agrícolas, así:

“Cada quien debe cultivar en su tierra lo que más convenga a sus intereses, de acuerdo con sus aptitudes y clase de terreno, para obtener mejores

⁸ Serna Elizondo, Enrique. “La Rectoría Económica del Estado Mexicano” en Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge. Coords. Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional, UNAM, México, 1984, Pág. 584. Libro que es importante porque en el tiempo de celebración de ese Congreso era reciente la inclusión del capítulo económico de la Constitución.

⁹ *Ídem*. Pág. 562

¹⁰ Para el abundamiento sobre el tema puede consultarse al autor anterior.



ganancias; y no sólo la libertad en el cultivo es para ello indispensable, también la libertad para vender.”¹¹

La teoría económica de la fisiocracia es una referencia obligada cuando se aborda el tema del Estado Gendarme¹² que debía dejar hacer y dejar pasar (*laissez – faire, laissez – passer*) sin lograrlo, porque fue la reacción ante el viejo mercantilismo, se pensó que el derecho fundamental de libertad era el que debería regir, incluso sobre el Estado y su actividad económica.

La vigencia y aplicación de dichos paradigmas estatales se aprecia claramente en México, porque a principios del siglo XX, la generación de electricidad era privada, lo que le daba un tinte de exclusividad al servicio y que obedeció a la poca infraestructura con la que contaban las empresas generadoras, en ese tiempo el modelo o paradigma estatal imperante fue el del Estado liberal, así el suministro de energía eléctrica estuvo sujeto al libre mercado.

Ya para los años cincuenta empieza la sustitución del modelo anterior, que en el caso particular es posible afirmar que el cambio se dio con la nacionalización de la industria eléctrica mexicana¹³, en el que se sustituye al Estado Liberal, por el Estado Providencia, Benefactor o Paternalista; y que con las subsecuentes actividades asumidas por el Estado, se habla de un Estado Empresario, que ya fue analizado en el capítulo primero.

Cuando el Estado en aplicación del paradigma del Estado Paternalista, asumió la función de prestar el servicio público de energía eléctrica, comenzó a plantearse la necesidad de impulsar el crecimiento sostenido del sector, lo que no fue tarea sencilla, porque el Estado se encontraba únicamente habituado a ser consumidor de la energía, pero carecía de los conocimientos y habilidades para manejar una industria de este tipo:

“Una vez nacionalizada la industria eléctrica, el Estado se enfrentó a la necesidad de aumentar la producción y la productividad de dicha industria, la interconexión de sistemas, cómo pagar la deuda, el estado en que reencontraban las instalaciones, la fusión de un solo sindicato de los trabajadores de distintas empresas eléctricas, etc.”¹⁴

Desde aquel momento fue una preocupación primordial el cubrir la necesidad del suministro, y lo sigue siendo.

¹¹ Serna Elizondo, *Op. Cit.* Pág. 563.

¹² Sustentado en el liberalismo económico que planteó Adam Smith

¹³ La nacionalización de la industria eléctrica mexicana fue un proceso que inició con el presidente Lázaro Cárdenas y que culminó con el presidente Adolfo López Mateos.

¹⁴ Garza Toledo, Enrique de la. *Historia de la Industria Eléctrica en México*, Tomo I, UAM, México, 1994, p. 65. Se consulta una fuente de tal antigüedad, por ser el primer libro sobre el tema histórico de la industria.



En la década de los ochenta y noventa inicia el cambio de paradigma estatal por un modelo moderado de intervencionismo, ante la incapacidad e incompetencia del Estado para administrar empresas:

“En la década de los años ochenta del siglo XX, marcada por el predominio de las políticas económicas neoliberales y por el derrumbe de los regímenes basados en la propiedad estatal de los medios de producción, se gesta un cambio radical en la organización de la industria de suministro de energía eléctrica, que empieza a aplicarse en muchos países a partir de la década de los años noventa.”¹⁵

Sin embargo, el Estado Mexicano se ha resistido a aplicar el esquema de economía mixta en la materia, porque a pesar de estar consagrada su rectoría económica en los artículos 25 y 26 de la Constitución Federal, el artículo 28 protege al sector eléctrico e impide la participación de los particulares cuando establece que lo relativo a al electricidad, no constituye un monopolio.

Es factible pensar que por el momento histórico en que se nacionalizó la industria eléctrica, en fecha cercana a la expropiación petrolera, ambas acciones fueron logros constitucionalmente establecidos y que por ello deben ser inmodificables; se verá porqué este pensamiento no es correcto.

Resulta inaplicable la propiedad originaria de la Nación sobre el sector eléctrico, porque dicha propiedad se limita a las instalaciones de generación, conducción, transportación y administración.

Mientras los hidrocarburos son propiedad de la Nación, por ser minerales que se encuentran en el subsuelo y éste a su vez forma parte del territorio del Estado, la electricidad no es propiedad de la Nación, no puede en modo alguno recibir el mismo tratamiento; ya que no es un recurso que se encuentre como tal en la naturaleza.

Lo que tienen en común los sectores eléctrico y petrolero, es que ambos están manejados por organismos públicos descentralizados, aunque coloquialmente se les conozca como empresas públicas o del Estado; de hecho lo son, y tienen una importancia inimaginable para el progreso económico del país, con sus consecuentes beneficios a la sociedad.

El país necesita para su desarrollo un suministro constante de electricidad, del que nunca debe perder el control, por la importancia de la electricidad para la vida actual.

¹⁵ Viqueira Landa, Jacinto, “La Revolución Neoliberal en la Industria Eléctrica” en Calva, José Luis (Coord.) *Política Económica para el Desarrollo Sostenido con Equidad*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 2002, p. 134.



Uno de los problemas más importantes de la industria eléctrica mexicana es la necesidad de satisfacer la demanda de momento a momento, ya que la energía eléctrica es difícil de almacenar, y cuando lo es, su costo es muy elevado:

“[...una integración vertical de las tres funciones de los sistemas eléctricos: generación, transmisión, y distribución, responde a las características técnicas de lo sistemas eléctricos de corriente alterna. En efecto el hecho de que en éstos sistemas la energía eléctrica no pueda almacenarse en forma económica en cantidades significativas, hace necesario que la generación de energía eléctrica se tenga que ajustar de manera instantánea a la demanda, que varía considerablemente a lo largo del día y establece un vínculo muy estrecho entre las tres funciones citadas.”¹⁶

La Rectoría Económica del Estado prácticamente no se aplica en la materia, porque en realidad el Estado no rige, sino que monopoliza la función, de tal modo, es pertinente adecuar la normatividad para permitir la competencia o la colaboración en la producción eléctrica, de este modo habrá una verdadera rectoría, con la participación de los sectores social y privado, tal como se encuentra previsto por la Constitución Federal.

¹⁶ *Íbidem.* P. 134.



¿Puede la Federación establecer impuesto alcabalatorios?

Por: Jorge Álvarez Banderas

Una definición de alcabala la podemos encontrar en el diccionario de la real academia de la lengua española, que a la letra dice:

(Del ár. hisp. *alqabála*). **1.** f. Tributo del tanto por ciento del precio que pagaba al fisco el vendedor en el contrato de compraventa y ambos contratantes en el de permuta. **2.** f. *Col.* y *Ven.* Puesto de policía en las salidas de las ciudades y carreteras. ~ **del viento.** **1.** f. Tributo que pagaba el forastero por los géneros que vendía.¹

Por otro lado, el concepto jurídico de alcabala, lo tomamos de la interpretación que hace de la norma nuestro máximo órgano jurisdiccional del país, de la tesis aislada en materia administrativa, correspondiente a la quinta época, visible en página número 5899, del semanario judicial de la federación y su gaceta, proveniente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, registrada bajo el número 325915 que a la letra dice:

“El concepto de alcabala puede encontrarse en cualquier impuesto que impida el libre tránsito de las mercancías, pues así lo entendieron los Constituyentes de 1857, y fue reproducido, en lo general, en las conferencias de 1883 y 1891, hasta la reforma de 1896, en que desapareció del texto constitucional el vocablo "alcabala", para sustituirlo, por una serie enumerativa de prohibiciones contenidas en el vigente artículo 117 constitucional, fracciones IV, V, VI y VII, homólogas al 111 de la Ley Suprema de 1857, según la aludida reforma de 1896; pero que en realidad no son sino aboliciones a las trabas económicas que contraríen u obstaculicen la libertad de comercio, con la sola excepción del tributo fijado al tránsito de personas, que indudablemente no afecta esa libertad. Es a través del concepto fiscal de alcabala que perduró desde la época colonial hasta la reforma de 1896, como se

¹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alcabala



llegó a la redacción actual contenida en el artículo 117, ya invocado. En efecto, la fracción IV de ese precepto, impide a los Estados gravar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio. La fracción V prohíbe a las mismas entidades gravar directa o indirectamente la entrada a su territorio, o la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera. La fracción VI veda gravar la circulación o el consumo de efectos nacionales, con impuestos o derechos cuya exacción se efectúe por aduanas locales, y que requiera inspección o registro de bultos y exija documentación que acompañe a la mercancía, y la fracción VII prohíbe la diferencia de impuestos en las entidades federativas, por razón del origen de la mercancía...”²

La fracción IX del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, autoriza al Congreso de la Unión para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones, ello me lleva a escribir sobre el tema de las alcabalas y su problema en el país a la luz de la propia Constitución vigente, dicha fracción se encuentra vinculada con los preceptos 117 fracciones VI y VII, 131 y 118 fracción I de la misma carta magna.

La abolición de las alcabalas y aduanas interiores en toda la República no es nueva, en la Constitución de 1857 en los términos tan amplios de su artículo 124, prohibía las alcabalas y aduanas interiores *en toda la República*, esto es, tanto a nivel federal, como local; en nuestro texto constitucional actual, no se consigna neta e indubitable de que el Poder Federal emplee las alcabalas, su eliminación atendió a la guerra de tarifas que sostenían entre sí las entidades federativas y territorios existentes entonces en el país, mediante los impuestos diferenciales, el principal objeto censurable de las alcabalas, que consiste en gravar el paso de las mercancías mediante exacciones que se llevan a cabo en aduanas locales o que exigen el acompañamiento de documentación, es el de que estén al alcance de la Federación derivado de las conclusiones del presente trabajo.

La evolución de las alcabalas en nuestro país, la podemos ver en la tesis aislada siguiente, relativa a la materia Administrativa y Constitucional, identificada bajo el número 327653, de la quinta época, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en página 2277 que a la letra dice:

“La tendencia legislativa en nuestra República, a través de sus antecedentes, ha tenido el propósito definido de terminar para siempre con las alcabalas y su forma de percepción a través de garitas o aduanas interiores, y de suprimir los impuestos directos o indirectos que tiendan a gravar a la mercancía por el simple tránsito; pero en ningún caso ha habido el propósito de suprimir los impuestos indirectos y esta afirmación está comprobada con diversos antecedentes que existen sobre las reformas constitucionales propuestas por las

² <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=325915&cPalPrm=ALCABALA.&cFrPrm=>



convenciones de 1883 y de 1891, en las que se llegó a proponer la supresión de todo impuesto indirecto señalado por los gobiernos de los Estados, proposición que fue rechazada; y es a través del concepto fiscal de alcabala, que perduró desde la época colonial hasta la reforma constitucional de 1896, como se llegó a la redacción actual, que tienen los artículos 117 y 131 de la Constitución vigente.”³

El artículo 117 constitucional vigente, ubicado en el título quinto, que habla de los estados de la federación, se refiere palmariamente a la prohibición de las alcabalas por las entidades federativas, bajo ciertas obligaciones de no hacer, esencialmente las fracciones VI y VII, señalan la prohibición de gravar la circulación, el consumo de efectos nacionales o extranjeros, con impuestos o derechos cuya exención se efectúe por aduanas locales, cuando además se requiera inspección o registro de bultos o exija documentación que acompañe la mercancía; así como la prohibición de expedir ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuesto o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras, ya sea que esta diferencia se establezca respecto de la producción similar de la localidad, o ya entre producciones semejantes de distinta procedencia.

Actualmente nuestra Constitución, prevé en su artículo 131 de igual forma dicha prohibición, al mencionar que la Federación no puede establecer ni dictar en el Distrito Federal, (*anteriormente se consignaba además a los Territorios Federales*) los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117 constitucional, otorgando el constituyente a la federación, la facultad de manera privativa, respecto de gravar las mercancías que se importen o exporten o que pasen de tránsito por el territorio nacional,

Por otro lado, la fracción I del artículo 118, contiene una prohibición a las entidades federativas, en el sentido de que no podrán sin el consentimiento del Congreso de la Unión, establecer derechos de tonelaje, ni otro alguno de puertos, ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones.

Del contenido del artículo 117 en sus fracciones VI y VII, se desprende, que solo se alude a las entidades federativas de la república, sin considerar al Distrito Federal.

Los artículos 117 y 131 son similares a los artículos 111 y 124 de la Constitución de 1857 respectivamente, ya en el año de 1895, al analizar el contenido del artículo 131 constitucional (ahora 124) en su momento, “surgió una discusión en el seno de las comisiones unidas, sobre la manera de hacer extensiva esta disposición al Distrito y Territorios Federales”⁴ la inquietud era natural, ya que era necesario decir de una manera

³ <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=327653&cPalPrm=ALCABALA.&cFrPrm=>

⁴ FELIPE TENA RAMIREZ: *Derecho constitucional mexicano*; México, 2005; página 357.



clara y precisa la prohibición absoluta tanto de las alcabalas como de las aduanas interiores en alguna población de la República, a este fin “se dispuso, de acuerdo con el Secretario de Hacienda, que se agregue en la reforma propuesta por el artículo 124, las palabras siguientes: Pero sin que la federación etc. ...”⁵ este Dictamen fue presentado en la sesión del día 17 de septiembre de 1895, desde esta reforma, y en el momento en que la Constitución de 1917 ahora vigente, recoge la idea del artículo 131 de la anterior Constitución en el artículo 124, ha introducido confusión, oscuridad en el precepto, ello por la heterogeneidad de materias reguladas por el mismo, independientemente de la claridad del propósito de la adición en su momento, tal parece que por error, se colocó el agregado comentado en el artículo 124 en lugar del 111, prevaleciendo el error en nuestra Constitución vigente.

Del análisis del artículo 131⁶ en su primer párrafo, se infieren tres secciones; la primera es estrictamente fiscal, relativa al comercio exterior al señalar: “*es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional;*” la segunda se refiere a la política interior totalmente desvinculada con la parte fiscal, identificada de la siguiente manera: “*así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la república de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia;*” mientras que la tercera no alude a ninguna de las materias anteriores de comercio exterior o de policía interior, sino específicamente al tema aquí tratado, las alcabalas, al consignar en este lo siguiente: “*pero sin que la misma federación pueda establecer, ni dictar, en el distrito federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117,*” mientras su segundo párrafo se refiere de nueva cuenta a la materia de comercio exterior, al establecer: “*El ejecutivo podrá ser facultado por el congreso de la unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio ejecutivo, al enviar al congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida,*” de tal forma este segundo párrafo se liga con la primera sección del primer párrafo, que también se refiere al comercio exterior, congruentes entonces la primer sección señalada, con el segundo párrafo del artículo en comento, queda completamente desvinculado por razón de la materia la segunda y tercera sección del primer párrafo en cuestión, agravando la confusión de su contenido, independientemente de que se haya utilizado la conjunción “*pero*” en la tercera sección, ya que esta sirve para contraponer un concepto a otro, logrando con ello oponerse esta sección

⁵ *Idem.*

⁶ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/132.htm?s=>



a las otras dos, pareciera que al atribuírsele a la Federación las facultades previstas en las dos primeras secciones, se le otorgaría con ello el derecho de establecer aduanas locales en el Distrito Federal.

Por lo anteriormente expuesto, considero que es necesario hacer extensiva al Distrito Federal, las prohibiciones de las fracciones VI y VII del artículo 117 constitucional, tal como se consigna en el artículo 131, en virtud de que el Distrito Federal debe estar en igualdad de condiciones con respecto a las entidades federativas, en punto a supresión de trabas económicas, considero por ello que la parte final del artículo 131 en su primer párrafo o tercera sección analizada en el presente trabajo, nada tiene que ver con el sentido de la prohibición de las dos primeras secciones del mismo apartado.

Lo anterior me lleva a considerar que la Federación, puede establecer aduanas interiores y diferencias de impuestos por razón del origen de la mercancía en los Estados de la República, además de que en consecuencia, es lógico y jurídico concluir que puede establecer impuestos alcabalariorios como medios de recaudación, vedados a las entidades federativas y al propio Distrito Federal, todo ello derivado no de la intención real del creador de la norma, sino de la inadecuación de las normas creadas por el mismo legislador, por lo tanto, estas, las alcabalas si están al alcance de la Federación, punto que debe resolverse, llegado el momento de revisar la Constitución.



Inconstitucionalidad de los artículos 1114, 1116 y 1117 del Código de Comercio.

Jorge Reséndiz García.

CUESTIÓN DE COMPETENCIA.

Frecuentemente se trata al término cuestión de competencia como atención al grado de aplicación, o sea, si se está ante una determinación de competencia o incompetencia unilateral se trata de una cuestión, pero si esta determinación es ya de carácter bilateral (de dos órganos jurisdiccionales en el mismo sentido) se estará ya ante un conflicto o controversia de competencia.

Por otra parte encontramos que se utiliza el término cuestión de competencia para referirse a la inhibitoria o declinatoria como formas legalmente previstas para que en el primer caso, el juez que se considere competente pida la remisión de los autos al juez que se considere incompetente, y en el segundo caso, para que el juez que está conociendo del negocio se declare incompetente y remita los autos al que se considere competente, excluyendo de estas la existencia de conflicto alguno.

Recurriendo al Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallares, este señala que en las cuestiones de competencia lo que está en debate es saber cuál es el tribunal que debe conocer del proceso.

Pero antes define el término cuestión señalando, que es un punto dudoso de hecho o de derecho y su noción es correlativa de la de afirmación; que la cuestión surge cuando una afirmación comprendida en la razón de la pretensión o de la discusión, engendra duda, que en ningún caso consiste en pugna de intereses si no en pugna de opiniones.



Controversia o conflicto de competencia.

Por lo que ve al conflicto de competencia tenemos, que este se da cuando dos o mas jueces se consideran competentes o incompetentes para conocer de un mismo asunto, estando en el primero de los casos ante un conflicto de competencia positivo y en el segundo ante un conflicto de competencia negativo.

Al respecto el multicitado Eduardo Pallares establece que los conflictos de competencia son aquellos que surgen entre dos o más órganos jurisdiccionales, respecto de cual de ellos es el que deba conocer de determinado proceso.

Que dichos conflictos suponen que dos o más tribunales sostienen que son competentes o, por lo contrario, se niegan a conocer de determinado negocio.

De igual manera Humberto Briseño Sierra refiriéndose a Prieto Castro comenta que este al observar la competencia encuentra que se produce conflicto cuando dos tribunales de igual grado tratan de conocer o están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para atender de el. Que el primero sería un conflicto positivo y el segundo negativo.

Agregando el citado jurista, que el conflicto distinguido técnicamente de la cuestión, desborda el campo limitado de la competencia jurisdiccional y aun de la implemente judicial, para abarcar otras zonas.

El citado Briseño Sierra por su parte vierte una opinión que diverge con lo anteriormente señalado entorno a la distinción entre cuestión y conflicto de competencia, ya que precisa que lo que se entiende por cuestión de competencia es el conflicto ya calificado por las autoridades, o sea, que el problema debe comenzar por el conflicto y seguir por la cuestión, para terminar en la decisión de la competencia.

Aun cuando más adelante reconoce que esto no siempre se da y que la diferencia entre conflictos y cuestiones es enteramente superficial, así como que el conflicto queda ubicado casi siempre en las colisiones de órganos superiores, pero que no hay una regularidad en la denominación, de manera que al hablar de las atribuciones se mencionan las contiendas funcionales.

Por lo que armonizando lo expuesto, se culmina señalándose, que se tratara de una cuestión de competencia cuando un órgano jurisdiccional determina su competencia o incompetencia sin que otro relacionado con dicha determinación considere lo contrario, o sea, que también es competente o incompetente para conocer del mismo asunto, según se trate de la inhibitoria o declinatoria.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Y que se estará ante un conflicto de competencia cuando dos o más órganos jurisdiccionales se consideran competentes o incompetentes para conocer del mismo asunto.

Lo cual, como se vera más adelante, converge con lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Consideraciones.

Como ya quedo establecido, el Código de Comercio contempla dos cuestiones de competencia.

- a).- La inhibitoria, y;
- b).- La declinatoria.

E igualmente respecto de estas señala dos supuestos;

- a) Cuando tengan como finalidad dirimir competencias entre los tribunales de la federación, entre estos y los de los estados, o entre los de un estado y los de otro, y;
- b) Cuando tengan como finalidad dirimir competencias entre los tribunales de un mismo estado.

Facultando para que conozca de las cuestiones de competencia que surjan en el primer supuesto al Poder Judicial de la Federación, específicamente atendiendo lo dispuesto en los artículos 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 21 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual mediante los acuerdos del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación números 6/1999 de fecha veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve y 1/2000 de fecha diecisiete de enero del año dos mil, declino dicha facultad en favor de los Tribunales colegiados de Circuito.

Así como al Supremo Tribunal de Justicia del Estado a que correspondan ambos jueces, en el segundo supuesto, o sea, al tenor de lo dispuesto en los artículos 83 fracción I, incisos a) y h) de la Constitución Política del Estado de Michoacán y 16 fracciones III, XV y XVI y 33 fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Michoacán, a las salas civiles del Supremo Tribunal de Justicia en el Estado.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Señalando en cuanto a la sustanciación de dichas cuestiones de competencia, la remisión al superior precitado del testimonio de lo actuado para que este determine que órgano jurisdiccional es el que debe conocer del negocio respecto del cual se formule la inhibitoria o declinatoria, sin necesidad de que previamente exista conflicto o controversia de competencia entre dos o más jueces.

Trámite que a generado diversos inconvenientes, ya que los tribunales de la federación a que se refiere el Código de Comercio como facultados para conocer de las cuestiones de competencia se han negado a conocer de las mismas argumentando que solamente se encuentran facultados para conocer de los conflictos o controversias de competencia, y que estos no se dan con la sola admisión de inhibitoria o declinatoria y remisión del testimonio al superior, por requerirse para ello, que dos o más jueces se nieguen a conocer de un asunto determinado o pretendan conocer del mismo asunto.

Determinación que se considera adecuada, toda vez atendiendo lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente se facultad al Poder Judicial de la Federación para dirimir las controversias que por razón de competencia se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados o del Distrito Federal, entre los de un estado y los de otro, o entre los de un estado y los del Distrito Federal.

Facultad que se traslada al artículo 21 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y si bien, este precepto en su fracción XI, deja abierta la puerta para que leyes diversas le atribuyan facultades a la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estas al tenor de lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 94 de la constitución precitada, deben de ceñirse necesariamente a las bases que para tal efecto establezca la misma; y como ya se dijo, la base constitucional se da únicamente respecto de las controversias de competencia.

Infiriéndose de todo lo anterior, que el tramite que establece el Código de Comercio para la sustanciación de las cuestiones de competencia que se den respecto del primer supuesto contraviene lo dispuesto en la Constitución entorno a las facultades de los Tribunales de la Federación para conocer de las controversias de competencia.

Lo cual se ha venido reiterando por los Tribunales de la Federación en múltiples tesis, de entre las que destacan la visible en la página 52 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo II, Julio de 1995, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



"CONTROVERSIAS POR RAZÓN DE COMPETENCIA. INEXISTENCIA DE LA. Para que exista un conflicto competencial es presupuesto indispensable que los órganos jurisdiccionales contendientes manifiesten de manera expresa, en ejercicio de su autonomía y de su potestad, que no aceptan conocer de determinado asunto sometido a su jurisdicción, por lo que al no existir decisión de uno de ellos en tal sentido, es claro que no existe este tipo de controversia."

Así como la tesis emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que se localiza en las páginas 150 y 151 del informe rendido por el presidente de la corte precitada correspondiente al año de mil novecientos sesenta y cuatro, misma que indica:

"COMPETENCIA, CONFLICTO DE CONDICIONES DE EXISTENCIA. Para que exista un conflicto competencial es necesario que dos autoridades deseen conocer de un mismo asunto o no conocer de él. Es decir, que las autoridades contendientes deben tener conocimiento del asunto y decidir sobre si tienen o no competencia para resolverlo. Cuando ambas autoridades la sostienen, o ambas se niegan a conocer, es cuando propiamente surge el conflicto competencial que debe ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si una de las autoridades ignora por completo la existencia del juicio iniciado ante la otra, no existe conflicto de competencia por que no hay controversia entre las mismas para conocer o no del negocio."

Pero entonces que tramite se debe de seguir para sustanciar las cuestiones de competencia que nos ocupan.

Atendiendo que la remisión al superior para que determine que órgano jurisdiccional es el competente para conocer del negocio no se puede hacer hasta en tanto exista conflicto de competencia, se debe de entender que ante la formulación de la inhibitoria o declinatoria, el órgano jurisdiccional ante el cual se formule es el facultado para decidir entorno a la competencia o incompetencia que se le plante, respectivamente, sin que esto se pueda hacer atendiendo las formalidades previstas para los incidentes, en virtud de que el artículo 1129 del Código de Comercio prohíbe dicho tramite por lo que ve a las cuestiones de competencia, y en razón de ello, no existe otra opción más que las cuestiones de competencia que surjan entorno al primer supuesto antes referido se decidan de plano por el órgano jurisdiccional ante el cual se formule la inhibitoria o declinatoria.

Siendo necesario precisar, que los Tribunales Colegiados del Décimo Primer Circuito originalmente aceptaban conocer de las cuestiones de competencia que se les remitían, pero que posteriormente, invocando el mismo argumento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha negado a conocer de estos.



Conclusiones

PRIMERA. Se trata de una cuestión de competencia cuando un órgano jurisdiccional determina unilateralmente su competencia o incompetencia, o sea, previo a que otro relacionado con dicha determinación haga consideración alguna al respecto, entiéndase, si es competente o incompetente para conocer del mismo asunto, según se trate de la inhibitoria o declinatoria; y ante un conflicto de competencia cuando dos o más órganos jurisdiccionales se consideran competentes o incompetentes para conocer del mismo asunto;

SEGUNDA. Conforme al Código de Comercio, tanto las cuestiones de competencia como los conflictos de competencia que se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados, o entre los de un estado y los de otro, se deberán resolver por el Tribunal Colegiado correspondiente, y los que se susciten entre jueces de esta entidad federativa, se resolverán por las Salas Civiles del Supremo Tribunal De Justicia del Estado;

TERCERA. Lo dispuesto por el Código de Comercio entorno a la sustanciación de la inhibitoria o declinatoria que se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados, o entre los de un estado y los de otro, es contrario a la regla de competencia prevista en el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

CUARTA. Los Tribunales Colegiados de circuito se encuentran facultados para dirimir únicamente las controversias que por razón de competencia se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados o del Distrito Federal, entre los de un estado y los de otro, o entre los de un estado y los del Distrito Federal, no así las cuestiones de competencia.

Propuestas.

PRIMERA. El órgano jurisdiccional ante el cual se formule la inhibitoria o declinatoria en materia mercantil, que se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados, o entre los de un estado y los de otro, deberá resolver de plano lo que corresponda respecto a la competencia o incompetencia que se le plantee, respectivamente, sin observarse las formalidades previstas para los incidentes, en virtud de que el Código de Comercio prohíbe dicho trámite.

SEGUNDA. Cuando se suscite una controversia o conflicto competencial en materia mercantil entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los estados, o entre los de un estado y los de otro, se deberá de remitir el testimonio respectivo al Tribunal Colegiado a que corresponda, para que este la resuelva.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



TERCERA. Cuando se formule inhibitoria o declinatoria en materia mercantil respecto de jueces de la misma entidad federativa, se remitirá el testimonio respectivo al tribunal de alzada para que resuelva lo que corresponda.

Fuentes de información

ALSINA, Hugo, Tratado de Derecho Procesa Procesal Civil y Comercial, Ed. Carrillo Hnos., Guadalajara, Jalisco, México 1984, tomo III.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. Practica Civil Forense. Tomos I y II. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. 8ª. ed. México 1987.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Ed. Harla. 2ª.ed. México 1995.

BAZARTE CERDAN, Willebaldo. Los recursos, la caducidad y los incidentes de nulidad en el procedimiento civil mexicano. Ed. Editora e Informática Jurídica. 1ª.ed. México 2001.

DORANTES TAMAYO, Luis, Teoría General del Proceso, Ed. Porrúa, 7ª. ed., México 2000.

CHAVERO MONTERO, Rosalio. Nuevo Proceso Mercantil. Ed. Cardenas. 1ª. ed. México 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría General del Derecho Procesal. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª.ed. México 1992.

MARTINEZ Y FLORES, Miguel. Derecho Mercantil Mexicano, México 1980, Pax - México.

OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Ed. Oxford. 5ª.ed. México 2002.

QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel. Procedimientos Mercantiles, 3ª. ed., México 1997, Cárdenas Editor y Distribuidor.

TÉLLEZ ULLOA, Marco Antonio. El Nuevo Enjuiciamiento Mercantil Mexicano, tomos I y II, Hermosillo, Sonora, México 1990, Sufragio.

_____, El Nuevo Enjuiciamiento Mercantil Reformado, Hermosillo, Sonora, México 1998, Sufragio.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



_____, Código de Comercio con jurisprudencia, Hermosillo, Sonora, México, 2000, Sufragio.

ZAMORA - PIERCE, Jesús. Derecho Procesal Mercantil., cuarta ed., México 1986, Cárdenas editor y distribuidos.

DICCIONARIO.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa. 11ª. ed. tomo I-o. México 1998.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, 16ª. ed., México 1984, Porrúa.

Legislación.

Código de Comercio.

Código de Comercio, versión comparada anterior y posterior a la reforma procesal de 1996, Ed. Metropolitana, León Guanajuato.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Constitución Política del Estado de Michoacán.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Michoacán.

Discos compactos.

Código de Comercio y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Julio del 2001.

Legislación Mercantil y su interpretación por el poder judicial de la federación, versión 2006.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Código Federal de Procedimientos Civiles; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2002.



Globalización: orígenes y definición.

Alan Freddy Carrasco Dávila

Esta ponencia parte de la primera palabra de la Mesa 4, Globalización, antes que nada debemos comprender a qué se le llama globalización y sobre todo, entender si se trata de un fenómeno nuevo o si ya existía en el pasado.

Algo que parece sencillo sería definir a qué se le llama Globalización. Pues bien, no es tan simple encontrar una definición adecuada, ya que el término se presta a diversas interpretaciones según la visión con que se mire. De más está decir que hay muchas definiciones, desde las más simples, hasta las más complejas, pasando por las más xenófobas (Es común escuchar la expresión Norte-americanización en lugar de Globalización). Podemos considerar a la globalización como un proceso por el cual, las naciones se encuentran cada vez más ligados entre sí económicamente, debido a la creciente incorporación de tecnología de la información. (Internet, e-mail, comunicaciones vía Satélite, fax, etc.). Lo anterior permite a un individuo situado en un punto extremo del mundo elegir decisiones que afecten las economías de otras personas situadas al otro lado del mismo.

Las transformaciones que ocurren en nuestro planeta, dictadas por el ritmo acelerado de la evolución de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC's), influyen en la sociedad de distintas maneras, muchas de las cuales imperceptibles ya que las llevamos tan naturalmente como si fueran parte de nosotros. La revolución de las TIC's han incitado una nueva forma de sociedad, caracterizada por la globalización de las actividades económicas, inestabilidad e individualización social, flexibilidad del trabajo y descentralización de las decisiones. Se vive una realidad virtual, conectados al mundo y desconectados de nuestras raíces, una paradoja que nos hace parecer unidos y aislados al mismo tiempo.

Esta revolución tecnológica se destaca por colocar en el centro de su desarrollo al conocimiento y la información y por buscar como indica Manuel Castells "*la aplicación de ese conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información / comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos*"(1). Por lo anterior, estamos viviendo una revolución tecnológica que ocurre de manera distinta de la revolución industrial del pasado, su avance y consecuencias caracterizan marcadamente el mundo moderno.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Muchos pensadores han sostenido que los mercados mundiales, mediante el avance tecnológico y la intercomunicación que ahora poseen, hacen que la idea de “La mano invisible” que mencionaba Adam Smith pueda notarse concretamente, aunque parezca una paradoja. Siempre se sostuvo que el mercado regula a la economía mediante la oferta y la demanda, cada interviniente con sus decisiones crea una serie de relaciones que hace que el mercado se mueva en una dirección o en otra. Ante tantos nuevos partícipes interconectados a una velocidad nunca antes pensada, es notorio que los movimientos del mercado surgen no de alguien en particular con algún poder en especial, sino de muchísimas decisiones individuales; “La mano invisible”.

Como ejemplo de lo difícil de la definición de Globalización, es interesante citar a Sgroi: *“Existen múltiples definiciones del término globalización, como así también de su aplicación a ámbitos diferentes pero, en esencia lo importante es entender su real significado más que definirlo”*. Más adelante agrega: *“ El primer concepto ligado a la globalización es la tecnología, primordialmente en comunicaciones”*(2). Dicho de otro modo, este autor encuadra en nuestra primer definición expuesta, aunque sin definir directamente el concepto. Permanecemos con estas primeras aseveraciones es algo erróneo pues admite que la Globalización es un fenómeno del Siglo XX preponderantemente, cuando en realidad no hay nada menos cierto que esto.

Lo más apropiado expresar es que la Globalización es un proceso por el cual las economías y/o políticas de los países o regiones se acercan cada vez más (con fines positivos o negativos), debido a modificaciones del entorno que propician estos acercamientos. Con esto, podemos justificar que, con el descubrimiento de América se produjo un primer proceso de Globalización, debido a que la economía americana y europea tomaron su primer contacto. Ello indujo al primer intercambio y tanto en Europa, como en América, empezaron a circular productos de ambos territorios. Se acrecentaron las travesías ultramar, se modificó el comercio, y las relaciones sociales. También, bajo esta misma definición, la Revolución Industrial del Siglo XVIII ocasionó, con la automatización y los nuevos procesos productivos, una modificación de la concepción del mundo, acercando las economías de los distintos países al compartir en alguna medida estos nuevos métodos de producción, y se cambió la forma de comerciar. Es entonces que también la Revolución Industrial constituyó una etapa más en el proceso de Globalización. Como lo expone Aldo Ferrer: *“ Los desembarcos de Cristóbal Colón en Guanahaní y de Vasco da Gama en Calicut, en la última década del Siglo XV, inauguraron el Primer Orden Mundial, y por lo tanto, la globalización. En los cinco siglos transcurridos desde entonces cambiaron las fuerzas operantes en la formación del sistema planetario. Esas transformaciones permiten identificar varias etapas de la globalización. El Primer Orden Mundial abarca el período comprendido entre las epopeyas de Colón y da Gama y 1800. Comprende el proceso inicial de la expansión de ultramar de los pueblos cristianos de Europa liderados por las potencias atlánticas”*(3).

Con lo anteriormente expuesto se descarta que el fenómeno de la “aldea global” sea algo nuevo ni mucho menos. La primer definición que introdujimos que hacía hincapié en

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



la velocidad de la información y las comunicaciones hoy día imperante, es una definición restringida. El avance de las comunicaciones sólo es otra etapa más en el proceso de globalización que viene viviendo el mundo desde el Siglo XV. Obviamente, es una etapa muy fuerte y diferente, ya que el manejo de la información y la velocidad en la toma de decisiones hacen que esta etapa sea de características muy singulares y únicas.

Es aquí que hemos encontrado una definición de la Globalización y hemos visto que no es algo nuevo, cómo muchos economistas y pensadores quieren hacernos creer.

Ingresado en el Siglo XX el proceso de globalización o como algunos autores denominan la segunda globalización, responde a la época de posguerra que siguió a la primera conflagración mundial, que trajo como resultado entre otras cosas además de la intensificación del comercio y las relaciones entre las naciones, el uso intensivo de las nuevas tecnologías como son el automóvil, el teléfono, maquinaria sofisticada, el motor de combustión interna, etc. Este proceso se intensifica luego de la segunda guerra mundial cuando encontramos que los niveles de industrialización superan todas las expectativas, y de la mano de los procesos de reconstrucción de vencidos y vencedores, se generaron las nuevas civilizaciones que se constituyeron en los paradigmas políticos, económicos y sociales de la modernidad exacerbada, basada en un poli-centrismo distribuido entre Estados Unidos, Japón y Europa en proceso de consolidación por aquel entonces.

Hacia finales del Siglo XX y con la caída del muro de Berlín en 1989, el movimiento globalizador consolidó la tercera etapa, cuyo espíritu incluye varias nociones que devienen entre categorías tales como postmodernidad, postcapitalismo, o era postindustrial, mas que cualquier categoría que se asuma al respecto. Este movimiento representa, una nueva situación en la cual el post se usa porque en realidad no conocemos cuales son las variables que la conformaran en los próximos años.

Esta nueva etapa nace marcada por una revolución en distintos campos, donde las tecnologías duras ya no son relevantes, dentro de entornos en los cuales los conocimientos conforman el nuevo capital, donde los recursos financieros circulan con mayor rapidez que los bienes, donde las comunicaciones son totales, donde la red ha democratizado todos los accesos, donde el sur ya conoce como vive norte, donde los pobres ya saben como viven los ricos, donde las diferencias que siempre han existido ahora están expuestas en todas sus dimensiones, ya no hablamos del apartheid racial, ahora usamos esa palabra que implica segregación en el campo de las tecnologías.

Los indicadores del proceso de globalización han estado signados por una serie de dispositivos que se concretan en: a.- Cambio en los paradigmas económicos; b.- Consolidación de nuevos centros de poder mundial; c.- Aumento de la interdependencia de los países; d.- Nuevos medios de comunicación; e.- Cambios sociales y culturales; f.- Intensificación del intercambio; g.- Aparición y dispersión inequitativa de nuevas tecnologías.

En este mismo orden, cabe destacar que si bien todas estas etapas globalizadoras tienen aspectos en común, nos encontramos con que esta tercera etapa se desarrolla en un

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



entorno desconocido, por lo cual los desafíos para todos los actores se encuentran más allá de lo que nunca antes se vio, donde los riesgos del fracaso son enormes.

Como indica Anthony Giddens *“Por otra parte la globalización no es simplemente un fenómeno que ocurre “allí fuera”, reflejo de la emergencia de un sistema a escala mundial, sino que es un fenómeno que traduce las grandes transformaciones que se están produciendo en la sociedad y en particular en el tejido de la vida cotidiana de cada individuo. No es, por lo tanto, un fenómeno ajeno a, o “fuera” del individuo, sino que ocurre en el individuo mismo, afectando cada aspecto íntimo de su propia identidad”*(4).

Lo global puede así entenderse en un sentido planetario amplio, compartido por un gran número de sociedades, o en el sentido de interconexiones, interrelaciones causales e interdependencias que abarcan el mundo en su totalidad, o también en el sentido de un sistema mundial aplicado a la sociedad planetaria en cuanto tal. La globalización es un fenómeno de múltiples implicaciones económicas, financieras, tecnológicas, sociales, culturales, ecológicas, ambientales, e ideológicas.

El término globalización está asociado con la idea de cambio, se habla de cambio global, y en esta perspectiva como lo expone Johan Galtung está siendo utilizado para referirse, ya sea a:

- *Un nuevo tipo de fenómeno.*
- *Un conjunto de nuevos problemas o una nueva y más compleja problemática.*
- *Una nueva perspectiva de la realidad mundial, o por último:*
- *Una nueva etapa en la civilización mundial.*(5)

Por lo tanto, el análisis de la globalización, ya sea en su enfoque más general como en el de sus manifestaciones particulares, sean éstas ambientales y ecológicas, económicas y financieras o culturales, consiste esencialmente en el examen de un fenómeno dinámico en momentos críticos de la historia de la sociedad humana.

El fenómeno de globalización, es un proceso dinámico histórico, prácticamente irreversible, es el resultado lógico de los patrones de desarrollo adoptados por la sociedad, sobre todo a lo largo de los últimos cien años, y propulsados por un incesante y a veces revolucionario proceso de innovación tecnológico. Tiene características que son claramente negativas, tales como las de convergencia - divergencia y homogeneización.

Al caracterizar el fenómeno contemporáneo de globalización se hace notar que es inédito por la escala, profundidad, intensidad y velocidad con que ocurre, y dicha intensificación, escala y aceleración del fenómeno se traducen en cambios más profundos en las estructuras económicas y sociales, así como en las estructuras de las interacciones inherentes a la globalización y, por sobre todo, por sus mayores niveles de complejidad. El nuevo paradigma que se vislumbra resultante de este fenómeno de globalización tendría como característica fundamental la complejidad.

CONCLUSIÓN.

La globalización es un fenómeno que no es reciente, durante la época de Adán Smith, la construcción del capitalismo sustentó su base en la expresión del mercantilismo bajo el



argumento de un intenso intercambio de bienes, la complementariedad de las naciones, la identificación de las ventajas competitivas y la intensificación del comercio internacional, aquí encontramos un proceso de cambio y desarrollo sustentado en la generación de nuevos vínculos en entornos sociales sometidos a las exigencias de un capitalismo creciente que configuraba las comunidades de nuevas formas, exigiendo a las personas la adaptación y la adecuación a nuevos medios de transporte, comunicación, consumo y nuevas condiciones de vida y gestión política.

Desgraciadamente las ciencias sociales y consecuentemente los poderes decisionales están mal equipados para enfrentar sistemas complejos, se carece de categorías básicas de análisis y de ideas con las cuales reflexionar sobre el fenómeno, interpretarlo y así poder desarrollar instrumentos decisionales y de gestión adecuados. Es este un enorme desafío que plantea el fenómeno de globalización. Desafío que tiene que ser recogido pronto por la comunidad académica si la humanidad quiere minimizar los efectos negativos, y maximizar los positivos, de la globalización.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1) CASTELLS, Manuel. La era de la información: sociedad, economía y cultura. Volumen 1: la sociedad red. 2ª Edición. Alianza. Madrid. 2000.
- (2) SGROI, Alberto Salvador. Osmar D. Buyatti. Mercados Financieros Internacionales. 1998.
- (3) FERRER, Aldo. Historia de la Globalización II, La Revolución industrial y el Segundo Orden Mundial. Fondo de Cultura Económica. 1999.
- (4) GIDDENS, Anthony. Affluence, Poverty and the Idea of a Post Scarcity Society. En: Social Futures, Global Visions. C. Hewitt de Alcántara, (ed) UNRISD, Blackwell. Oxford - Cambridge. 1996.
- (5) GALTUNG, Johan. On the Social Costs of Modernization: Social Desintegration, Atomic/Anomie and Social Development. En: Social Futures, Global Visions. C.H. de Alcántara (ed) UNRISD-Blackwell. Oxford y Cambridge. 1996.

BIBLIOGRAFÍA.

BOISIER, Sergio. ¿Hay espacio para el desarrollo local en la globalización? En Memorias del Primer Encuentro Internacional Desarrollo Local en un Mundo Global. Organizado por el Grupo EUMED.NET de la Universidad de Málaga del 33 al 23 de diciembre de 2004.

CAMEJO, Armando J. Ética y relaciones laborales en tiempos de globalización. En Memorias del Segundo Encuentro Internacional PEKEA. Economía, Política y Ética.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Organizado por el Grupo EUMED.NET de la Universidad de Málaga del 5 al 25 de mayo de 2005.

CARRASCO, Alan. Desarrollo sustentable y globalización. En Memorias del Primer Congreso Virtual Mundial de Jóvenes Empresarios y Pymes. Organizado por la Asociación Independiente de Jóvenes Empresarios de Aragón (AIJEZ). 2002.

ZIFFER, Walter. La globalización y su impacto en la economía y finanzas de la República Argentina. En Memorias del Segundo Encuentro Internacional Globalización Financiera. Organizado por el Grupo EUMED.NET de la Universidad de Málaga del 5 al 25 de octubre de 2004.



El concepto de flexibilidad del trabajo en la economía del conocimiento: ¿hacia una mayor calidad del empleo?

Teresa M.G. Da Cunha Lopes

Lucía Villalón Alejo

Introducción

El carácter multidimensional y complejo de los elementos que caracterizan la Sociedad de la Información y del Conocimiento sugieren, que sus efectos sobre la organización del trabajo, sobre las relaciones laborales¹ y sobre la protección jurídica del trabajo sean múltiples y variados. Por ello, cualquier intento de sistematizarlos conllevará, necesariamente, su simplificación y reducción. Con esta premisa como punto de partida, intentaremos describir algunos de los efectos básicos de la S.I.C. sobre las condiciones de trabajo y empleo, en particular como medio de innovación y de creación del empleo, de forma breve y sumaria. Ahora bien, conviene tener presentes dos ideas fundamentales que planean sobre lo que se verá a continuación:

En primer lugar, como consecuencia ineludible del mencionado carácter multidimensional de la S.I.C., existe una clara interrelación entre todos y cada uno de los efectos reseñables a partir de la misma, tanto los que en este trabajo se estudian como cualesquiera otros indicados por los diferentes estudiosos del tema. Son, a la vez, causa y efecto los unos de los otros.

En segundo lugar, si hubiera que identificar, las consecuencias laborales del impacto de las nuevas economías de la Información, en particular como medio de creación de empleo, un denominador común para todas ellas, debería aludirse a la noción de

¹ He partido para este trabajo de las proposiciones de SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Efectos de la Globalización sobre las condiciones de trabajo y empleo: especial referencia a España”. Conferencia Magistral, Seminario Derecho y Globalización, Veracruz, México, 8-11 Marzo 2006



desigualdad. No todos, pero la mayor parte de los efectos de la S.I.C. sobre las relaciones laborales producen situaciones de desigualdad (entre trabajadores, entre mercados de trabajo, entre regiones, entre Estados). Ello podría interpretarse, paradójicamente, como un contrasentido, ya que la S.I.C. parece tender a la homogeneización de condiciones; no obstante, cuando el ámbito material en el que opera es esencialmente heterogéneo, el resultado de la supresión de barreras y de aplicar reglas únicas a situaciones diversas suele ser la exaltación de la diferencia, la fragmentación. Cabría mantener, en definitiva, que el progreso económico, a pesar de la introducción masiva de las TIC's² no está globalizado. Ahora bien, todos los estudiosos están de acuerdo en que la globalización ha supuesto mayores desequilibrios y desigualdades tanto dentro de los mercados de trabajo nacionales como en los sectores menos cualificados de la mano de obra en el ámbito internacional donde o bien se deterioran las condiciones de trabajo³ o bien aumenta el desempleo.

1. Efectos en el ámbito supranacional

Se observa una tendencia a establecer una diferenciación cada vez mayor entre mano de obra cualificada y la no cualificada, debido a los avances en la movilidad de capital y la reestructuración del sistema económico internacional. El empleo no cualificado se desplaza a países en vías de desarrollo con salarios más bajos, lo que implica, por la mayor competitividad de estos últimos, un correlativo aumento del nivel de desempleo de baja cualificación en los países industrializados. Por el contrario, la mano de obra cualificada está cada vez más considerada, facilitándose incluso su desplazamiento internacional.⁴

Por otro lado, para poder competir el mercado debe ser flexible, lo que conlleva a la constante introducción de nuevas tecnologías, a la clusterización y al desarrollo de nuevas destrezas y competencias laborales. Sin embargo, la flexibilidad, si no se controla adecuadamente, conduce de modo inevitable a mermar las garantías laborales. En este sentido, por un lado, la globalización ha provocado una revisión a la baja de las garantías laborales; la tendencia de la producción industrial a instalarse en el territorio de países con

² En palabras de CAVAS MARTÍNEZ, F., "Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información", *Aranzadi Social* núm. 10, 2004: "Las desigualdades dentro de los países, y entre unos países y otros, han aumentado considerablemente; la brecha (económica, social, política y cultural) abierta entre el Norte y el Sur, entre países ricos y pobres, se agiganta".

³ SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005. Según indica LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Nuevo contexto económico mundial y requiebramiento de los pilares tradicionales del Derecho del Trabajo", *Aranzadi Social* núm. 19, 2001: "Se produce una división internacional del trabajo, especializándose los países menos desarrollados (Asia y América Latina) en la actividad industrial, y los más avanzados en el sector servicios. Inserta en este proceso general, España se ve afectada por una considerable pérdida de tejido industrial. Desplazadas las empresas de este carácter a países donde la mano de obra resulta más barata, la fábrica y el trabajo manual pasan a un segundo plano y, de forma paralela, el sector terciario recibe un impulso notable".



bajos costes sociales (menos salarios, condiciones laborales más flexibles, contribuciones mínimas a los sistemas de Seguridad Social, etc.) está provocando que los legisladores de los Estados originarios del capital y las empresas rebajen el estatuto social aplicado en sus respectivos territorios,⁵ y no a la inversa y, por otro lado las TIC's., determinan las zonas geográficas en que el proceso de desarrollo y difusión de las actuales “Tecnologías Emergentes⁶” pasará a una nueva fase caracterizada por la implementación de nuevas aplicaciones tecnológicas, fertilización cruzada entre ellas e interacción con tecnologías ya establecidas, configurando un proceso de “clusterización” que sucederá a un período emergente. De entre los elementos clave del nuevo “cluster” de tecnologías, hacemos énfasis en los siguientes puntos:

- Tecnologías de la Información (TIC's)

Incluimos, aquí, la exploración intensiva del ciberespacio como nuevo espacio transaccional (e-commerce; M-commerce; E-Gobierno, etc.), de información y de entretenimiento; el desarrollo de las comunicaciones “wireless” en banda ancha y la interactividad de las comunicaciones de banda ancha administradas por clusters de satélites, así como, el desarrollo de la fotónica como tecnología central de las comunicaciones por cable y, eventualmente, del procesamiento de la información.

Un elemento importante de la introducción de las TIC's es el de la conceptualización del teletrabajo y de los cambios organizativos que acompañan esta estructura. Uno de los asuntos más controvertidos será el tipo de relación contractual o vinculación que se tiene que establecer, y sí, los trabajadores autónomos se pueden considerar o no, como personas que trabajan. (ver Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, AMT (2002)

- Tecnologías de la Vida

En este apartado estamos considerando la exploración del código genético (en particular las aplicaciones de la genómica y de la genética a la salud y a la agricultura)⁷ y el papel creciente de las ingenierías biomédicas como punto de convergencia de las principales innovaciones en tecnologías de la información, biotecnologías y nuevos materiales.

⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Nuevo contexto económico mundial y requebrajamiento de los pilares tradicionales del Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social* núm. 19, 2001: “Estados como el nuestro, en los que se había alcanzado un considerable nivel de protección social, compiten ahora por ‘desregular’ sus ordenamientos, con la esperanza de conseguir, o al menos mantener, las inversiones empresariales. Todo ello permite a las grandes multinacionales ofrecerse a nivel mundial, para finalmente instalarse en el territorio del Estado que haya brindado las mejores ventajas laborales. Paralelamente, surgen, en diferentes áreas geográficas del mundo, auténticas ‘islas’ en las que no opera el Derecho del Trabajo”.

⁶ Ver: a) La Publicación de la OCDE “Energy to 2050: Scenarios for a Sustainable Future”, 2003, no. 28, pp101-224; b) el artículo de JOAO SALAZAR DIAS “Energia e Recursos Hídricos no Horizonte 2020 – Uma Visao”, in “Tendencias da Economia Mundial”, DPP, Ministerio das Finanças, Portugal, 2003; c) el informe de la Agencia Internacional de Energía (AIE), “World Energy Outlook to 2020”, AIE, 1998 y “World Energy Outlook 2004”, AIE, d) el libro DE CHRISTINA V. BALIS AND SIMON SERFATY, “Visions of america and Europe”, CSIS, Feb04

⁷ Una referencia primordial sobre las cuestiones de biotecnología y agricultura son los trabajos del Think Tank francés “Futuribles”, en particular la publicación conjunta de BERTRAND HERVIEU Y HUGUES DE JOUVENEL, “Prospective de la recherche. Agriculture, Alimentation, Environment”, Ed. Futuribles, 2005.



- Tecnologías Energéticas Limpias

O, la “Economía del Hidrógeno y del Solar”, en las cuales ubicamos las primeras utilizaciones del hidrógeno como combustible (fuel cells)⁸; la difusión de una panoplia de tecnologías de aprovechamiento solar y eólico; el desarrollo de tecnologías del carbón no poluentes y la eventual solución de las cuestiones de la explotación de la fusión nuclear controlada en la producción energética.

- Tecnologías de los Materiales

Asistiremos: al desarrollo de nuevos materiales funcionales, estructurados artificialmente, que servirán de base para el desarrollo de la fotónica, de la electrónica o de la energía solar; a la implementación de nuevos materiales estructurales (materiales compuestos y materiales reciclables) y de un enfoque integrado y simultáneamente dirigido a la concepción y diseño de productos y materiales y a la ingeniería del producto y observaremos una tendencia para el incremento del papel central de las micro-ingenierías y de las nanotecnologías, a partir de los desarrollos arriba desglosados⁹.

- Economías basadas en el Conocimiento

Los puntos arriba desglosados, privilegian las infraestructuras de internalización y reducen el peso de la inversión en las infraestructuras, tradicionalmente soportadas por las “economías nacionales” del período anterior, colocando el énfasis en la inversión en la calidad ambiental y en la conservación del patrimonio histórico. Al mismo tiempo, se desarrollarán, bajo formas innovadoras, servicios de grande demanda, y de naturaleza interpersonal – educación, formación, salud, rehabilitación y “fitness”, creación y

⁸ Las tendencias en la demanda de energía son determinadas, esencialmente, por el crecimiento económico de las regiones, tal como es el caso de la India y China, en el momento actual. El excelente artículo de Joao Salazar Dias, publicado por DPP es nuestra principal fuente. Sin embargo, para esta sección, proponemos al lector la consulta de una pequeña lista de referencias alternativas: a) Deutsche Bank Research (2002), “Can hydrogen lead the way to decentralised Energy supply?”, Frankfurt Voice, b) Dunn, S. – “Iceland sees the Future – in Hydrogen”, 2000, Worldwatch Institute, c) Frontiers. “Fuel of the Future”. August 2002, d) Hoffmann, Peter – Tomorrow’s Energy: Hydrogen, Fuel cells and the Prospects for a Cleaner Planet, The MIT Press, 2002, London, e) Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) – “Summary for Policymakers” – Climate Change 2001: Mitigation” Idem (2000), IPCC Special Report , f) La Recherche, “La Voiture de l’Avenir – le Dossier de la Voiture à Hydrogène”, Octobre 2002, g) Le Monde, “Énergies, quel scénario pour 2050?”, 18 décembre 2002, h) Newsweek, “The Future of Energy”, april 8 2002, i) Science & Vie, “Énergie – les Défis à Venir”, mars 2001, etc..... Claro que un concentrado de la investigación en curso, de las políticas públicas y de los escenarios posibles puede ser seguido a través de la a web: www.fuelcells.org/whatis.htm (the online fuel cell information center).

Otros autores cuya obra puede ser productiva para este apartado son: RIFKIN, JEREMY, “La economía del hidrógeno”, Ed. Paidós, 2002. Y, SARTORI, GIOVANNINI y MAZZOLENI, GIANNI, “La tierra explota”, Ed. Taurus, 2003.

⁹ Las Nanotecnologías pueden ser entendidas como una tecnología transversal que aumenta la competencia en diversos campos tecnológicos. Las Nanotecnologías permiten operar en escalas pequeñas, a nivel molecular, escalas en que las propiedades de los materiales se alteran, abriendo un enorme campo de posibilidades, tanto en las Ciencias de la Vida y la Medicina, como en los Materiales, la Electrónica, las Energías, etc. La página Web : www.kurzweilAI.net es un excelente punto de partida para todas las cuestiones sobre desarrollos tecnológicos y en particular la nanotecnología. Uno de los artículos más interesantes y que puede dar al lector de este ensayo un panorama general es: “The Pace and Proliferation of Biological Technologies”, de Rob Carlson, publicado originalmente en [Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science Volume 1 Number 3](http://www.kurzweilai.net/articles/art0614.html?printable=1), pero que también puede ser consultado en: <http://www.kurzweilai.net/articles/art0614.html?printable=1>.



gestión paisajística- protegidos de la competencia internacional directa, ejercida por vía del comercio internacional.

Sin embargo, habría que resaltar la especial relevancia de los “knowledge spillovers”¹⁰ en cuanto elementos clave para la clusterización de las empresas innovadoras (I&D), ya que determinado tipo de conocimiento sólo puede ser eficazmente transmitido a través de contactos interpersonales y de la movilidad inter empresarial de los trabajadores, lo que es facilitado por la cercanía, a la vez, geográfica y cultural.

Habría que resaltar, tal como lo hace Castells¹¹ que la “distinción apropiada no se establece entre una economía industrial y otra postindustrial, sino entre dos formas de producción industrial, agrícola y de servicios basadas en el conocimiento”

2. Reflexión sobre la influencia de la generalización de las nuevas tecnologías

Dado que la S.I.C. y la globalización económica derivan en un proceso de acusada acentuación de la competitividad empresarial, es lógico que las organizaciones productivas se afanen por incorporar a sus estructuras todo aquello que facilita y mejora su producción, lo que desde luego pasa en buena medida por la implementación permanente de los adelantos tecnológicos e innovación tecnológica.

Entre los múltiples y variados efectos que las tecnologías de la información y las comunicaciones producen sobre las condiciones de trabajo y empleo, y haciendo nuevamente un esfuerzo sintetizador, podrían citarse los siguientes:

Crece considerablemente la demanda de trabajadores cualificados en el sector tecnológico, tanto en los ámbitos económicos relacionados directamente con las nuevas tecnologías como en los sectores más tradicionales, que también experimentan un cambio profundo en el contexto de la sociedad de la información. El mercado laboral debe adaptarse rápidamente para evitar que exista una escasez de mano de obra cualificada en tecnologías de la información y las comunicaciones (se prevé que en menos de diez años la mitad de los puestos de trabajo que se creen se hará en sectores productores del tecnologías o que las utilizan en gran medida).

Por otro lado, la utilización de las nuevas tecnologías como instrumento de trabajo permite producir más en menos tiempo, lo que sin duda redundará en un aumento de la productividad, si bien implica, al mismo tiempo, la destrucción de puestos de trabajo no tecnológicos. Con independencia de los argumentos que defensores y detractores de la globalización tecnológica mantienen a este respecto, conviene saber que las economías más

¹⁰ Un artículo interesante sobre la importancia de los procesos de “knowledge spillovers” como determinante de la Innovación y la Competitividad, puede ser encontrado en: www.pcb.ub.es/ieb/serie/doc2000-4.pdf. Los autores, Maria Teresa Costa, Nestor Duch y Josep Lladós, del Institut d’Economia de Barcelona, colocan la cuestión de cómo puede la cercanía geográfica y la ubicación funcionar como una determinante de los procesos de innovación. Sobre la cuestión de las Economías Emergentes y el desarrollo de Focos de Competencia basados en Tecnologías en Difusión y Clusterización, el Documento de Trabajo de la OCDE, bajo la responsabilidad de Martín Schaefer “SIT Working Paper: An Emerging Knowledge- Based Economy in China? Indicators from OCDE Databases”, publicado por el Directorate for Science Technology and Industry, OCDE, es buen ejemplo.

¹¹ Ver CASTELLS, M, Material de apoyo del Curso “el Trabajo en la Sociedad del Conocimiento “
Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



avanzadas en cuanto a tecnología, como EEUU y Japón, son precisamente las que han creado más puestos de trabajo durante los años 80 y 90¹². En otras palabras, podría decirse que, aunque resulta innegable que los avances tecnológicos destruyen cierto tipo de puestos de trabajo, paralelamente también crean otros, y el ritmo de creación permite desmentir la teoría sobre destrucción masiva de empleo a raíz de la generalización de las nuevas tecnologías.

La influencia de los cambios tecnológicos típicos en la economía del conocimiento no sólo consiste en incidir en las formas de producir los bienes de consumo masivo y redefinir los modelos organizacionales empresariales para la competitividad en el mercado, sino en la transformación del comportamiento de los individuos, de sus relaciones de trabajo, del papel del estado como regulador y del mundo laboral en su conjunto. La información y el conocimiento se han convertido en medios de producción y han desplazado progresivamente al trabajo manual,¹³ o determinado una nueva clusterización de servicios e industrias. Tal hecho no es negativo en sí, pero introduce algunos problemas que se agudizan en América Latina, por falta de un verdadero “Estado de Derecho”, ya que existe un desfase entre la globalización de los fenómenos económicos, ecológicos e incluso políticos y la ausencia de reguladores con esa naturaleza, lo que se expresa en problemas de gobernabilidad a nivel internacional¹⁴

3. El Papel del Trabajo en la Era Global y el impacto sobre la flexibilización del mundo laboral en la Economía del Conocimiento

Hoy día el mercado global, en que la Economía del conocimiento cobra una marcada importancia, adopta ciertas características nómadas:

1. Empresas que se trasladan buscando mano de obra barata.
2. Personas y empresas que exportan servicios transfronterizos sin trasladarse, a través de diferentes modalidades de teletrabajo a personas y empresas que importan estos teleservicios.
3. Personas que emigran por falta de trabajo.
4. Países que necesitan mano de obra y tienen que importarla.

¹² CAVAS MARTÍNEZ, F., “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social* núm. 10, 2004.

¹³ CARMEJO, Armando. “**Ética y relaciones laborales en tiempos de globalización**” en Contribuciones a la Economía, agosto 2005., p. 8.

¹⁴ CEPAL, cit. por Fernández, Hugo y Gauthier, Gustavo, “**Globalización económica y derecho individual del trabajo**”, Ponencia al IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, noviembre de 1998, p. 1.



Tal situación creó un panorama laboral que se aleja del “estándar que la legislación laboral ha diseñado”¹⁵ y que no obligatoriamente, crea una mayor calidad del empleo. Proliferan los contratos precarios, los trabajos atípicos, la contratación flexible, en fin, toda una pluralidad de nuevas formas contractuales que permiten observar dos tendencias:

1. Uso intensivo de contrataciones excepcionales
2. Uso de modalidades ajenas al cuerpo dogmático y teórico del Derecho del Trabajo, tal como fue construido en el último siglo.

Si intentáramos dibujar el papel del trabajo en la era global, este se identificaría con:

1. La producción industrial que puede hacerse en cualquier parte del mundo, normalmente allí donde las facilidades sean mayores y los costes laborales menores.
2. La producción de bienes y servicios de alto valor, identificados como los de intermediación, identificación y resolución de los problemas, que es lo que tradicionalmente se llamaba *trabajo con un alto componente intelectual*, y hoy llaman *trabajo analítico-simbólico*, que también puede deslocalizarse con facilidad y organizarse a través de redes internacionales de información.
3. Los servicios en persona que son forzosamente locales.

Al reconocerse al mismo tiempo a las empresas el derecho al libre establecimiento, así como actuar con una *lex mercatoria común*, estas pueden practicar la deslocalización de la producción haciendo una interrelación entre varias legislaciones en materia de trabajo. Esto trae como consecuencia la puesta en práctica de políticas públicas¹⁶ tendentes a desvalorizar el factor trabajo y conquistar mercados para la exportación. Tal lleva inevitablemente a la introducción de marcos jurídicos que disminuyen el costo del trabajo para el patrón y flexibilizan el mercado laboral, sin crear las condiciones mínimas de seguridad jurídica. En México, una de las grandes defensoras y pioneras de la investigación sobre la flexibilización laboral es Esthela Gutiérrez Garza, quien ha colocado el problema de la extraordinaria complejidad de los estudios en esta materia, y ha destacado que :”la flexibilidad del trabajo tuvo en los hechos dos procesos...”¹⁷

En este sentido y en atención a la cuestión que se hace en el título de esta comunicación, consideramos que la flexibilidad de trabajo en la economía del conocimiento, como se mencionó, no necesariamente y por sí, logra una mayor calidad del empleo, dado que al

¹⁵ REYNOSO CASTILLO. “Sobre las nuevas Contrataciones Laborales” en KURCZYN VILLALOBOS, Ma. Patricia, “Relaciones Laborales en el siglo XXI”, pág. 59, STPS/ UNAM, 2001.

¹⁶ APARICIO TOVAR, Joaquín. “Los derechos sociales ante la internacionalización económica” en *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento a la contratación indefinida*. Ed. COMAKES, España 1999, p. 18.

¹⁷ GUTIERREZ GARZA, E. ,Impacto del libre comercio de América del Norte en las Relaciones de Trabajo en México”,in “Papeles de Población”,oct.-dic. No.46,UAEM,p. 39



localizarse en economías regionales no del todo desarrolladas y equilibradas,¹⁸ como es el caso de México, las consecuencias laborales del impacto de las nuevas economías de la Información están plenamente identificadas: no ha sido un medio de creación de empleos; sigue existiendo desigualdad entre trabajadores, entre mercados de trabajo, entre regiones, entre los Estados con quien tiene tratados comerciales y las propias entidades federativas. En México, particularmente y debido a la situación geográfica y política, vecino de Estados Unidos de Norteamérica, se agudiza más la paradoja, de que la S.I.C. tiende a la homogeneización de condiciones, puesto que el ámbito material en el que opera es esencialmente heterogéneo; el resultado de la supresión de barreras y de aplicar reglas únicas a situaciones diversas suele ser la exaltación de la diferencia, la fragmentación. Cabría mantener, en definitiva, que el progreso económico, a pesar de la introducción masiva de las TIC's,¹⁹ no está globalizado, sino que se trata de la creación de redes financieras mundiales en donde el capital financiero internacional predomina sobre el capital industrial nacional.²⁰

Así a diferencia del siglo XIX donde la cuestión de clases fue el gran tema del movimiento obrero y los trabajadores constituían un contrapoder, en la primera mitad del XX, la cuestión de la globalización domina el discurso de las empresas transnacionales en el umbral del siglo XXI, la globalización les permite no solo gozar de un rol clave en el manejo de la tecnología, sino que también les garantiza un rol político predominante porque pueden decidir, por ejemplo, deshacerse de puestos de trabajo que les resulten costosos. Más aún: pueden librarse de todo tipo de restricciones por parte del Estado y del trabajo. Paradójicamente, los empresarios que producen crecimiento crean también desocupación, en tanto que también el Estado, que baja los impuestos con el supuesto objetivo de crear trabajo, también contribuye de manera indirecta a la desocupación con esa decisión.²¹

¹⁸ Martin WOLF considerado la voz clave de la globalización en su forma actual, muestra las perspectivas de la economía global en 2007 a partir de la pregunta: ¹⁸ ¿A qué grado es sostenible la dinámica de la economía mundial? Si ésta creció en los pasados cinco años más que en cualquier quinquenio posterior a la II Guerra Mundial. Las economías desarrolladas registraron un crecimiento promedio del 3%. Las de China y la India, del 7%; y afirma que la América Latina, siguió sumando crecimiento con injusticia. Vid WOLF MARTIN, Why globalization works, *New Haven, Connecticut (EE UU), 2005*, K donde hace una apología de la economía global de mercado, aunque reconoce muchos de sus problemas no resueltos como la pobreza, los impuestos y la degradación medioambiental.

¹⁹ En palabras de CAVAS MARTÍNEZ, F., “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social* núm. 10, 2004: “Las desigualdades dentro de los países, y entre unos países y otros, han aumentado considerablemente; la brecha (económica, social, política y cultural) abierta entre el Norte y el Sur, entre países ricos y pobres, se agiganta”.

²⁰ Klaus BODEMER señala que esta trama neuronal interactiva, opera sin parar día y noche, tiende a desestabilizar la economía real y con ella la vida cotidiana. Reduce además la soberanía de los Estados nacionales, incluso de las potencias. Bodemer, Klaus, “La globalización. Un concepto y sus problemas” en *Nueva Sociedad Nro. 156 Julio-Agosto 1998, pp. 64.* Michel Albert, en *Capitalismo versus capitalismo*, San Pablo, 1992, ha contrapuesto el capitalismo anglosajón, que es ante todo financiero, a lo que denomina *capitalismo renano* (asimilable, al capitalismo japonés, al menos antes del estallido reciente de la burbuja financiera), condensado en el modelo alemán: la asociación estrecha entre la banca, las grandes empresas, los sindicatos y el Estado, una constelación que hoy, está en proceso de revisión. Por su parte TOURAINE sostiene en “¿Cómo salir del liberalismo?”, Ed. Paidós, 1999, siguiendo el análisis de HILFERDING, que estamos reviviendo a mayor escala lo que a principios de siglo se llamó imperialismo, es decir, el predominio del capital financiero internacional sobre el capital industrial nacional.

²¹ Las cifras de distribución de los ingresos son al respecto elocuentes. En Alemania, por ejemplo, los salarios reales aumentaron sólo un

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



La globalización, o más concretamente la transnacionalización de las empresas, además de hacer perder peso y significación a los sindicatos, socava también la capacidad de decisión de los gobiernos reemplazando la soberanía nacional por la soberanía global del capital. Semejante proceso avanza hacia el modelo de un Estado mínimo o «gendarme». Lo más preocupante es que los políticos que se refieren al mercado como único regulador, no se dan cuenta de que al hacerlo están destruyendo su propia razón de ser.

En síntesis la flexibilización del trabajo más que generar por sí una mayor calidad del empleo, aumenta el poder de las empresas globalizadas en al menos cuatro rubros:

- a) Su capacidad de exportar puestos de trabajo a cualquier lugar del globo, donde los costos de trabajo sean más baratos;
- b) La segmentación de productos y fases de producción y la diversificación espacial del proceso productivo, como sucede por ejemplo en el sector automovilístico, informático, farmacoquímicos complejos y hasta de la construcción, han dejado de fabricarse en un mismo sitio y se componen de partes, elementos provenientes importados de distintas partes, inclusive técnicas y programas;
- c) La capacidad de negociar con los gobiernos nacionales con el fin de reducir la carga impositiva y bajar costos salariales directos e indirectos y de infraestructura;
- d) El hecho de que las empresas globales puedan elegir dónde tener sede, diseñar, producir, comercializar y pagar impuestos; es decir, pueden residir donde es más agradable y pagar impuestos donde sea más barato. Decisiones todas que se toman sin participación de la «alta política»; sin discusión parlamentaria o decisión gubernamental, ni siquiera con un debate público.²²

Ante este panorama Lester Thurow,²³ sostiene que el Estado benefactor está desintegrado; mientras, Paul Kennedy²⁴ calcula que 1.200 millones de personas en el Tercer Mundo pronto estarán en condiciones de ejecutar alrededor del 85% del trabajo que hasta ahora se ha realizado en los países ricos. Se está configurando así una nueva estratificación del poder económico mundial, cuyos rasgos definitivos todavía no pueden ser determinados

2% en los últimos 12 años. Al mismo tiempo, las rentas de capital subieron en un 59%. Esta relación es expresión de una nueva ley, según la cual la combinación de capital y conocimiento permite producir cada vez más con menos trabajo. A nivel político este proceso implica la pérdida de valor del trabajo, un gran golpe al acuerdo histórico entre el capital y el trabajo, y con ello a la resolución pacífica del conflicto central de la modernización. Cabe entonces preguntarse si las reglas clásicas de juego, como las negociaciones colectivas libres, los contratos laborales y el derecho de huelga, tienen todavía cabida en el nuevo siglo de la globalización o han de quedar relegadas al basurero de la historia, y si en efecto se está produciendo lo que Beck ha denominado «la lucha de clases desde arriba». BECK, ULRICH: *Was ist Globalisierung*, Francfort, 1997.

²² Se trata de un caso clásico que Ulrich BECK en *Was ist Globalisierung*, Francfort, 1997, denomina la «subpolítica», donde las reglas de juego político «tradicional» han perdido vigencia. Las empresas asumen cada vez más la función política, de modo que entre los perdedores no solo se cuentan los sindicatos, sino también los partidos políticos, el Estado benefactor y finalmente, el capitalismo renano con sus mecanismos neocorporativistas de concertación.

²³ THUROW, Lester: *El futuro del capitalismo*, Buenos Aires, 1996.

²⁴ KENNEDY, Paul: *Hacia el siglo XXI*, Barcelona, 1995.



de manera inequívoca. Además, se está abriendo una brecha entre los líderes de las empresas globales, que piensan y actúan globalmente y los líderes políticos, que están obligados a mirar por el bienestar nacional y a legitimarse localmente.

4. La necesidad de una nueva responsabilidad política

Indudablemente que gran parte de las dificultades y la crisis de muchos países, sobre todo en Europa y en América Latina, se debe a la adaptación insuficiente de cada país y cada empresa a mercados mundiales paulatinamente más abiertos, en los que los competidores van incrementándose cada vez más y las innovaciones técnicas hacen que vectores económicos enteros se crean y desaparezcan en forma vertiginosa. La necesidad de adaptarse al nuevo entorno afecta además tanto a los políticos, sindicatos y ciudadanos, como a los propios gerentes de las empresas. La transformación y adaptación requerida es difícil, pues encuentra un sinnúmero de intereses establecidos. Pero es indispensable. Cuanto más difícil y lenta sea, más se debilitará la competitividad del país en cuestión, y con ella, su nivel de vida y de empleo. Eliminar la inflación, reducir el déficit fiscal,²⁵ incrementar las exportaciones, dominar las nuevas tecnologías, contribuir a su desarrollo y, por consiguiente, elevar el nivel de educación son imperativos que ningún país puede ignorar sin correr grandes riesgos. Sin embargo, atender a todo esto, es insuficiente y no garantiza un desarrollo sostenible con justicia social (CEPAL). El resultado de la globalización económica es, prioritariamente, una división internacional del trabajo más eficiente acompañada por una redistribución recesiva del ingreso, lo cual a mediano plazo puede desembocar en violentos conflictos sociales.²⁶

²⁵ La eliminación de la inflación y la reducción del déficit fiscal no garantizan automáticamente el crecimiento. Suponer eso fue la equivocación del famoso Consenso de Washington, que Krugman llama «tulipanes holandeses». Krugman, Paul: «Dutch Tulips and Emerging Markets» en *Foreign Affairs*, 7-8/1995, pp. 28-44.

²⁶ Una serie de estudios empíricos demuestran que a pesar de los procesos de globalización, el marco nacional sigue siendo determinante para la estructura y el desarrollo de las economías nacionales y para las decisiones empresariales. Vid. Las conclusiones acerca de la globalización de Hirst y Thompson en Hirst, Paul, y Graham Thompson: *Globalization in Question*, Oxford, 1996. La investigación del Instituto de Economía de Kiel mencionada al principio (Nunnenkamp) subraya también que los países en desarrollo que hasta el momento no se han beneficiado de la globalización no pueden responsabilizar por ello a los factores exógenos. Vid. World Economic Forum, de Ginebra *Global Competitiveness Report 1997*. Kampeter ha demostrado que a partir de 1992 las ganancias empresariales han aumentado notoriamente, mientras que los ingresos de la mayor parte de la población están estancados. Muestra que entre 1982 y 1994 sólo se reinvertió un 35% en la formación de patrimonio empresarial, en tanto que el 65% de la inversión se canalizó hacia los depósitos de dinero, sobre todo a la compra de títulos. Eso significa que la idea del gobierno –y en parte también de los sindicatos– de facilitarle las ganancias a las empresas por medio de la liberación de cargas y la limitación de los aumentos salariales con la esperanza WERNER: «Politik der Globalisierung», ponencia presentada en el simposio sobre Globalización, Asociación Científica Coreana - Alemania, Seúl, 26 de octubre de 1996. finalmente el *Informe Anual del Banco Mundial 1995*, destaca que la globalización es un fenómeno indivisible, pero subraya que las perspectivas de crecimiento siguen dependiendo de los efectos de la política económica en cada país, para concluir advirtiendo que «las fuerzas de la globalización aumentan tanto los beneficios de una política buena como los costos de una política mala» Banco Mundial: *Informe Anual 1995*, Washington. p. 64.



Es así que la vieja cuestión de la responsabilidad política de los gobiernos («accountability») en las democracias representativas sigue vigente aún en tiempos de la globalización. Lograr armonizar la globalización con la democracia representa precisamente el gran desafío de los próximos años. No encararlo en forma constructiva sería un error que puede costarle igualmente caro a las democracias saturadas del Norte como a las todavía no consolidadas de América Latina. Y es que la economía puede ser global, pero la política es local, y las políticas que sostienen la globalización son frágiles. En América Latina, sigue aplazada la reforma fiscal, favoreciendo a sus plutocracias y desesperando a sus mayorías. La economía de mercado implica el uso intensivos de ciertas instituciones y arreglos normativos en los cuales el control territorial del Estado es todavía un elemento capital.

Conclusión

Todos los estudiosos coinciden en que la globalización ha provocado desequilibrios y retos dentro de los mercados de trabajo nacionales y en los sectores menos cualificados de la mano de obra en el ámbito internacional, donde o bien se deterioran las condiciones de trabajo, o bien aumenta el desempleo, por falta de adecuación de las estructuras de desarrollo de competencias y destrezas. Además, la “desterritorialización” propia a la economía del conocimiento altera el concepto de soberanía, eliminando la coercibilidad.

De este modo, el derecho enfrenta el reto de una realidad globalizante, que ha visto la reintroducción de la multiplicidad de las fuentes del derecho, Así, se requiere el reconocimiento del valor de la normatividad jurídica en la economía y de la jurisprudencia globalizada, toda vez que el Ius constituye un medio social que nos permite alcanzar formas indispensables para organizar las complejas relaciones de poder, intereses y garantías de los miembros de una sociedad. Y es que la institución social de un orden legal y político equitativo, hace posible atribuir a las relaciones entre los sujetos posiciones concretas que garanticen condiciones de justicia e igualdad.

Por ello, proponer qué tipo de defensa jurídica y política debe emprender la comunidad internacional en la actualidad a favor de un empleo de calidad en la S.I.C., conlleva al diseño paulatino de políticas globales y de reformas legales para la configuración de sus dimensiones axiológicas, institucionales y de gestión.



Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Marco Jurídico del Software y su impacto en la Economía

Rubén Dario Avalos Gómez

Resumen

Es sabido que el Paraguay, está considerado como uno de los países con más alto índice de corrupción de software informático a escala mundial, en este sentido; en el presente trabajo se plantean las siguientes interrogantes:

Sí tal afirmación es real; entonces:

¿A qué se debe dicho fenómeno?

Tal acontecimiento, ¿cómo impacta en la economía?

¿Qué dice el ordenamiento jurídico al respecto?

Tales interrogantes, se constituyen como punto de partida en la realización del presente estudio que versa sobre el Marco Jurídico del Software y su impacto en la Economía.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Marco jurídico del software y su impacto en la economía

El Paraguay figura como uno de los máximos exponentes mundiales en piratería y falsificación¹ de CD's, DVD's, que usualmente contienen, programas informáticos ó software², enciclopedia entre otros, según un informe elaborado por la agencia de noticias AFP que se basó en estudios de varias organizaciones³ que protegen los derechos de estas industrias.

Los ciudadanos hemos visto de un tiempo a esta parte como fueron apareciendo en forma gradual y sistemática en diversos sitios de Asunción y en puntos estratégicos de varias ciudades del país, mesitas y pequeños puntos de venta en donde se ofrecen todo tipo de artículos falsificados y de contrabando (auténticos, pero introducidos ilegalmente). En la mayoría de los casos se trata de CD's (de programas informáticos, de música, de karaoke), películas en DVD, juegos de video para consolas. Los preferidos y más demandados son los CD's que proliferan por la facilidad con que pueden reproducirse masivamente: Solo hace falta una computadora y un paquete de CD's vírgenes para "quemar" (grabar) música, películas y programas informáticos⁴, así como para diseñar el paquete y etiquetas correspondientes. Son artículos de entretenimiento caros (un CD del cantante de moda no cuesta menos de 10 dólares, uno pirata puede costar la tercera parte de eso) y ser muy codiciado. Para la industria informática la copia de CD's de software se ha convertido en

¹ **Delitos relativos a infracciones de la propiedad intelectual y derechos conexos Debido a la facilidad con la que se distribuyen a través de internet obras protegidas sin consentimiento del titular del copyright.**

² **Software es un término genérico que designa al conjunto de programas de distinto tipo (sistema operativo y aplicaciones diversas) que hacen posible operar con la computadora.**

³ **BSA Business Software Alliance (Alianza de Software Comercial)**

CAAST Canadian Alliance Against Software Theft (Alianza Canadiense Contra el Robo de SW)

FAST Federation Against Software Theft (Federación Contra el Robo de Software)

SIIA Software & Information Industry Association (Asociación de la Industria del Software y la Información)

⁴ Cabe preguntarse. ¿Qué protege la ley?

Protege a los Programas informáticos, se entiende por tales: Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



una genuina pesadilla y las cifras son impresionantes: en lo que se refiere a piratería del software el Paraguay sigue en la “lista negra” de los más piratas a nivel mundial. Más del 70% de los software utilizados en Paraguay son piratas, de acuerdo al último informe de la Business Software Alliance (BSA).

La mercancía se vende frecuentemente frente a las autoridades, que de intervenir se expone, en el mejor de los casos, a enfrentamientos violentos. Por otra parte, el gobierno ni siquiera lleva registros precisos, por lo que desconoce el impacto real del hecho en su economía, y por otra parte no se tienen ni los recursos judiciales ni policiales para combatirlo, ya sea por asuntos de prioridad o falta de personal o presupuestos. Asimismo, datos del Ministerio de Industria y Comercio revelan que Paraguay importó el año pasado ‘legalmente’ más de 120.000.000 de discos compactos vírgenes, y hasta agosto habían ingresado 90.000.000. El caso es llamativo, considerando que el país consume apenas 2.000.000 de unidades, lo que haría suponer que el resto, o ingresa de contrabando a los países vecinos o con grabaciones piratas. Lo cierto es que hay mucho por hacer en la lucha contra la piratería y falsificación de software en el Paraguay, más aún considerando que las mismas leyes antipiratería hacen difícil combatir este "florecente" negocio que no hace más que perjudicar a los productores legales y a nuestra propia economía.

El Contexto del Problema

En opinión de Di Martino⁵, si las Universidades Latinoamericanas, (incluida las Universidades Paraguayas) toman como norte los objetivos trascendentales de responder a las actuales y acuciantes necesidades del jurista del siglo XXI y de formar líderes renovados con una visión integral del conocimiento que se constituyan en agentes de cambio del Derecho en el Paraguay, deben velar porque los planes de estudio tengan

⁵ **DI MARTINO, Rosa Elena. (2005). Derecho Informático. Editora Marben. Asunción. Paraguay. La citada profesional es la fundadora de las bases sobre las que se citan el Derecho Informático en el Paraguay.**

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



perspectivas de futuro, enlazando las ramas tradicionales de las ciencias jurídicas con las ciencias y técnicas ultramodernas.

El objetivo más noble –por atender al ser humano como sujeto del Derecho, como fin último de la justicia, continúa siendo el buscar que el Derecho cumpla una verdadera función social reguladora de la justicia y de la convivencia humana.

Actualmente, la sociedad de la información impone modelos y reglas que poco o nada tienen que ver con el Derecho como elemento normativo de la convivencia y de la justicia, por obedecer a intereses económico dirigidos y olvidar que la sociedad de la información está compuesta por personas físicas y jurídicas tan reales como las que componemos la sociedad tradicional.

El anhelo de cambio no es nuevo. Este deseo innato de cambio a un mundo mejor es hoy, particularmente fuerte. Quizás la facilidad y la intensidad de las comunicaciones y de la información pone ante nuestros ojos la realidad de un mundo profundamente injusto; acaso porque realmente vivimos en uno de los grandes procesos de cambio que han moldeado a la humanidad: iniciado con la revolución industrial, aún no concluida.

Por otra parte, la realidad contemporánea está marcada por la profunda disparidad existente en el acceso a la informática entre los países del Sur, que recién despiertan a ese fenómeno y, los del Norte, principales beneficiarios de aquella. Esta es, tal vez, una de las asimetrías más dramáticas de la historia contemporánea.

Además, la evolución de la Informática, como ciencia del tratamiento automático de la información, y el extendido uso que tuvo en los últimos años, de seguro constituyen, los más importantes factores que han contribuido al cambio social. A pesar de este uso masivo,

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



todavía continúa la lucha por garantizar el aprovechamiento racional de sus posibilidades en beneficio de todos los hombres.

Urge una solución a los nuevos problemas planteados porque las aplicaciones informáticas avanzaron desproporcionadamente en relación con las leyes reguladoras que, o no lo hicieron, o avanzaron muy lentamente, ocasionándose inconvenientes que hicieron a las aguas, salir de su cause.

La conciencia colectiva de que la piratería del software⁶ no es nociva se debe a la carencia de educación jurídica rigurosa sobre el tema.

Enumeración y Legislación Aplicable

- Ley 773/25 de Patentes, del 3 de septiembre de 1925.
- Decreto Reglamentario n° 32611, del 8 de febrero de 1929.
- Constitución de la República, de 20 de junio 1992.
- Ley n° 1294 de Marcas, del 6 de agosto de 1998.
- Decreto n° 22365. Reglamento de la Ley 1294/98 de Marcas, 14 de agosto de 1998.
- Ley n° 1328/98 de Derecho de Autor y Derechos Conexos, del 20 de octubre de 1998.

⁶ En este sentido, la importancia y la utilidad del software abarca un sinnúmero de aspectos; permite planear y ejecutar programas de desarrollo, tanto económico, político como técnico; sin ella, en la actualidad, no hay posibilidad de conocer y transformar, corregir y planear. Su importancia económica es evidente; sin embargo su control por parte del derecho, a pesar de su enorme trascendencia social, hasta ahora ha sido insuficiente.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- Decreto Reglamentario n° 5159/99, de la Ley n°1328/98, del 13 de septiembre de 1999
- Ley de Protección de datos, de 28 de diciembre de 2000.

El Código Penal, introdujo delitos cometidos por medios informáticos y los tipificó como Hechos punibles contra los bienes de la persona y como Hechos punibles contra las relaciones jurídicas, en los artículos 174, 175, 188 y 249.

La expresión *delito informático* se acepta con conveniencia para realizar referencias a determinadas acciones y omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la Ley, en las que se ha tenido algún tipo de relación en su comisión, directa o indirecta, un bien o servicio informático.

En el derecho positivo paraguayo, el delito informático no está tipificado exactamente por el Código Penal ni se encuentra en ningún otro sitio del ordenamiento que le pudiera encuadrar como legislación penal especial, nosotros hablamos de hechos punibles contra el patrimonio de las personas cometidos por medios informáticos, por ejemplo.

Por tanto, al no estar tipificado el delito informático como tal, atendiendo al Principio de Legalidad en materia penal, que nos dicta que *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, indicamos que, no habiendo Ley que tipifique la conducta delictiva y no habiendo Ley que determine cuál es la pena, no existe delito ni pena por las acciones, por dolosas que sean, que podrían denominarse *delitos informáticos*.

En otro orden de cosas, es conveniente señalar que la legislación penal en materia informática que existe en los diferentes países de nuestro entorno socio-cultural tampoco es idónea para poder adecuar estos nuevos delitos.

Respecto a la interpretación analógica, que sería la única forma en la que podríamos encuadrar los delitos informáticos, por no hallarse tipificados en la legislación penal, es un



tema difícil y conflictivo. Como sabemos, la analogía logra resolver las lagunas que existen en el Derecho y, de esta forma, obtener una norma que permita subsumir un determinado comportamiento que se encuentra expresamente tipificado. Pero ello implica la creación de delitos dentro de la interpretación analógica, lo que iría ir en contra del Principio de la Legalidad.

Por último, el Paraguay produce y exporta software legal

La informática paraguaya ha dado grandes pasos en los últimos años. Y muchas de esas pisadas ya han trascendido las fronteras. Actualmente, en el país hay cerca de cien empresas que se dedican a desarrollar programas informáticos y que incluso han concretado exportaciones, no sólo a nivel regional sino también a Europa y Estados Unidos.

Es lo que afirma el licenciado Pedro Yambay,⁷ "El software es un importante elemento de desarrollo para nuestro país. Es un trabajo netamente intelectual, para el cual se requieren capacidades técnicas", explica.

Recientemente, las 34 empresas asociadas a la CTIP iniciaron un trabajo conjunto con la Red de Importaciones y Exportaciones del Paraguay, ya que este organismo eligió al software como uno de los puntales de la exportación paraguaya.

"Se resaltó que era importante abrir este mercado -que no tiene problemas de contaminación- como uno de los ejes de exportación para el país". Los otros son la carne, el turismo y las confecciones.

Entonces se conformó una mesa donde están representados el sector público, las universidades -"que juegan un papel importantísimo"- y el sector privado.

Un objetivo que se propusieron los fabricantes de programas informáticos es aumentar el mercado interno. "Queremos hacerlo crecer un 40 por ciento anual en los próximos cinco años", señala el presidente de la CTIP.

⁷ **Presidente de la Cámara de Tecnología de la Información en Paraguay (CTIP).**

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Las metas de exportación también son ambiciosas. "Apuntamos a exportar, en los próximos cinco años, por valor de 50 millones de dólares."



Política y apartheid.

La discriminación racial en Africa del Sur.

José María Amenós Vidal.

Índice: Sumario. Antecedentes históricos. 1909-89. a) Africa del Sur. b) Africa del Sudoeste. c) Africa Meridional. Cuadro Sinóptico. Notas y Textos. Bibliografía. Documentación. Apéndice. Pax Afrikana. Carta de la libertad de Sudáfrica (Kliptown, 26-6-1955). Programa de acción contra el apartheid (New York, 25-10-1983). Manifiesto Negro. Palabras Clave.

"El apartheid mata, y es el asesino más peligroso y con mucho, del veldt sudafricano. Mata no sólo a su pueblo, sino también su tierra ..." (Informe del Programa de las NN.UU. para el medio ambiente - PNUMA sobre apartheid y medio ambiente, 1982).

Sumario. Las políticas segregacionistas de carácter esclavista en el continente americano incluído el genocidio indio tras la guerra de sucesión, amenaza del nazismo en Europa, junto al imperialismo anglosajón en tierras de Asia y Africa, incursiones del Ku Klux Klan en contra de políticas integracionistas, y posteriores acontecimientos racistas explican los

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



asesinatos de A. Lincoln, M.K. Gandhi, J.F. y R.F. Kennedy, M.L. King y O. Palme, revueltas de Harlem, disturbios raciales en 300 suburbios americanos coincidiendo con el mayo francés, y el desarrollo del régimen opresivo racial del "apartheid" sudafricano, remitiendo estas constantes históricas en el proceso de instauración como política oficial "afrikaner".

Antecedentes históricos. El país de Azania o la "tierra de nadie", gentilicio natural del pueblo "nguni" (swazi, xhosa, zulú o ndebele) y otras etnias aborígenes de la cultura negra del Africa Austral, al sur del río Zambeze, es un espacio histórico de la Europa Occidental desde la formación de la provincia de : El Cabo de Buena Esperanza (1652), Natal (1840), el Estado Libre de Orange (1848) y Transvaal (1849) como consecuencia del reparto colonial en el Congreso de Viena (1815), el movimiento de implosión demográfica del "Mfecane" o rodillo zulú (1816-28 ...), y "Trek" o éxodo bóer (1835-49 ...), el desarrollo de la guerra "Kaffir" o infiel (... 1879), el Convenio de Londres (1884) y la eclosión de la guerra anglo-bóer (1889 - 1902) en el "laager" o círculo de caminos para carretas de bueyes.

1909 - 89. Por la constitución de la "South Africa Act" (20-9-1909) y la proclamación de la Unión Sudafricana (31-5-1910), se pone en práctica la discriminación racial de la "baaskap" (o supremacía blanca), que profesa la "broederbond" (o cofradía), sociedad secreta de los "afrikaner", y que representa la implantación de la "Native Land Act" (1913) por el primer ministro L. Botha (1910-19), de los "dombass" (o pases malditos) en el mandato de J.C. Smuts (1919-24), la hegemonía ideológica de la "afrikanerdom" (o africanidad) del "Nasionale Party" (1914) de J.P.M. Hertzog (1924-39), la soberanía absoluta de la lengua oficial del "afrikaans" (1925), la limitación de la residencia negra en "townships" (o reservas negras en zonas urbanas blancas) por la "Natives (Urban Areas) Act" (1929) o la expropiación de "black spots" (o enclaves negros) por la "Native Land and

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Trust Act" (1936) , la fundación del "United Party" (1934) con J.C. Smuts (1939-48) como sucesor en el poder que impone la "Bantu (Urban Areas) Consolidation Act" (1945) hasta la consolidación del "Nasionale Party" (1948) que supone el apogeo del "herrenvolkismo" (o liderazgo blanco) sobre los africanos, mestizos y asiáticos.

Con la aplicación del régimen racista de "apartheid" (o segregación), por D. Malan (1948-54), J. Strijdom (1954-58) y H.F. Verwoerd (1958-66), se elabora la "Group Areas Act" (1950) y la "Population Registration Act" (1950), se inicia la estrategia total "The Unions role in the defense of Southern Africa" (1957), que implicará la ejecución de un programa de "bantustans" (1959) y la promulgación de la República Sudafricana (31-5-1961). Con la "Environment Planning Act" (1967) el gobierno puede efectivamente limitar el empleo africano en las zonas denominadas controladas cuya definición depende del poder discrecional del ministro de planificación, se procede a la aprobación de la "Bantu Homelands Constitution Act" (1971) con la intención de conceder la independencia a los "bantustans", y se instaura la "Rand Monetary Area" (1974) por B.J. Vorster (1966-78) que procede a múltiples operaciones de reagrupamiento y desplazamiento masivo de población negra hacia los "homelands" mediante los decretos Koornhof - "Ordely Movement and Settlement of Black Persons Bill" - (1976-81) que implica la "Black Homelands Constitution Amendment Act" (1979), el Consejo Presidencial (75 % blancos, 17 % mestizos y 8 % indios), leyes constitucionales (2-11-1983) y proposiciones de "new deal" (o nueva distribución) que fortalecen el argumento de campamento sitiado del gobierno P.W. Botha (1978-89) ...

Frente a la resistencia cada vez mejor organizada de los pueblos del Africa Austral, que han recurrido a la lucha política y armada para liberarse de la dominación colonial y racista, el régimen de "petty apartheid" (o apartheid mezquino) ha elegido desde principios de los años sesenta, no sólo el camino de la represión policial más arbitraria y las aplicaciones de la pena capital, sino también el de las provocaciones, la intervención y la agresión armada

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



fuera de sus fronteras.

a) **Africa del Sur.** La prohibición por las autoridades del "African National Congress" (1923) y el "Pan-africanist Congress of Azania" (1959) en los acontecimientos de las manifestaciones de Sharpeville (21-3-1960), la persecución de los sindicalistas de la "South African Congress of Trade Union" y los soldados del movimiento "Poqo" o puro, "Umkhoto we Sizwe" o lanza de la nación (1961) y otros grupos políticos o paramilitares, el "banishment" (o exilio) y "banning" (o coartación de actividades), la condena a cadena perpetua en el Juicio de Rivonia de Nelson Mandela (12-6-1964) y varios dirigentes negros, el asesinato de activistas de la "South African Students Organisation" (1969) y la "Black People Convention" (1972) , la independencia de los "homelands" (o territorios patrios) después de la matanza de Soweto (16-6-1976) que incluye a Transkei (26-10-1976) , de forma simultánea a la tortura mortal en la prisión de Pretoria de Steve Biko (12-9-1977) el de Bophuthatswana (6-12-1977), después de la sentencia a pena de muerte de Salomón Malhangu (6-4-1979) , el de Venda (13-9-1979), y con posterioridad el hostigamiento de la "Federation of South African Trade Unions" y de la "South African Allied Workers Union" (1980) el de Ciskei (4-12-1981) , en proceso similar los de Kwazulu, Qwaqwa, Lebowa, Gazankulu, Kangwane y Kwandebile, que se une a las restricciones impuestas al "National Forum" (1983) y a la prohibición de actividades del "United Democratic Front" (1983) tras el símbolo de represión fascista de la masacre de Langa (21-3-1985) que con una medida gubernamental es declarado ilegal junto a 16 organizaciones que luchan contra la segregación racial (28-2-1988) ...

b) **Africa del Sudoeste.** La lucha contra las tropas de la "South West Africa Peoples Organisation" (1960), el "Peoples Liberation Army of Namibia" (1961), presentado el Informe Odendaal (1964) sobre reservas nacionales y a raíz de la ocupación ilegal (1966) por el terminio de la administración fiduciaria sudoccidental, la celebración de la Conferencia de Turnhalle (14-9-1975) define un sistema de prefecturas regionales bajo

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



principios étnicos, los atentados terroristas del "Koevoet" (o escuadrón de la muerte) en la zona septentrional, la retención del enclave de "Walvis Bay" (1-9-1977) con un ejército en Rooikop, intervención extranjera del "linkage" (1980) que vincula la independencia de Namibia a la retirada de tropas cubanas de Angola o la participación constructiva de la política americana, y la instalación de un gobierno paralelo en Windhoek (1985), ...

c) **Africa Meridional.** La presión militar por "raid" (o ataque armado) desencadena en los "landlckerd" (o países interiores) de la línea del frente, el apoyo logístico de la guerrilla antigubernamental de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (1966) y el bombardeo del campo de refugiados de Kassinga (4-5-1978), la colaboración material con la Resistencia Nacional de Mozambique (1978) y el sabotaje de la presa de Cahora Bassa (1980), en conjunto la desestabilización de los objetivos de la "Southern African Development Coordination Conference" (1-4-1980) y la incidencia de sanciones económicas selectivas (1981) en beneficio de los puertos comerciales de East London, Durban, Port Elisabeth y El Cabo, perjudicando los de Nacala, Beira o Maputo, con el despliegamiento de la Operación Protea (1981) y la transgresión del Acuerdo de Lusaka (1981), la tentativa de golpe de mano por mercenarios en las Islas Seychelles (25-11-1981), la destrucción del ferrocarril a la cantera de Salamanga (1984) y la violación del Tratado de Nkomati (1984) , la organizada incursión contra Zimbabwe y Zambia, o por "low profile" el asedio sudafricano de Botswana, relativo a los estados rehenes de la Alta Comisión, como Lesotho y Swazilandia, ...

Sudáfrica, aplicando la estrategia más amplia del apartheid con el que se esfuerza por asignar tierras según criterios raciales, a nivel nacional, esta división de la tierra otorgaría en el año 2000 el 86,3% de la superficie total al 11,8 % de la población blanca (16 % en 1981 : 4.453.273 hab.), excluyendo prácticamente de derechos civiles y políticos a la población india (3 % en 1981 : 794.639 hab.) y mestiza (9 % en 1981 : 2.554.039 hab.), y el 13,7 % restante al 77,6 % de la población negra (72 % en 1981 : 20.084.039 hab.). El

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



apartheid ha institucionalizado no sólo el racismo, sino también la pobreza y desnutrición de las zonas rurales, el pastoreo y el cultivo excesivo, la deforestación y destrucción del medio ambiente en los "homelands". Las tasas de morbilidad de la distrofia proteínica crónica ("kwashiorkor") y trofopatía proteínica aguda ("arasma") explican la desnutrición de más del 30 % de los niños negros, en los "homelands", la cifra sube a más del 75 %. La tasa de mortalidad infantil para los negros asentados en las "townships", 82 por mil; para los ilegales o no asentados de las "townships", 107 por mil; para las familias de trabajadores migrantes, 227 por mil, y para las familias que viven en permanencia en los "homelands", 282 por cada mil nacimientos.

El ejemplo sudafricano permite medir las desastrosas consecuencias sufridas por la humanidad, frente a un régimen ilegítimo. Un pueblo, por oprimido que esté, es titular de un derecho a la autodeterminación que le autoriza a luchar contra quien, desprovisto de legitimidad, no puede beneficiarse, de la protección del derecho internacional. Se aplican sanciones políticas y penales independientemente de sanciones económicas selectivas, se propone unidad con el impacto de recursos humanos y económicos directos, y en base a una solución pacífica internacional (no participativa, no intervencionista).

Cuadro sinóptico. Estados (grupo étnico) : superficie aprox. (Km²) y población aprox. "de derecho" y "de hecho" (hab.).

A) Independientes.

- | | | | | | | | | | |
|----|-----------------------|----------|---|--------|-----------------|------------|---|-----------|-------|
| 1. | Transkei | (xhosa) | : | 41.002 | km ² | (4.157.000 | - | 2.622.000 | hab.) |
| 2. | Bophuthatswana | (tswana) | : | 44.000 | km ² | (2.085.000 | - | 1.286.000 | hab.) |
| 3. | Venda | (venda) | : | 6.500 | km ² | (522.000 | - | 360.000 | hab.) |
| 4. | Ciskei | (xhosa) | : | 8.300 | km ² | (1.072.000 | - | 630.000 | hab.) |



B) Nacionales.

5. **Kwazulu** (zulú) : 32.732 km² (5.495.000 - 3.178.000 hab.)
6. **Qwaqwa** (south-sotho) : 481 km² (1.938.000 - 232.000 hab.)
7. **Lebowa** (north-sotho) : 22.473 km² (2.350.000 - 1.658.000 hab.)
8. **Gazankulu** (shangaan & tsonga) : 6.329 km² (985.000 - 477.000 hab.)
9. **Kangwane** (swazi) : 2.341 km² (737.000 - 350.000 hab.)
10. **Kwandebele** (ndebele) : 202 km² (679.000 - 250.000 hab.)

Las acciones de protesta pacíficas basadas en la filosofía de Mahatma (o Magnánimo) Gandhi (Mohandas Karamchand) : "Cuando todo invita a la violencia hazte adicto a la "ahimsa" y encaja la mano con tu enemigo", que comenzó a poner en práctica al fundar el "Transvaal British Indian" (1903) inspiraron al "South African National Congress" (8-1-1912), organización nativa que se convierte en el futuro "African National Congress", al que se adhiere Nelson Mandela (1944) y del cual fue Presidente el discípulo de la no violencia Albert John Luthuli (1952), Premio Nobel de la Paz (1960) también concedido a Martin Luther King (1964) por su lucha antisegregacionista y de resistencia pasiva en EE.UU.

Teniendo estos presupuestos de base, en un primer momento descriptivo se presenta el contexto de la teología sudafricana en relación con la teología negra norteamericana. En un segundo momento, se establece la línea de la "South African Students Organisation" del cual es fundador Steve Biko (1969) en la perspectiva del movimiento de "Black Counciousness" del cual forman parte autores tan representativos como el Obispo Desmond Tutu, miembro del "United Democratic Front" y contribuyente del "National Forum" , Premio Nobel de la Paz (1984), lo cual concede identidad teológica y ecuménica al Documento Kairós (26-9-1985).



Del lema "Opus Iustitiae Pax" (1939) de Pío XII, las encíclicas "Populorum Progressio" (1967) de Pablo VI o "Sollicitudo rei Socialis" (1987) de Juan Pablo II, se concluye por el recurso de "jus cogens" o "habeas corpus" la necesidad de poner fin a la política de desarrollo multinacional o separado, acogiendo la petición del laicado africano, para que se promueva una solidaridad pastoral orgánica, convocando una Asamblea para Africa del Sínodo de los Obispos sobre el tema : "La Iglesia en Africa hacia el tercer milenio"; como anunció Juan Pablo II en una fecha de un claro sentido misionero, el 6 de enero 1989, fiesta de la Epifanía del Señor". "Toda doctrina racista es contraria a la fe y el amor cristianos". Con esta clara afirmación se define ante el apartheid el documento de la Comisión Pontificia "Iustitia et Pax" presentado en Roma (1989).

Durante los años siguientes y en la legislatura de Frederik de Klerk se producirán los cambios necesarios que conducirán finalmente a la liberación de Nelson Mandela (1990), a las primeras elecciones democráticas del país y a su elección como Presidente de la República Sudafricana (1994). Ambos, recibieron el Premio Nobel de la Paz (1993).

Notas y Textos. Los informes relacionados en el presente documento son un extracto refundido del texto original de las comunicaciones presentadas en calidad de miembro de la Comisión contra el Apartheid de la Asociación para las NN.UU. en España (ANUE) que constan en las Actas de la Iª Reunión Nacional del Movimiento contra el Apartheid - IEPALA - Instituto de Estudios para América Latina y Africa (Madrid, 1989); en el IIº Congreso Nacional de Psicología Social organizado por la Sociedad Valenciana de Psicología Social y las Universidades de Valencia y Alicante (6, 7 y 8 abril 1988); y en las IIª Jornadas Nacionales de Psicología Ambiental organizadas por la Sociedad Catalana de Psicología Social, y las Universidades Politécnica de Cataluña, Central y Autónoma de Barcelona, y de las Islas Baleares. Palma de Mallorca (8, 9 y 10 marzo 1989).

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI
http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Bibliografía.

- Benítez, J.A. El Apartheid. Ed. Gente Nueva. La Habana (Cuba). 1981.
- Bertaux, P. Africa : desde la prehistoria hasta los estados actuales. Ed. Siglo XXI. Madrid (España). 1987.
- Bosch, J. El documento Kairós en el contexto de la teología sudafricana. IEPALA. Madrid (España). 1986.
- Bosch, A. Etnismo y nacionalismo en la República Sudafricana. Iª Semana de Estudios Africanos. Universidad de Barcelona (España). 21 - 25 marzo 1988.
- Casals, P. Los hotentotes de Namibia. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.
- Carrera, F. - Salvador, L. El apartheid desde dentro. Rev. Mundo Negro, núm. 310. Madrid (España). Junio 1988.
- Castel, A. El apartheid como factor desestabilizador en Africa Austral. IEPALA. Madrid (España). 1986.
- Comaroff, J. Pueblos de Africa Meridional. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.
- Coquery-Vidrovitch, C. - Moniot, H. Africa negra : de 1800 a nuestros días. Ed. Labor. Barcelona (España). 1985.
- Cortés, J.L. La Organización para la Unidad Africana : un sueño político para un continente dividido.
- CIDAF. Madrid (España). 1981.
- Cortés, J.L. Introducción a la historia de Africa negra. Ed. Espasa-Calpe. Madrid (España). 1984.
- Darbon, D. La situation des travailleurs etrangers en Afrique du Sud. Iª Semana de Estudios Africanos. Universidad de Barcelona (España). 21 - 25 marzo 1988.
- Dehesa, G. El caso sudafricano. Rev. Historia 16. Madrid (España). Julio 1985.
- Díaz-Plaja, A. Ahimsa : la no violencia de Gandhi. Ed. Nova Terra. Barcelona (España). 1971.
- Díez, C. Sudáfrica : la república racista. Rev. Historia 16. Madrid (España). Agosto 1988.
- Dobado, R. Economía y Apartheid. IEPALA. Madrid (España). 1986.
- Dreschsler, H. Africa del Sudoeste bajo la dominación colonial alemana : la lucha de los hereros y los namas contra el imperialismo alemán (1884 – 1915). Ed. Akademie-Verlag. Berlin (Alemania). 1966.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Fisher, J. Los granjeros afrikaner en Sudáfrica. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.

Guitard, O. Apartheid. FCE. México. 1986.

Gutiérrez, J. El juicio de Rivonia. Rev. Historia 16. Madrid (España). Agosto 1988.

Gutiérrez, J. Nelson Mandela : la lucha es mi vida. Elementos para una biografía. Ediciones 29. Barcelona (España). 1988.

Haarhoff, J.P. Los bosquimanos de Africa Meridional. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.

Haarhoff, J.P. Los mineros de Africa Meridional. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.

Iniesta, F. Sudáfrica : del s. XVI al apartheid. IEPALA. Madrid (España). 1986.

Jabavu, N. Los xhosa, pondo, tembu y swazi de Sudáfrica. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.

Johnson, Ph. - Martin, D. Sudáfrica impone sanciones contra sus vecinos. ONU. Centro contra el apartheid. Nueva York (EE.UU.). 1987.

Kagjavivi, P. Los herero de Namibia. Pueblos de la Tierra. Ed. Salvat. Barcelona (España). 1981.

Lefont, Ph. Ciencia y racismo : imposible alianza. UNESCO. París (Francia). 1982.

Lefort, R. Sudáfrica : historia de una crisis. Ed. Siglo XXI. Madrid (España). 1978.

Mariño, F. La República Sudafricana y el derecho internacional. IEPALA. Madrid (España). 1986.

Moerdijk, D. Antidesarrollo : Sudáfrica y sus bantustanes. Ed. Serbal. Barcelona (España). 1982.

Pacheco, A. Africa del Sur en el contexto regional de Sudáfrica. IEPALA. Madrid (España). 1986.

Phillips, N. Sudáfrica : la tragedia del apartheid. Ed. Era. México. 1962.

Planells, A. Las iglesias cristianas contra el apartheid. Iª Semana de Estudios Africanos. Universidad de Barcelona (España). 21 - 25 marzo 1988.

Raoul, M. Declaración Universal de los Derechos Humanos y realidades sudafricanas. Ed. Serbal. Barcelona (España). 1984.

Rubin, L. El apartheid en la práctica. ONU. Centro contra el apartheid. Nueva York (EE.UU.). 1985.

Santamaría, A. Historia del Congreso Nacional Africano IEPALA. Madrid (España). 1986.

Santamaría, A. El desarrollo sudafricano. IEPALA. Madrid (España). 1986.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Senghor, L.S. Los racismos políticos. Ed. Nova Terra. Barcelona (España). 1968.

Timberlake, Ll. Apartheid : bancarrota institucionalizada. Africa en crisis : las causas, los remedios de la bancarrota ambiental. Cruz Roja Española. Instituto de Estudios y Formación. Madrid (España). 1987.

Weissy, J. Winnie Mandela : el color prohibido. Rev. El Tiempo. Valencia (España). 16-22 enero 1989.

Woods, D. - Bostock, M. 1. Apartheid : propaganda y realidad. 2. ¿Qué es el apartheid? : guía sencilla. ONU. Centro contra el apartheid. Nueva York (EE.UU.). 1986.

Documentación.

Chretiens d´Afrique du Sud face a l´apartheid. Ed. L´Harmattan. París (France). 1978.

Sudáfrica : imperialismo y racismo. IEPALA. Madrid (España). 1978.

Namibia : la realidad. Consejo de las NN.UU. para Namibia & Fondo Internacional de Ayuda y Defensa para Africa Meridional. Londres (Reino Unido). 1980.

Special Afrique du Sud : les débats dans le mouvement anti-apartheid. Rev. Inprecor, núm. 204. Montreuil (France). 1985.

Acontecimientos políticos racistas relacionados con Namibia. Consejo de las NN.UU. para Namibia. ONU. Nueva York (EE.UU.). 1986.

Discurso de Olof Palme en el Parlamento de los Pueblos. Estocolmo, 21 febrero 1986. Centro de

Derechos Humanos de la ONU. ANUE. Barcelona (España). 1986.

Seminario sobre la asistencia y el apoyo internacionales a los pueblos y movimientos que luchan contra el colonialismo, el racismo, la discriminación racial y el apartheid : 28 abril – 9 mayo 1986. Centro de Derechos Humanos de la ONU. ANUE. Barcelona (España). 1987.

Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las NN.UU. : 16 septiembre – 19 diciembre 1986. Centro de Derechos Humanos de la ONU. ANUE. Barcelona (España). 1987.

Namibia : solidaridad para cambiar las cosas. Servicio Civil Internacional. Barcelona (España). 1988.

Sollicitudo rei socialis. Carta Encíclica de Juan Pablo II. Ed. Paulinas. Madrid (España). 1988.

Apéndice.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Pax Afrikana.

En base a la "Declaración de los Derechos Humanos" y "Carta de la Libertad" e independientemente de sanciones económicas aplicadas por la ONU se propone unidad, una solución pacífica internacional (no participativa, no intervencionista), un pacto de no violencia, en el ánimo de evitar masacres como Sharpeville y Soweto o la pena capital para presos políticos.

- 1) El poder : el pueblo gobernará.
- 2) Libertad y democracia : todos gozarán de iguales derechos humanos, serán iguales ante la ley y se abrirán las puertas del saber y la cultura.
- 3) Los aliados de occidente : reinará la paz y amistad.
- 4) Los derechos de los negros : todos los grupos nacionales tendrán los mismos derechos.
- 5) Los derechos históricos : compartirán la tierra quienes la trabajen.
- 6) Potencia económica : el pueblo compartirá la riqueza del país.
- 7) El bienestar de los negros : habrá vivienda, trabajo y seguridad.

Carta de la libertad de Sudáfrica (Kliptown, 26-6-1955) y Declaración Universal de los Derechos Humanos (New York, 10-12-1948).

El pueblo gobernará. Art.21 (1-2-3). La participación en el gobierno del país y la igualdad de acceso a las funciones públicas del país.

Todos gozarán de iguales derechos humanos. Art. 1. Los seres humanos, sin distinción alguna nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Art. 3. La vida, la libertad y la seguridad de la persona. Art. 4. La protección contra la esclavitud y la servidumbre. Art. 5. La protección contra la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Art. 9. La libertad contra la detención, la prisión o el destierro arbitrario.

Todos serán iguales ante la ley. Art. 6. El reconocimiento de la personalidad jurídica. Art. 7. La igual protección de la ley. Art. 8. El recurso efectivo ante los tribunales por las violaciones de los derechos humanos. Art. 10. El derecho a un juicio público y justo por un tribunal independiente e imparcial. Art. 11 (1-2). La presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad y la prohibición de la condena por actos que no fueran delictivos en el momento de cometerse. Art. 12. La libertad contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia. Art. 29 (1-2-3). Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad y en el ejercicio de sus derechos estará solamente sujeta a

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



la ley, que no podrá ser ejercida en oposición a los principios de las NN.UU.

Se abrirán las puertas del saber y la cultura. Art. 18. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. Art. 19. La libertad de opinión y expresión. Art. 26 (1-2-3). La educación, comprendido el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos. Art. 27 (1-2). La participación en la vida cultural de la comunidad.

Reinarán la paz y la amistad. Art. 14 (1-2). El asilo. Art. 20 (1-2). La libertad de reunión y asociación pacíficas. Art. 28. Derecho a un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos. Art. 30. Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiera el derecho a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados.

Todos los grupos nacionales tendrán los mismos derechos. Art. 2 (1). Igualdad y no discriminación en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Art. 13 (1-2). El derecho a la libertad de circulación y residencia, comprendido el derecho a salir de cualquier país y de regresar a su país. Art. 15 (1-2). La nacionalidad.

Compartirán la tierra quienes la trabajen. Art. 2 (2). No se hará distinción alguna, fundada en la condición política, jurídica o internacional del país.

El pueblo compartirá la riqueza del país. Art. 17 (1-2). El derecho a la propiedad. Art. 25 (1-2). Un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar (comprendidos la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica).

Habrán viviendas, trabajo y seguridad. Art. 16 (1-2-3). El derecho a casarse y fundar una familia. Art. 22. La Seguridad Social. Art. 23 (1-2-3). El trabajo y la libre elección del trabajo, igual salario por trabajo igual, una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure una existencia conforme a la dignidad humana y el derecho a fundar sindicatos y sindicarse. Art. 24. El derecho al descanso y al tiempo libre.

Programa de acción contra el apartheid (New York, 25-10-1983).

1. **El poder.** La resistencia de los negros es mayor que la que se comunica al exterior y se desarrolla en una escala más amplia que la reconocida por las autoridades de Pretoria y se exagera su capacidad para contenerla. Art. II.A.1. Poner fin a las relaciones diplomáticas y

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



consulares y otras relaciones oficiales con el régimen racista de Sudáfrica o abstenerse de establecer dichas relaciones. Art. II.M.13. Asegurar, en cooperación con las NN.UU., y los movimientos de liberación de Sudáfrica, la mayor difusión posible de información sobre el apartheid y sobre la lucha por la liberación de Sudáfrica y sus legítimos objetivos.

2. **Libertad y democracia.** Los negros sudafricanos no aceptarán nada menos que la abolición de todas las leyes del apartheid. Desde el punto de vista de las libertades civiles, los antecedentes de Sudáfrica son poco recomendables, no solo respecto de los blancos e incluso en cuestiones que no están relacionadas con la raza. Art. II.K.11. Liberación de presos políticos con la concesión de amnistía a las personas encarceladas, confinadas o exiliadas por su oposición al apartheid y fin de la represión, tortura y malos tratos por actos relacionados con ella. Exigir que el régimen racista de Sudáfrica reconozca como prisioneros de guerra a los combatientes por la libertad capturados, de conformidad con el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (A/32/44, anexo I). Exigir que el régimen racista de Sudáfrica derogue las prohibiciones impuestas a organizaciones y medios de comunicación por su oposición al apartheid.

3. **Los aliados de Occidente.** La protección de Sudáfrica por los países de Occidente es contraria a los intereses tanto de esos países como de la mayoría de los sudafricanos. Sudáfrica no debe ser juzgada como un país del IIIer. mundo, sino por las afirmaciones de su gobierno que dice respetar los valores cristianos y occidentales, en lo que fundamenta su pedido de apoyo a Occidente. Art. II.N.14. Promover las medidas de organizaciones intergubernamentales en apoyo a la lucha por la liberación de Sudáfrica. Ejercer toda su influencia para persuadir a los gobiernos que siguen colaborando con el régimen del apartheid de que desistan de tal colaboración y apliquen las resoluciones de las NN.UU. contra el apartheid.

4. **Los derechos de los negros.** La homogeneidad político-cultural de los negros sudafricanos es precisamente la razón por la que Pretoria ha sancionado leyes para dividirlos en falsos compartimientos étnicos y políticos. Art. II.L.12. Denegación de toda forma de reconocimiento en relación con los llamados "bantustans" independientes.

5. **Los derechos históricos.** Las afirmaciones sobre la prioridad territorial y política de los blancos en Sudáfrica son demostrablemente falsas por motivos históricos y morales. Art. II.J.10. Proporcionar asistencia a Estados africanos independientes, víctimas de la agresión del régimen racista de Sudáfrica para que puedan defender su soberanía y su integridad territorial. Ayudar a llevar a cabo los programas de la "Southern African Development Coordination Conference".

6. **Potencia económica.** Las afirmaciones de Pretoria sobre la dependencia de los países de Occidente de la economía sudafricana son manifiestamente inciertas. Pretoria oculta la

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



verdadera medida de la debilidad de su economía, tanto a su propio pueblo como a la comunidad internacional. Art. II.D.4. Poner fin a la colaboración económica con Sudáfrica mediante transacciones comerciales, suministrar materiales estratégicos, conceder préstamos, fondos para inversiones, asistencia técnica, preferencias arancelarias, ... Tomar medidas en organismos internacionales como la Comunidad Económica Europea, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, para que nieguen toda clase de asistencia y servicios comerciales o de otra índole al régimen sudafricano.

7. El bienestar de los negros. Aunque el conocimiento de la represión política de los negros sudafricanos y la preocupación por lo que ocurre tenga alcances internacionales, el mundo no reconoce suficientemente la medida de sus sufrimientos económicos. Art. II.I.9. Proporcionar asistencia financiera y material al pueblo oprimido de Sudáfrica y a sus movimientos de liberación por intermedio de la O.U.A. (Organización para la Unidad Africana). Contribuir al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para Sudáfrica, al Programa de las NN.UU. de Enseñanza y Capacitación para el Africa Meridional, al Fondo Fiduciario de las NN.UU. para la Publicidad contra el Apartheid y a otros fondos intergubernamentales y no gubernamentales que prestan asistencia humanitaria, educacional y de otra índole al pueblo oprimido de Sudáfrica y a sus movimientos de liberación.

Manifiesto Negro.

Acción contra el apartheid. Desobediencia civil de la sociedad contra el apartheid. Aplicación de sanciones internacionales. 1. Ruptura de relaciones diplomáticas. 2. Embargo de material militar y logístico.

Africa necesita ayuda. Contribución activa a la política de integración racial. Liberación de presos políticos. 1. Proceso de transformación democrática con la legalización de organizaciones sindicales y partidos políticos. 2. Ejercicio electoral de derecho al voto negro.

Paz en Africa. Resistencia pasiva de la filosofía de no violencia. Cese del fuego armado. 1. Considerar a los combatientes por la libertad como prisioneros de guerra con la anulación de las sentencias de muerte. 2. Supresión del estado de emergencia nacional, de los controles de población y del asedio a los estados de la línea del frente.

Disposiciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la O.N.U.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



En conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial que se celebra el 21 de marzo de cada año. Ese día, en 1960, la policía abrió fuego contra una manifestación pacífica en Sharpeville (Sudáfrica) en contra de las leyes de pases del apartheid y mató a 69 personas. La Asamblea General, al proclamar el Día en 1966, instó a la comunidad internacional a redoblar sus esfuerzos para eliminar todas las formas de discriminación racial, resolución 2142 (XXI).

1. Recordando las disposiciones de la **Carta de las NN.UU.** (26-6-1945), en virtud de la cual todos los miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para lograr el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

2. Observando que la Asamblea General de las NN.UU. confirmó los principios del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (8-8-1945) y la resolución 96 (I) sobre el genocidio, en su primer período de sesiones (11-12-1946), lo cual dió origen a la **Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio** (9-12-1948), en la que se condena ciertos actos que pueden calificarse también de actos de apartheid.

3. Considerando la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (10-12-1948) y en la que se afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales, en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna, en particular de raza, color u origen nacional.

4. Considerando la **Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales** (resolución 1514 (XV) : 14-12-1960), en la que la Asamblea General señala en pro de la dignidad humana, del progreso y de la justicia, la necesidad de poner fin al colonialismo y a todas las prácticas de segregación y discriminación.

5. Observando que conforme a la **Declaración de las NN.UU. sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial** (resolución 1904 (XVIII) : 20-11-1963), y la **Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial** (resolución 2106 (XX) : 21-12-1965) de la Asamblea General, los Estados condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar todas las prácticas de esa naturaleza en los territorios bajo esa jurisdicción.

6. Observando que, conforme a la **Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad** (26-12-1968), "los actos
Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



inhumanos debidos a la política de apartheid" están calificados de crímenes de lesa humanidad.

7. Observando que una **Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid** (resolución 3068 (XXVIII) : 30-11-1973) de la Asamblea General, permitiría adoptar medidas más eficaces, tanto en el plano internacional como el nacional, con objeto de reprimir y castigar el crimen de apartheid.

8. Observando que el Consejo de Seguridad de las NN.UU. (resolución 418 : 4-11-1977), decidía sin excepción ni reserva alguna, la aplicación de sanciones obligatorias consistentes en el embargo de material militar con destino a Sudáfrica y prohibición de cooperación con tal país en ese terreno.

9. Observando la aplicación del **Plan del Grupo de Contacto Occidental** (resolución 435 : 29-9-1978) del Consejo de Seguridad, con la intención de encontrar una solución pacífica al problema de Namibia, subrayando que el apartheid en su intensificación y expansión constantes perturba y amenaza gravemente la paz y seguridad internacional.

10. Recordando el **Programa de Acción contra el Apartheid** del Comité Especial contra el Apartheid en su 530ª sesión (25-10-1983), para un IIº Decenio de lucha contra el racismo y el discriminación racial, que contiene propuestas de acción contra el apartheid, comprendidas las esferas de la legislación, acción en los medios de comunicación social, la protección de los grupos minoritarios, los procedimientos de recurso y asistencia para las víctimas de la discriminación racial y la acción de las organizaciones no gubernamentales.

Palabras Clave.

Apartheid : política afrikaner; Afrikaner : blancos africanos; Afrikaans : idioma afrikaner.



El fondo monetario internacional y sus efectos económicos con los países subdesarrollados

Martha Ochoa León

El presente trabajo analiza el Fondo Monetario Internacional, con respecto a las lecturas que hice de Báez Rodríguez¹ y David D. Driscoll², y con base a un eje:

¿El Fondo Monetario Internacional, realmente ayuda o no a los países Subdesarrollados a Superar las Crisis Económicas?

Estudiaremos primeramente como se formo, la finalidad con la que se creo, su papel de influencia en los países que se encuentran en crisis y en especial la relación que ha tenido esta con respecto a los países subdesarrollados entre ellos México y los efectos provocados por esta en la Economía Nacional.

- I. **El Fondo Monetario Internacional**, se creó por el reacomodo económico de posguerra, después de la destrucción de 1939-1945. En el balneario de Bretton Woods Estados Unidos de América, reuniéndose ahí los principales países aliados para configurar este nuevo sistema entre ellos México, pero desde luego se impusieron los

¹ BÁEZ RODRIGUEZ Fco. El Fondo Monetario Internacional y su Relación con México Edit. Martín Casillas Editores, S.A.

² DAVID DRISCOLL, ¿Qué es el Fondo Monetario Internacional? www.imf.org

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



intereses de Estados Unidos, como claro vencedor de la guerra dando lugar al nacimiento de:

- **El Patrón de Cambio Oro** (Gold Exchange Standard) que consistía en que el precio oficial del oro sería fijo (35 dólares la onza) poniendo al dólar norteamericano tan fuerte como el oro **“Por lo tanto, los países podrían tener sus reservas en dólares”**
- **Y el Fondo Monetario Internacional**, que apareció como un complemento necesario a este sistema, para evitar desequilibrios (déficit), y sostener las cotizaciones monetarias respecto al dólar.

Las empresas norteamericanas fueron la clave del crecimiento y la industrialización de la posguerra.

II. Sus principales aspectos institucionales del FMI, son:

- Las de promover condiciones de intercambio comercial y financiero entre los países de Europa Occidental y Estado Unidos.
- Recibe recursos, en forma de cuotas por cada uno de sus miembros.
- Actualmente participan 184 países (31-Jul-2006).
- El total de las cuotas es superior a los 317 mil millones de dólares, (31-Jul-2006) pagando cada país el 25% de su cuota en oro, y el resto en su propia moneda.
- Las decisiones del FMI se toman de acuerdo a los votos, determinándose estas conforme al monto de sus cuotas, lógicamente el país con mayor cuota y por lo tanto con mayor influencia es Estados Unidos, es por eso que en mi particular punto de vista, esto a veces nos puede beneficiar pero por otro lado también nos perjudica, al ser México un país vecino de ellos, estos mueven sus propios intereses por encima de todo. Por esto es que vulgarmente se dice que el FMI, se asemeja a una polla la cual está hecha de oro, y se retiraba en dólares desde

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



1969, llamados Derechos Especiales de Giro “**DEG**”, su característica es que es indevaluable, los retiros se hacen comparándola con moneda propia.

- El FMI, está dirigido por una Junta de Gobernadores (Ministros de Hacienda) y por Directores Ejecutivos, que diseñan la política general de fondo.
- El país que quiere hacer uso de los recursos tendrá que firmar una carta de intención, en dónde deberá explicar las medidas económicas que pretende llevar a cabo, para mejorar su situación.
- Los créditos se otorgan poco a poco y son renovables cada seis meses en los Acuerdos Contingentes o Acuerdos Stand-by, es donde se comprometen a llevar paso a paso las medidas económicas y los programas establecidos.
- Ahora su objetivo principal es eliminar las restricciones a la libre circulación de capitales y la influencia en las políticas económicas de los países subdesarrollados, es por eso que la caída del mundo en la crisis económica internacional ha tenido mucho que ver en esto.

III. **El FMI, ante la crisis económica internacional.** En la década de los sesentas un exceso de dólares inundaba la economía mundial, en especial la de Europa Occidental. Por ello en 1965 Charles de Gaulle puso a prueba el sistema monetario internacional al exigir oro a cambio de los dólares de la reserva francesa, al precio oficial. Estados Unidos se negó a los requerimientos de los franceses. Europa y Japón habían reconstruido sus economías y éstas se mostraban más dinámicas que la norteamericana por lo tanto no quería seguir aceptando condiciones que los perjudicaban y EU implantó medidas para evitar la salida de capitales y otra para devaluar el franco francés y la libra esterlina, sin embargo el mecanismo **mercado del eurodólar**, permitió a las grandes empresas internacionales norteamericanas sacarle la vuelta a las restricciones impuestas a la salidas de capitales. El 15 de Agosto de 1971, Nixon declaró la inconvertibilidad del dólar en oro al no poderse

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



controlar el exceso de dólares y en diciembre el dólar se devaluó 8.6 %. El Sistema Monetario Internacional de la posguerra se estaba desmoronando. Dos años después del inicio de la crisis, el aumento en el precio del petróleo provocó nuevos cambios, agudizando los problemas económicos de los países importadores de petróleo. En tanto, el mercado del eurodólar que en realidad maneja todas las monedas de los países industrializados marchaba a todo tren, dificultando a Estados Unidos, Japón y los países europeos el control de la cantidad y destino de sus monedas, por eso se optó por dotar de mayor poder al FMI, para que pudiera supervisar la paridad de las monedas y las políticas económicas de sus asociados, convirtiéndose en garante de las naciones endeudadas ante los bancos privados, con los que actuó de común acuerdo.

Tres pasos llevaron a intervenciones del Fondo:

- La banca Internacional presta a tasas muy elevadas
- El país endeudado no puede pagar con facilidad, la banca internacional no le presta a menos que intervenga el FMI.
- El FMI, interviene dictando condiciones a cambio de un crédito Stand-by (a veces acompañado de un acuerdo de Facilidad Ampliada) donde lo importante no es cuánto se presta, sino va en función al comportamiento del país endeudado, la carta intención reabre las puertas a más préstamos de los bancos internacionales. Evidentemente estos son los tres pasos que convirtieron en convenios de México con el FMI en 1976 y 1982.

IV. **El FMI y México.** Como sabemos el gobierno mexicano, firmó convenios de Facilidad Ampliada con el FMI, lo que ha implicado la adopción, por parte de nuestro país de políticas económicas previamente convenidas con el Fondo en las decisiones económicas nacionales.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Para el FMI las causas primarias de la inflación son el déficit público (que el sector público gaste más que sus ingresos) y los excesos en el crédito interno (que los bancos del país presten dinero con demasiada facilidad). Es por eso que el FMI, asume una posición monetarista según la cual la inflación es el resultado del exceso de dinero en la economía, en esta lógica la inflación es la razón por lo cual el capital sale del país y crea problemas en las reservas.

Para el FMI la inflación debe bajar, y la estabilidad financiera se conseguirá de la siguiente manera:

- Disminuyendo la demanda agregada, disminuyendo el gasto del gobierno no productivo y aumentando el ingreso del mismo, (mas impuestos menos subsidios), para disminuir la demanda con la reducción de sueldos y salarios reales.
- En segundo lugar se debe dar más poder a las fuerzas del mercado, liberación de precios, libertad cambiaria (libertad para comprar moneda extranjera y sacarla del país si se quiere) esto provoca la devaluación de la moneda local si no hay un equilibrio.
- En tercer lugar incrementar las tasas de interés por encima del nivel de inflación, con esto aumentará el ahorro y disminuirá el gasto.
- En cuarto lugar de mano con la libertad cambiaria, el FMI busca una liberalización del comercio internacional.

En resumen según Hirschman, “El compromiso que adquiere un país... es típicamente el siguiente tipo: incrementar la inversión y reducir el consumo,

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



incrementar la porción del sector privado y reducir la del sector público, devaluar la moneda....”

El FMI, propone este tipo de políticas a todos los países subdesarrollados con los que elabora convenios, prestando escasa o casi nula atención a las características particulares de cada nación.

La visión monetarista del FMI, dista de ser popular en muchos círculos económicos, particularmente en los países de Latinoamérica, encontrando tres tipos de críticas:

- Político-Social, la reducción de la actividad económica, la quiebra de las empresas, el aumento de desempleo y rígido control salarial causan excesivo sufrimiento y causan desestabilización política. La respuesta de los que apoyan la política del FMI, es que se trata de sacrificios necesarios porque de no llevarse a cabo el ajuste las cosas estarían peor, que después de la estabilización vendrá el crecimiento y luego la repartición.
- La segunda también Político-Social es que las políticas del FMI, minan la soberanía de las naciones y provocan una mayor dependencia económica-política respecto a los poderosos y en particular a los Estados Unidos, promoviendo la dolarización de las economías y una división internacional del trabajo. La respuesta es que el Fondo solo acelera el ajuste que de todos modos tendría que darse y que la integración económica es inevitable: que es mejor subordinarse a los países ricos que perder oportunidades de crecimiento para años futuros.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



- La tercera se articula a las anteriores, aunque es de carácter estrictamente económico, ejemplo de estas críticas es la posición de los llamados “estructuralistas”, quienes consideran que las políticas del FMI, no eliminan las principales causas de la inflación, y que para lograr estabilidad es necesario una reorientación general de la economía. Estas críticas se centran en señalar que, si no hay una reestructuración económica, el único resultado de las políticas del FMI será un empobrecimiento de la economía acompañado por una inflación que beneficiará a los inversionistas financieros, a costa de los empresarios productivos de la clase media, de los obreros y campesinos.

Para los monetaristas, estas posiciones son incorrectas y agravarían los problemas en vez de resolverlos.

En la práctica, México siguió fielmente los lineamientos del FMI sólo durante un año y medio. En este tiempo la economía creció muy lentamente, la inflación se mantuvo.

En 1978 gracias al auge petrolero, los problemas se aliviaron al mismo tiempo que volvía a aumentar la inversión, y la economía crecía rápidamente, pero en 1981, se volvía a presentar la crisis de 1976 con problemas aún más graves. De 1979-1982, la deuda pública externa aumentó más del doble y los intereses a pagar más del triple y la fuga de capitales alcanzaron niveles de vértigo.



En 1982, ni el establecimiento de la llamada “paridad dual “, (dos precios distintos del dólar) podían frenar la especulación. De ahí la medida del primero de Septiembre del mismo año, de nacionalizar la banca y establecer un control riguroso de precios. Las reservas llegaron al nivel más bajo por eso se decidió volver a firmar con el FMI.

El convenio de 1982, cuya carta de intención se firmó el 10 de Noviembre, presentaba diferencias con la que había firmado seis años antes, logro algunas ventajas frente al convenio típico del FMI con América Latina, mantener el control de cambios y no se hizo explícita la existencia de los topes salariales, dentro de los puntos fijos de la Carta, el gobierno se comprometió a aumentar los precios y tarifas para sanear su finanzas, a liberar los precios de más productos y a disminuir su déficit como proporción de la producción económica del país.

Los avances financieros de México han sido muy costosos en términos sociales: la producción, el empleo, el consumo y los salarios han caído drásticamente. Entre las previsiones del Fondo no se encontraba el explosivo aumento de las tasas de interés internacionales, que amenazaba con deshacer los esfuerzos hechos en el terreno financiero.

V. **Perspectivas del fondo monetario internacional.** La influencia del FMI, fue muy grande y las críticas rudas. Ya que el FMI, se encuentra en el centro del huracán que sobre muchas economías ha desatado la crisis financiera internacional.



En 1984, México tendría que pagar 11 mil millones de dólares de intereses de la deuda que adquirió. Varios países latinoamericanos están en situación igual o peor. Cada uno de los países ha buscado la mayor prórroga posible para el pago de la deuda y mientras tanto va pagando los intereses acumulados.

Por lo que los países deudores latinoamericanos empezaron a reunirse, para negociar en forma colectiva. Por lo que Bolivia declaró moratoria temporal a su deuda argumentando que “no se le puede pedir más austeridad a la miseria.”

El problema de la deuda externa no es de fácil solución. Declarar moratoria es aislarse económicamente de las naciones ricas. Seguir pagando puntualmente implica una sangría de recursos aprovechables que hará todavía más pobres a los países pobres y más ricos a los países ricos. Negociar los plazos y tasas de interés podrán posponer los problemas pero no resolverlos.

Se impone, entonces una reforma integral del sistema monetario internacional, que obedezca a los cambios reales ocurridos en las economías desde el fin de la segunda guerra mundial y evite los favoritismos a cualquier país. Lo cual implica también una reforma al Fondo Monetario Internacional, que ya no cumple la función estabilizadora para la que fue creado y que está convirtiendo un foco de depresión económica de desórdenes y en elemento portador al autoritarismo.



En mi opinión al adentrarme en el estudio del Fondo Monetario Internacional, como se instituyó y sus características principales, me doy cuenta que su finalidad es ayudar a los países en tiempos de crisis y evitar depresiones económicas internacionales, pero la verdad es que todo esto se desenvuelve a través de los intereses de los países mas fuertes y que EUA, es quien más influye en sus movimientos al ser el país mayoritario en cuanto a las cuotas, utilizando estrategias para ir ganando campo para influir en la Economía de cada uno de los países y llevar siempre el liderazgo en el Accionar Económico Internacional, para desde luego asegurar sus propios intereses atándolos de pies y manos a los países subdesarrollados, no quedándoles otra alternativa que acudir a esto.

Por otro lado en cambio la Unión Europea con el euro dice Michel Deppler³ se creó un número sustancialmente mayor de empleos en el Sector Empresarial que Estados Unidos de América en los diez últimos años. Y podemos ver que hay un sector en el que Europa esta compitiendo bien y ese es el sector externo, lo cual salta a la vista con el aumento que han tenido en la exportación de bienes y servicios, en donde la Unión Europea ha demostrado que con un mercado unido y fronteras abiertas, ha sido fuente perdurable de crecimiento en Europa, si bien es cierto se han producido dislocaciones periódicas, pero esas pérdidas son minúsculas comparadas con las ganancias que aporta la economía del sector externo. Y pese a todas las críticas, los Países que integran la Unión Europea se han fortalecido conjuntamente. Es aquí donde veo un contraste muy diferente, que desde luego ambos tienen sus pros y contras, pero se nota claramente que la Unión Europea se ha regulado más equitativamente, como consecuencia vemos a

³ FMI Boletín vol.36 No.3



un euro más fuerte que el dólar. Y que si nuestro gobierno es inteligente va ir tratando de desprendernos de esa dependencia, haciendo esfuerzos muy grandes para ir aminorando la Deuda Externa, y entonces poder negociar relaciones más equitativas.

Bibliografía

Báez Rodríguez Francisco, El Fondo Monetario Internacional y su Relación con México Edit. Martín Casillas Editores, S.A.

Teorías de la Globalización; Siglo XXI Editores.

Publicaciones Consultadas

FMI Boletín vol.36 No.3

David Driscoll, ¿Qué es el Fondo Monetario Internacional? imf.org

Sitios Web consultados

<http://es.wikipedia.org>

www.imf.org

www.globalización.org

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Consideraciones de un enfoque jurídico-económico en torno a los tratados de libre comercio suscritos por el estado mexicano *

Miguel Ángel Medina Romero **
Víctor Antonio Acevedo Valerio *** y
Rolando Chávez Chávez ****

Planteamiento

A partir de la década de los años ochenta, México inició una participación activa en el escenario internacional, en el marco de un nuevo modelo económico que fue convergiendo de manera progresiva con la economía mundial. La incursión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), hoy organización Mundial de Comercio (OMC), en 1986; la firma del Tratado de libre Comercio con Chile, en 1992; la obtención de la membresía en el Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés); y la protocolización del Tratado de Libre comercio de América del Norte (TLCAN), en 1993, fueron todas ellas acciones que consolidaron la

* Ponencia presentada por los autores en el marco de los trabajos del 1er. Congreso Internacional Virtual “Derecho y Economía en el Siglo XXI”, convocado para los días 7-20 de mayo del año 2007, por la Coordinación del Proyecto del Programa Integral para el Fortalecimiento Institucional (PIFI) 3.2 de la Dependencia de Educación Superior (DES) de Derecho, a través del Portal Jurídico Themis, el Centro de Investigaciones Jurídicas, la Academia de Derecho Económico y la Academia de Historia del Pensamiento Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacán de San Nicolás de Hidalgo.

** Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales (ININEE) de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), y titular del Departamento de Estudios del Desarrollo y la Cooperación Bilaterales del Centro de Investigaciones México-Estados Unidos (CIMEXUS) del ININEE.

*** Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales (ININEE) de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), y coordinador del Centro de Estudios Económicos (CEE) del ININEE y del Programa Académico de Doctorado en Ciencias en Desarrollo Regional.

**** Alumno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



presencia de México en el concierto de las naciones y ratificaron, al mismo tiempo, el nuevo formato de economía que éste asumía en el marco de la globalización.¹

Desde entonces, el país ha incrementado su presencia en los mercados internacionales a través de la expansión sin precedentes de sus ventas al exterior, alcanzando para el año 2000, el octavo lugar en exportaciones a nivel mundial, y el primero en América Latina, superando en este rubro a países tradicionalmente exportadores como Singapur, Rusia, Australia y Brasil.² De acuerdo con la Secretaría de Economía, México ha negociado y suscrito doce tratados de libre comercio (TLC) que otorgan acceso seguro y preferencial a los mercados de cuarenta y cinco países en tres continentes.

El objetivo de este trabajo es exponer y hacer apología de la premisa de que en el nuevo formato de economía en México, en el contexto de la globalización, el comercio exterior juega un papel determinante, y los tratados de libre comercio son piezas clave de la interacción comercial entre países, ya que otorgan reglas, protección y garantías a dicha interacción. Los TLC's, entonces, constituyen una expresión de la relación entre lo económico y lo jurídico, ya que el derecho, vía los acuerdos, tratados y negociaciones institucionales cobra importancia en la dinámica de la economía globalizada. He aquí la consistencia del enfoque jurídico-económico con que se abordará esta exposición.

La estructura del documento en curso consta de dos partes centrales: la primera, que aborda las relaciones entre el derecho y la economía, a partir de los nexos entre las negociaciones jurídico-institucionales multilaterales y el comercio internacional; y la segunda sección, que contiene una descripción del camino de México hacia la economía global, acompañada de el listado de los TLC's firmados por el Estado mexicano, así como el impacto de dichos tratados en este último. Al final, se formulan algunos apuntes finales, en torno al tema que aquí ocupa.

- I -

Abordar el tópico de los tratados de libre comercio signados por el Estado mexicano, desde una perspectiva del derecho y la economía, remite ineludiblemente a considerar las negociaciones jurídico-institucionales multilaterales y el comercio internacional en la dinámica actual de la globalización.

Y es que, si algo caracteriza al comercio internacional es la globalidad del fenómeno, es decir, la necesidad de la superación de las fronteras nacionales en aras del intercambio. Empero, esta interacción comercial entre países debe estar regulada, protegida y

¹ Vid. Espinosa, Enrique; Beatriz Leycegui, y Rafael Fernández de Castro. (Coordinadores). 2000. *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México.

² *Secretaría de Economía*. 2002. En: <http://ww.se.gob.mx>. México.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



garantizada. Y es entonces cuando el derecho, vía los acuerdos, tratados y negociaciones institucionales -bilaterales o multilaterales- cobra importancia en la dinámica de la economía global. Dicho en otros términos: la materialización del comercio mundial no puede efectuarse sin la consideración del sistema de las relaciones internacionales fundadas en la interacción jurídica de Estados soberanos.

Teóricamente, la economía de mercado se fundamenta en el concepto de libre competencia entre los agentes económicos, partiendo de que únicamente el empleo de sus ventajas comparativas derivará en eficiencia en el uso de los recursos y en ganancia para los productores y, principalmente, en beneficio para los consumidores. Y de estos lineamientos se deduce por la teoría económica convencional, que el intercambio sin restricciones constituye el determinante principal del crecimiento económico. No obstante, en el terreno de la práctica, el sistema de mercado produce desde su interior una dinámica de concentración económica, tendencia que por ende, limita la libre competencia, situación promovida por el Estado, con justificaciones de tipo político. Y, en el plano mundial, estos dos elementos se conjugan en el proteccionismo comercial, que en una nación limita el acceso de los productos extranjeros, en aras de conservar el nivel de precios domésticos, salvaguardar las inversiones y el empleo y mantener tanto la soberanía económica como la lógica del *stablishment* económico nacional.

Sin embargo, más allá de este debate económico proteccionismo *versus* librecambio, la realidad económica internacional ha demandado esfuerzos para materializar un acuerdo multilateral que promueva y garantice el intercambio mundial y el desarrollo de las naciones. En la historia económica mundial, esta situación se hizo patente cuando concluyó la Segunda Guerra Mundial, y se procuró evitar la continuación de las políticas comerciales y monetarias de las décadas precedentes que condujeron a la depresión económica y a la guerra.³ Así, la hora de las negociaciones jurídico-institucionales multilaterales que pugnarán por el desarrollo político, económico y social de las naciones, había llegado.⁴ Y por lo tanto, en el terreno de la economía en lo general, y en el propio del comercio internacional en lo particular, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT), desarrollado en 1947 durante la Conferencia sobre Comercio y Trabajo de las Naciones Unidas en La Habana, Cuba, y firmado en 1948 por 23 naciones, fue el primer resultado de estas demandas referidas y representó, igualmente, el inicio de un proceso de *juridificación* de la economía internacional.

Además, ante el inicio de la unificación europea y la caída del modelo socialista, el libre mercado se erigió como opción de progreso, toda vez que el comercio fue presumido como motor de la economía y el desarrollo mundiales. Específicamente, la realidad

³ Vid. Walters, Robert S., y David H. Blake. 1992. *The politics of global economics relations*. 4a. Edición. Englewood Cliffs. New Jersey. Prentice Hall. E.U.A.

⁴ Vid. Walters, Robert S., y David H. Blake. 1992. *Op. Cit.*



económica de las naciones en desarrollo, caracterizada por la crisis de la deuda externa, la escasez del crédito mundial y el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones, tuvo que transformarse de manera obligatoria vía la reorientación de sus economías hacia el exterior, ya que sólo este viraje era el camino para su recuperación y el crecimiento. En este contexto, el GATT se desarrolló mediante rondas de negociaciones sucesivas; y, ante las nuevas exigencias, el Acuerdo fue ampliando su cobertura, sus reglas y su gestión en tono a una mayor liberalización del comercio internacional.⁵ Entre 1994 y 1995, sin embargo, el GATT sufrió una transformación radical para incluir nuevas obligaciones sobre sus signatarios, ya que pasó de ser un sistema de reglas fijadas por naciones a un órgano institucional: la Organización Mundial de Comercio (OMC).⁶

Empero, el trayecto y la ejecución de las tareas del GATT-OMC no han sido tersos, ya que dificultades como el surgimiento de bloques regionales y el antagonismo entre ellos son realidades que deben ser sorteadas por las negociaciones jurídico-institucionales multilaterales.⁷ La Unión Europea, el polo de los países asiáticos de la Cuenca del Pacífico y el bloque suramericano del MERCOSUR, permiten ilustrar lo anterior.⁸ Y, en este estado de cosas, el TLCAN resulta una opción de exploración magnífica, toda vez que por primera ocasión se da cauce al nuevo nexo regional entre economías con distintos niveles de desarrollo, a partir de un instrumento de orden jurídico que puede constituirse en un modelo para la consecución de la integración del continente.⁹

⁵ *Idem.*

⁶ La OMC expandió su espectro desde el comercio de bienes hasta el comercio del sector de servicios y los derechos de la propiedad intelectual. A pesar de haber sido diseñada para servir acuerdos multilaterales, durante varias rondas de negociación del GATT, particularmente en la Ronda Tokio, los acuerdos bilaterales crearon un intercambio o comercio selectivo y causaron fragmentación entre los miembros. Los arreglos de la OMC son generalmente un acuerdo multilateral cuyo mecanismo de establecimiento es el del GATT. Los 75 países miembros del GATT y la [Comunidad Europea](#) se convirtieron en los miembros fundadores de la OMC el 1 de enero de 1995. Los otros 52 miembros del GATT reingresaron en la OMC durante los 2 años posteriores. Desde la creación de la OMC, 21 naciones no miembros del GATT ingresaron y 28 están actualmente negociando su membresía. De los miembros originales del GATT, sólo Yugoslavia no reingresó a la OMC. Las partes contratantes que fundaron la OMC oficialmente dieron por finalizados los términos del acuerdo del “GATT 1947” el 31 de diciembre de 1995.

⁷ *Cfr.* Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Globalización del Derecho. Una visión desde la Sociología y la Política del Derecho”. En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie I. Estudios de Derecho Económico. No. 22. México. P. 30.

⁸ *Cfr.* Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. *Op. Cit.*

⁹ Esta fue, precisamente, la ideología en que descansó la denominada *Iniciativa para las Américas*. El 7 de junio de 1990 el entonces presidente norteamericano George Bush impulsó su *Iniciativa para las Américas*, encaminada a reforzar el crecimiento y la estabilidad política de América Latina. Dicha *Iniciativa* descansó en tres pilares básicos: estimular el flujo comercial, incrementar la inversión extranjera y reducir el endeudamiento externo, en el marco de la liberación total de las economías latinoamericanas. Centro de Información para la Prensa (CIP). 2006. *Iniciativa para las Américas*. Cuba. En: http://www.cip.cu/webcip/eventos/cumbre-ibero/dat_grales/inf-suplem/c-0196.html.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



De lo anterior se desprende, por tanto, que con los acuerdos jurídico-institucionales multilaterales en torno al intercambio comercial, como motor del desarrollo y la interdependencia mundiales contemporáneos, queda registrado un esquema de juridificación progresiva de la economía mundial.¹⁰ Y es que la institucionalidad comercial internacional, amparada en las disposiciones del GATT-OMC, constituye hoy día el parámetro de legitimidad de los nexos y prácticas de comercio internacionales, al que cada vez menos economías pueden permanecer al margen.¹¹

- II -

En el contexto de la globalización y los bloques regionales, la liberalización del comercio ha jugado un papel de primera importancia en las políticas económicas de los países y en el establecimiento de acuerdos de integración que regulan las transacciones internacionales. Las políticas comerciales de los países, como es el caso de México, se concentran en el despliegue de acuerdos o tratados comerciales y de cooperación, los cuales otorgan un marco jurídico ordenado y claro de la administración de los flujos de intercambio comercial, cuyo objetivo ha sido siempre la de acaparar mercados internacionales para la colocación y venta de sus productos.

Este proceso es el resultado, en su origen, de un cambio estructural en la política económico-comercial mexicana, iniciado en la primera parte de los años ochenta, reforzado en 1986 con la entrada de México al GATT e impulsado fuertemente en los tiempos posteriores. De una economía cerrada, altamente proteccionista, la mexicana pasó a ser una de las economías más abiertas del mundo, hecho que se justifica a partir de que el modelo de sustitución de importaciones vigente por varis décadas cedió, finalmente, su terreno a otro que se basa en el impulso de la exportación de mercancías.

En esta tesitura, el actual crecimiento económico del Estado mexicano ha estado vinculado estrechamente con una estrategia de apertura comercial, la cual ha concebido la celebración de tratados comerciales internacionales y acuerdos de complementación económica, e implicado al mismo tiempo, la transformación de México en una potencia comercial y en un emergente centro internacional de negocios. Y, hoy por hoy, México cuenta con una red de tratados de libre comercio y acuerdos de complementación económica que brindan acceso seguro y preferencial a los mercados de 45 países en

¹⁰ Cfr. Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. *Op. Cit.* P. 31.

¹¹ Vid. Medina Romero, Miguel Ángel. 2006. *Consideraciones Teóricas y de Evidencia Empírica en torno a las Relaciones entre el Crecimiento Económico, el Comercio Exterior y su Marco Jurídico-Institucional en México, 1899-2005. Un Estudio Económico-Jurídico. Tesis de Maestría. Programa académico de Maestría en Ciencias en Comercio Exterior.* Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



diversas regiones del planeta (América del Norte, América Latina, Europa y el Medio Oriente), que representan más del 60% del producto mundial. Y, debido a ello, la economía mexicana es, actualmente, la que más tratados comerciales posee en comparación con el resto de economías del mundo.

Desde 1993 a la fecha, el Estado mexicano ha suscrito doce tratados de libre comercio: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (1993), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela (TLC G3) (1995), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica (1995), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia (1995), Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua (1998), Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos (1999), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea (2000), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel (2000), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Guatemala, el Salvador y Honduras (Triángulo del Norte) (2001), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (2001), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Uruguay (2004) y Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón (2005). (Ver Tabla 1 y Cuadro 1, en el Anexo). Y, estos tratados proporcionan el marco jurídico que regula entre México y esas naciones el intercambio de bienes y servicios, la inversión, la protección a la propiedad intelectual y la solución de controversias, por mencionar algunos.

Los TLC's se firmaron con el propósito de aumentar el intercambio entre la economía mexicana y las del resto del mundo, para dotar de certidumbre jurídica a la inversión productiva, para elevar la eficiencia del aparato productivo nacional, para proteger los intereses de los productores domésticos en mercados extranjeros, para brindar a los consumidores mayor variedad y calidad en sus elecciones de compra. Por tanto, la certidumbre que brindan los tratados y acuerdos ha permitido incrementar el comercio y los flujos de inversión extranjera directa, lo que se ha traducido, al tiempo, en generación de empleos, transferencia de tecnología, oportunidades de exportación directa e indirecta a través de cadenas de proveedores y capacitación para trabajadores.

Así, con los TLC's, como parte total de las fuentes externas del marco jurídico del comercio exterior mexicano, el comercio exterior en general, y las exportaciones en particular, representan el sector más dinámico de la economía mexicana y el primer generador de empleos pues, en los últimos años, las ventas al exterior han aportado más de la mitad del crecimiento del PIB nacional.¹² Y, en abono a este planteamiento, también hay

¹² Cfr. Secretaría de Economía. 2002. *Op. Cit.*



que apuntar que los contextos de desaceleración económica mundial, coyunturales, antes de inducir la idea de que debe dejar de mirarse hacia fuera y volcar la economía hacia el mercado doméstico, dan cuenta de la necesidad de acelerar la implementación integral de las políticas de comercio e inversión exteriores. Y, es que, la política de apertura comercial, y en particular el TLCAN, fueron factores fundamentales que le permitieron a México recuperarse de la crisis económica de 1995, por ejemplo.¹³ Y ello demuestra que la inserción del Estado mexicano a la economía global ha sido paulatina, como parte de proceso de liberalización.

Apunte Final

El soporte teórico de los acuerdos comerciales entre países descansa en que el libre comercio, por multiplicar (dimensión cuantitativa, o sea, más oferta) y mejorar (dimensión cualitativa, o sea, menores precios y mayor calidad) las opciones de consumo, favorece a los consumidores, y no necesariamente a costa de los productores nacionales, a quienes el libre comercio, con la competencia que trae consigo, obliga a volverse competitivos o a desaparecer, desaparición que da como resultado la liberación de factores de la producción, sobre todo del trabajo, que se emplearán en las actividades más productivas, lo cual resulta positivo, con la vista puesta en el largo plazo y en sus efectos generales. La contraparte del libre cambio, el proteccionismo comercial, por eliminar o limitar la competencia que las importaciones traen consigo, beneficia temporalmente a los productores nacionales a costa de afectar a los consumidores. Sin embargo, el actual contexto de integración y globalización que vive el mundo, exige constantemente que las naciones, en aras de su progreso económico, adopten esquemas de apertura comercial.

Desde una visión jurídico-económica, las negociaciones comerciales, y en particular los tratados de libre comercio, son un pilar dentro de la estrategia económica de México que permiten enfrentar con éxito la creciente competencia mundial, y asegura un crecimiento económico sostenido en el corto y largo plazos. Por lo tanto, se concluye, pues, que los acuerdos comerciales constituyen una piedra angular -necesaria e ineludible- de la estrategia de México para enfrentar y aprovechar los beneficios de la globalización.

¹³ Cfr. *Idem*.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Referencias

- Espinosa, Enrique; Beatriz Leycegui, y Rafael Fernández de Castro. (Coordinadores). 2000. *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México.
- Walters, Robert S., y David H. Blake. 1992. *The politics of global economics relations*. 4a. Edición. Englewood Cliffs. New Jersey. Prentice Hall. E.U.A.
- Fix Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 1993. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Globalización del Derecho. Una visión desde la Sociología y la Política del Derecho”. En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie I. Estudios de Derecho Económico. No. 22. México.
- Centro de Información para la Prensa (CIP). 2006. *Iniciativa para las Américas*. Cuba. En: http://www.cip.cu/webcip/eventos/cumbre-ibero/dat_grales/inf-suplem/c-0196.html.
- Medina Romero, Miguel Ángel. 2006. *Consideraciones Teóricas y de Evidencia Empírica en torno a las Relaciones entre el Crecimiento Económico, el Comercio Exterior y su Marco Jurídico-Institucional en México, 1899-2005. Un Estudio Económico-Jurídico. Tesis de Maestría. Programa académico de Maestría en Ciencias en Comercio Exterior*. Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- *Secretaría de Economía*. 2002. En: <http://ww.se.gob.mx>. México.



Anexo

Tabla 1. Los Tratados de Libre Comercio de México, 1993-2005

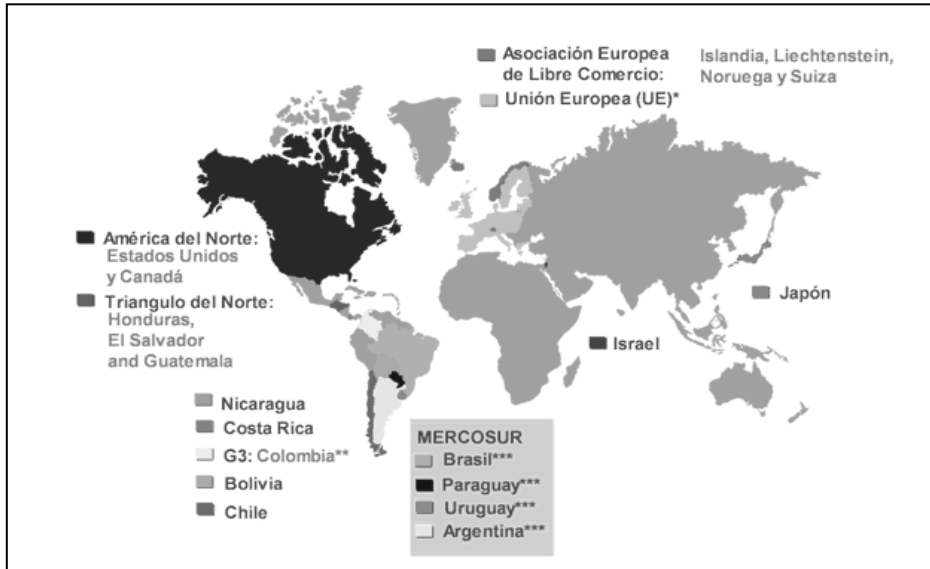
Tratado	Países	Publicación D.O.F.	Entrada en vigor
TLCAN	Estados Unidos y Canadá	20 de diciembre de 1993	1 de enero de 1994
TLC-G3	Colombia y Venezuela *	9 de enero de 1995	1 de enero de 1995
TLC México - Costa Rica	Costa Rica	10 de enero de 1995	1 de enero de 1995
TLC México - Bolivia	Bolivia	11 de enero de 1995	1 de enero de 1995
TLC México - Nicaragua	Nicaragua	1 de julio de 1998	1 de julio de 1998
TLC México - Chile	Chile	28 de julio de 1999	1 de agosto de 1999
TLCUEM	Unión Europea	26 de junio de 2000	1 de julio de 2000
TLC México - Israel	Israel	28 de junio de 2000	1 de julio de 2000
TLC México - TN	El Salvador, Guatemala y Honduras	14 de marzo de 2001	15 de marzo de 2001 con El Salvador y Guatemala y 1 de junio de 2001 con Honduras.
TLC México - AELC	Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza	29 de junio de 2001	1 de julio de 2001
TLC México - Uruguay	Uruguay	14 de julio de 2004	15 de julio de 2004
AAE México - Japón	Japón	31 de marzo de 2005	1 de abril de 2005

*A partir del 19 de noviembre de 2006 en el TLC del G-3 participan sólo México y Colombia

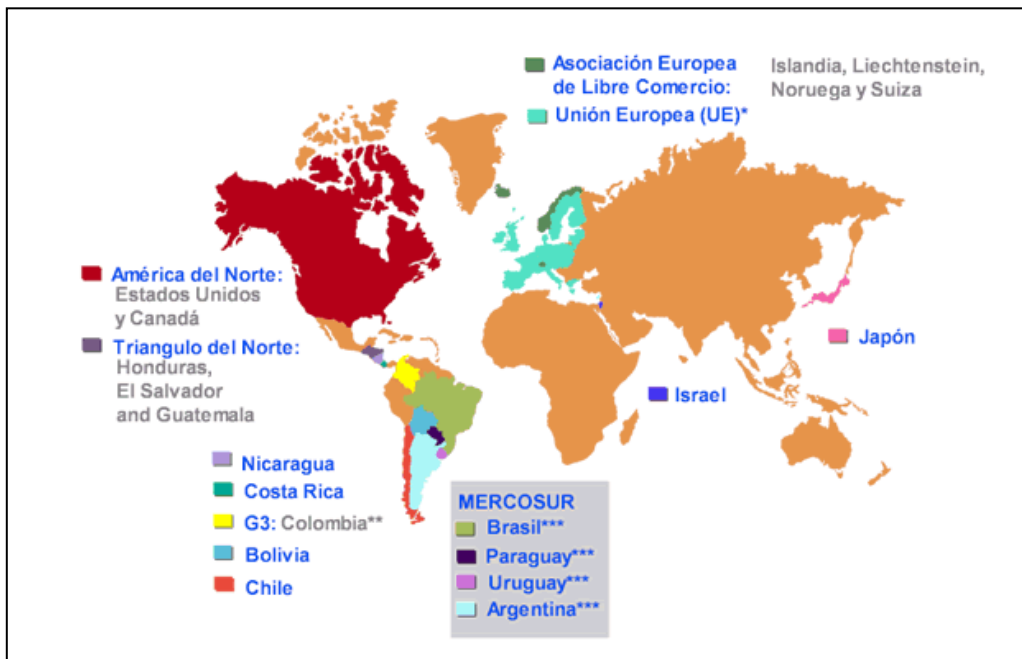
Fuente: Secretaría de Economía.



Cuadro 1. Geografía del Libre Comercio de México



Fuente: *Idem*. Tabla 1.





I

Teletrabajo, Integración Social y Seguridad Social: la Estrategia europea frente al debilitamiento del Estado del Bienestar

M^a. Eva López Ramos

Teresa Da Cunha Lopes

En la Sociedad del Conocimiento y de la Información (S.C.I.) es evidente el debilitamiento de la posición del ciudadano que supone el hecho de que las fronteras estatales sean inexistentes en el contexto de la nueva Telepolis. Ahora bien, como contrapartida en clave positiva destaca el hecho de cómo la internacionalización de los derechos y de sus mecanismos de protección ha servido para que la soberanía estatal deje de ser utilizada como pretexto para considerar a la protección de los derechos únicamente como un asunto interno de cada Estado. Si en la dinámica de integración internacional de los Estados, los centros de poder y efectiva toma de decisiones se alejan cada vez más del ciudadano, éste tendrá, a su vez, una mayor dificultad para reclamar y hacer valer de modo efectivo sus derechos y libertades.

Esta fragilidad se acentúa en el campo de los derechos laborales y de la integración social, en un momento en que la jurisprudencia globalizada es inexistente o escasa y los mecanismos coactivos de aplicación de las normas convenidas en los diversos tratados internacionales en la materia, virtualmente ausentes.

La emergencia de lo que llamamos la sociedad de la información vino alterar, en profundidad, el contexto en que se inscribían anteriormente las políticas y las prácticas de protección social. Como hemos referido en un trabajo anterior, la inclusión por vía del vínculo de trabajo se ha fragmentado en la S.C.I y nuevos fenómenos de exclusión social emergieran, bien diferentes de las situaciones resultantes del antiguo riesgo de pérdida involuntaria del salario. Existen ahora múltiples riesgos socialmente producidos, por las prácticas de outsourcing y por el teletrabajo, que llevan algunos autores a hablar de una “nueva cuestión social”, frente a la cual los anteriores métodos de “gestión de lo social” serían inadecuados. Otros, optan por referir la obsolescencia de los seguros sociales, argumentando en favor de una redistribución reforzada, a la manera escandinava. La acta



de defunción pasada a los seguros sociales es, sin embargo, precipitada ya que estamos en el momento de pasaje del paradigma de la protección de un sólo riesgo de pérdida del salario a un nuevo paradigma multi-riesgos, siendo necesarias respuestas más complejas, sin que, por esa razón, se deba abandonar la base de la seguridad social.¹ En el contexto de la UE, esta base es sin duda, *beveridgiana*.

Con efecto, uno de los elementos característicos y definidores del espacio europeo ha sido lo que llamamos el Estado del Bienestar.

El consenso sobre el que reposó el Estado de Bienestar se rompió a mediados de los años 70 del siglo XX. Desde entonces, se han producido cambios económicos, tecnológicos, sociales e ideológicos que han llevado a cuestionar su viabilidad. Incluso se ha llegado a mantener que se trata de un modelo insostenible. El estancamiento de la economía en 1973, con sus consecuencias de paro e inflación, fue el primer detonante de su cuestionamiento. Es obvio que el desempleo plantea un problema de financiación al aumentar los gastos sociales y disminuir los ingresos. El cambio a la economía del conocimiento y la digitalización de procesos, el segundo, al transformar el “obrero”, “empleado” o “funcionario” en un “empresario por cuenta propia”, excluido de la estructura habitual de la seguridad social.

La mundialización de la economía es otro de los factores que impone límites a las políticas de bienestar. La apertura de las fronteras al comercio internacional aumenta la competitividad. Los países que asumen costes de protección social más bajos poseen mayores ventajas para competir en los mercados mundiales, lo que genera presiones tendentes a reducirlos. Las diferencias de los costes laborales se han podido mantener debido, en parte, a la distinta calificación de los trabajadores y a la calidad de los productos entre los países, distinción que se elimina en el campo de los servicios que pueden ser digitalizados y, por lo tanto, prestados a distancia. La eliminación de los controles sobre el capital permite la movilidad de éste. La Sociedad de la Información y la Economía del Conocimiento permiten la movilidad virtual de las cadenas de producción. La capacidad de los gobiernos para gravarlo se reduce, la capacidad del Estado para proteger al trabajador se diluye. La autonomía estatal para establecer políticas de empleo también disminuye. Los Estados se ven obligados a favorecer la entrada de capital a fin de satisfacer las demandas

¹ Un partidario de esta perspectiva, Pierre Rosanvallon, afirma ser los “antiguos mecanismos productores de solidaridad”, basados en el sistema de seguros sociales, en proceso de desagregación “de forma probablemente irreversible” (P. Rosanvallon, *La Nouvelle Question Sociale*, Seuil, 1995). Esta visión lleva a la conceptualización de un nuevo paradigma de protección pública basado en contratos de inserción que incluyen “obligaciones positivas” de los beneficiarios de aquella a respecto del empleo y de otras formas de integración social, que suplantaría el providencialismo pasivo del Estado del Bien-Estar *beveridgiano*. Si el diagnóstico es interesante, la conclusión es decepcionante por el énfasis dado a los modelos de protección mínima garantizada, focalizados en los sectores sociales en riesgo de exclusión. Las respuestas articuladas a la gama diversificada de nuevos riesgos y eventualidades a las que están expuestas las “mayorías” sociales pasa por la revalorización de la responsabilidad y de los intereses individuales, conjugando este último con el interés común en fórmulas más flexibles de seguridad social y de compartición de riesgo entre particulares, bien como la renovación del nexo generacional según las nuevas estrategias de envejecimiento activo.



de trabajo, lo que les impulsa a establecer condiciones ventajosas a la inversión, entre ellas la reducción de los impuestos sobre las sociedades y las rentas del capital.

La economía postindustrial se caracteriza por una capacidad de crear empleo que depende de los servicios y por una mano de obra que necesita flexibilidad para la inserción en el mercado de trabajo. Tal, supone una trayectoria laboral menos estable. Antes, las prestaciones se concentraban, sobre todo, en el periodo de la infancia y de la vejez. Por el contrario, en la economía postindustrial, los riesgos surgen en la fase activa del ciclo vital. El desarrollo del sector servicio, ya sea por la escasez de los espacios rentables para el capital o bien por el aumento de su demanda, puede ser otra de las razones que presionen a favor de la privatización de los servicios públicos, de los procesos de outsourcing de los mismos y, en último caso, del debilitamiento del Estado del Bienestar.

La modificación de la estructura laboral se aduce, entonces, como otro cambio más. Mientras que, en el siglo anterior, las condiciones de trabajo y el consumo eran más homogéneos, en la actualidad las nuevas transformaciones tecnológicas, y la virtualización del trabajo originan una estructura laboral más fragmentada, caracterizada por un amplio grupo de profesionales cualificados en los niveles superiores.

Esa diversidad profesional no se adecua a la aplicación de prestaciones universales ni éstas satisfacen las necesidades de la clase media. Se argumenta, además, que una manifestación de la presunta crisis del Estado de Bienestar es fruto del declive del movimiento sindical y de los partidos políticos, tradicionalmente de izquierda, defensores de la protección social.

Por último, es necesario considerar también los cambios ideológicos. La distribución de la renta, la igualdad o la seguridad han cedido su lugar a otros valores postmateriales, tales como la defensa de los derechos humanos, de la paz, del entorno o la igualdad de género. Es indudable que el neoliberalismo adquirió predominio a finales del siglo XX, frente a otras corrientes liberales partidarias de la responsabilidad estatal en la provisión de los bienes sociales.

En definitiva, el Estado de Bienestar se encuentra sometido a una crisis estructural cuya evolución aboca a su desmantelamiento, según las interpretaciones vinculadas a la ortodoxia liberal, o bien a un nuevo modelo más acorde con las actuales condiciones económicas y sociales, según otras interpretaciones.

Ahora bien, el Modelo Social Europeo, siendo un particularismo regional datado, no sobrevivirá sin alteraciones profundas, frente a la competitividad en la Unión alargada y en una economía global electrónica. Por esta razón, los Gobiernos de la UE lanzaron, a



partir de la Cumbre de Lisboa (en el 2000), un proceso de “coordinación abierta”² de las políticas sociales de los Estados miembros, con el objetivo de integrar las reformas de la protección social a la estrategia global de desarrollo de la competitividad de la economía europea, basada en el conocimiento, para el periodo 2000-2010. La idea rectora, es ahora, la generalización de forma articulada (*streamlining*) de las acciones emprendidas en materia de inclusión social y de sistema de jubilaciones y, a su debido tiempo, de los cuidados de salud y de las medidas para transformar el trabajo en un proceso compensador.

Los grandes objetivos de la modernización de los sistemas europeos de protección social están definidos por el Consejo Europeo desde 1999.

Se pretende una protección social “fomentadora” del empleo, reformando los sistemas fiscales y de prestaciones sociales para combatir los “frenos” al empleo, que resultan de los beneficios demasiado generosos del paro y de la inactividad. Se habla de un seguro de “empleabilidad”, que substituirá el actual paro, y se preconiza la transición flexible de la vida activa a la jubilación³.

La realización de estos objetivos globales está a ser impulsada por el arriba citado proceso de *streamlining*, o sea, la creación de un cuadro integrado para la cooperación en el campo de la protección social, articulando las políticas sociales en el gobierno de las economías de la Unión⁴. Es temprano para evaluar las perspectivas de este proceso, importa tener presente que el fue lanzado en 2000, coronando una década que parecía como definitivamente orientada para la superación de las dificultades anteriores.

Entre “Estado del Bienestar” y compartición de riesgos con los particulares, la protección social del futuro, en especial en la Europa Comunitaria, se confronta con la opción de soluciones que contraríen los excesos anteriores del estado providencia. Existe un fuerte riesgo de “guerra de generaciones” en la medida en que jubilados actuales, jóvenes inactivos, o en inicio de actividad, y activos mayores entren en colisión, buscando los unos y los otros recuperar o sustentar posiciones de privilegio relativo en la sociedad. Coligaciones entre generaciones pueden desarrollarse, de forma más o menos duradera, que marginalizem alguna de ellas.

La alternativa a que la historia nos obliga es la de avanzar para un nuevo pacto social, reestableciendo u justo equilibrio de expectativas y de beneficios para todos.

² Lo que supone la adopción de líneas de orientación para la Unión, el involucramiento de los actores sociales, la calendarización de medidas a tomar, al nivel de los Estados miembros, y la monitorización del progreso a través de indicadores adecuados y de *benchmarking*.

³ Comisión Europea, *Modernizar e Melhorar a Protecção Social na União Europeia*, COM (97) 102 final.

⁴ Comisión Europea, *Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection*, CE, COM (2003) yyy final.



El derecho económico mexicano y el orden público económico global.

.Ma. Teresa Montalvo Romero

Sumario: 1. Conceptos Generales. 2. Los nuevos sujetos económicos.
3. La inversión extranjera. 4. El derecho de la competencia.
5. Reflexión final.

1.- Conceptos generales

Actualmente nuestro país al igual que la mayoría del mundo se encuentra atrapado dentro de lo que conocemos como fenómeno global o globalización,¹ lo que ha generado

¹ Varios autores han señalado diversos conceptos, mencionaremos algunos:

“la globalización es el resultado de las políticas económicas nacionales determinadas por motivos muy diversos como fueron las circunstancias adversas derivadas del agotamiento de la fase expansiva del ciclo económico de la posguerra mundial, el inevitable ajuste de los sistemas productivos a las nuevas condiciones del abastecimiento energético, o la toma de conciencia sobre la finitud de determinados recursos naturales que cuestionaban el sostenimiento del sistema. Se buscó en la economía internacional soluciones a los problemas del empleo y el crecimiento económico, rompiendo la perspectiva de la economía nacional, dominante, creando nuevas condiciones para la acumulación” GARCÍA DE LA CRUZ José Manuel “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005. P. 55

“Es la creciente integración de economías y sociedades, en todo el mundo, mediante un sistema complejo que afecta a las poblaciones, a los individuos en aspectos diversos de su propia vida” TRIGO CHACON, Manuel, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, España, p. 61.

“La globalización significa la aparición de procesos sociales que se desarrollan fuera de las coordenadas de organización temporal y espacial que conlleva el Estado moderno” LÓPEZ AYLLÓN Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México 1997, p. 50

“La globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios.” BECK Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, España, 1998. p.29

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



una serie de cambios que impactan la estructura tradicional del Estado y en especial al orden jurídico interno.

El Derecho Económico², como parte del derecho mexicano, también ha tenido que adaptarse a las nuevas necesidades sociales y económicas, surgidas principalmente de la creación de las zonas comerciales entre diversos países.

Así durante el siglo XX los Estados ampliaron progresivamente sus responsabilidades en el campo de la política económica y social o, como también es posible afirmar, en las políticas generales del desarrollo.

Los avances jurídicos en materia de planificación y la producción legislativa de contenido económico de los últimos años señalan que existe la necesidad de desarrollar el Derecho Económico como instrumento que lleve a cabo la democracia económica establecida en el artículo tercero constitucional, entendida aquella como una técnica que racionaliza el instrumental jurídico-administrativo del gobierno federal que coordina esfuerzos con las entidades federativas, y que concierne con los particulares y sectores sociales, acciones y tareas de desarrollo económico, social y cultural del pueblo. Son varios los autores que desarrollan esta teoría tales como: Hugo Rangel Cuoto, Marcos Kaplan, Víctor Blanco Fornieles, entre otros.

Los preceptos constitucionales 5, 11, 25, 26, 27 y 28 impiden que el Estado tenga una actitud pasiva o neutra frente a los procesos del desarrollo, como responsable que es de la organización política, económica y social del país; y de ahí la necesidad de revisar el marco jurídico para un eventual replanteamiento de las nuevas necesidades del país.

Por todo lo anterior el Derecho económico juega un papel fundamental en el desarrollo y crecimiento del Estado mexicano, pero junto con el crecimiento y avance de esta área del derecho de manera interna, se desarrolla un nuevo orden público económico global, entendiéndose por este, el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económico presentes en la sociedad, que permite a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus

“La globalización es el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional” MORENO, Isidoro, “Mundialización, Globalización y Nacionalismo: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, Estado constitucional y globalización, Porrúa, México, 2001, p.70

² Es el conjunto de reglas, normas o principios que regulan la actividad económica, a los sujetos que la llevan a cabo, dentro y fuera del Estado y las relaciones comerciales internas y externas de este, independientemente del sistema económico establecido. MONTALVO ROMERO, Ma.Teresa, *El nuevo Derecho Económico en el contexto de la Globalización*, Arana, Xalapa, Veracruz, México, 2005, p. 22



garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.

Es aquí donde encontramos la problemática entre el derecho económico mexicano y el nuevo orden económico global, ya que se hace necesario hacer compatibles la legislación nacional con la internacional, con la finalidad de evitar conflictos jurídicos, en donde sea incierta la aplicación de la ley por los fenómenos de extraterritorialidad y desterritorialidad surgidos del proceso de globalización actual.

A su vez se requiere el estudio del papel del Estado como sujeto principal de derecho económico internacional en el fenómeno global, pero sobre todo como sus funciones así como sus obligaciones, se han ido modificando para adaptarse a los nuevos requerimientos globales, consecuencia principalmente de la formación de regiones o bloques económicos a través de la firma de instrumentos jurídicos internacionales y como esto trae aparejada la aparición de nuevos agentes económicos y la modificación de las funciones de los ya existentes.

En la evolución histórica de la sociedad actual ha habido una interacción entre los cambios económicos y las instituciones del derecho, mismos que han modificado la función del Estado en su concepción tradicional,

“La intervención del Estado amplió la gama de los instrumentos a su disposición, desde los impuestos y los gastos públicos a las empresas de titularidad pública, de la reserva del mercado nacional para los productores nacionales, con medidas comerciales proteccionistas, al control de movimientos de capitales, desde la intervención directa de los bancos centrales en la determinación de los tipos de cambio de las monedas nacionales a la fijación de tipos de interés de referencia para la banca privada, etc. Igualmente, las políticas públicas contribuyeron a consolidar un sistema de protección social tratando de compatibilizar la eficiencia del comportamiento de los agentes privados en el mercado con el objetivo de equidad, atribuido a la intervención del Estado. La universalización del acceso a la enseñanza y a la sanidad, junto a las diversas políticas de protección social, fueron los mecanismos más comúnmente empleados en pos de una sociedad más equitativa y cohesionada socialmente”³.

Por lo anterior, existen ciertos temas jurídico-económicos que es necesario estudiar por que son los que marcan la pauta para poder coordinar el derecho económico tradicional mexicano y el nuevo orden público global.

En esta ocasión hablaremos brevemente y plantearemos la problemática de tres de ellos, los nuevos sujetos económicos, la inversión extranjera y el derecho de la competencia.

³ GARCÍA DE LA CRUZ, “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005. P. 67.



2.- Los nuevos sujetos económicos

En materia económica las personas físicas y morales particulares, además del Estado, son los que actúan como agentes económicos en general en la producción, distribución, circulación y consumo de los bienes y servicios. Sin embargo en los tiempos actuales esos sujetos se han ido modificando, haciendo partícipes sobre todo a las grandes empresas privadas transnacionales o multinacionales y a la vez disminuyendo la participación del Estado como agente económico.

Podemos identificar en el proceso global tres sujetos: El Estado,⁴ los empresarios u agentes particulares,⁵ los consumidores.⁶

De manera particular a las empresas transnacionales han empezado a ocupar un lugar preponderante, tradicionalmente funcionaban principalmente en la esfera de la actividad productiva pero recientemente se ha producido un cambio significativo consistente en su ingreso por diversas vías en la actividad puramente financiera, es decir en la actividad consistente en obtener rentas directamente del dinero, sin realizar actividades productivas.

Por lo tanto ahora hay que estudiar a las empresas transnacionales también como especuladores financieros y ciertamente como empresas que realizan actividades productivas en las esferas más diversas: desde la extracción y producción de materias primas hasta la prestación de toda clase de servicios, pasando por la producción de una gran diversidad de bienes de consumo inmediato como los alimentos, bienes durables como automóviles, etc., sin olvidar que también desempeñan un papel muy importante en la investigación en todos los órdenes, especialmente en la tecnología avanzada: electrónica, ingeniería genética, etc.

Lo anterior genera una competencia entre mercados de trabajo locales, regionales y nacionales, a decir de Eduardo Faria⁷, este tipo de competencia no sólo revela el grado que ha alcanzado el traslado del poder de decisión desde el Estado-nación al mercado, sino también el sentido y alcance de la desterritorialización y fragmentación de éste.

⁴ El Estado como tradicionalmente se le conoce es el conjunto de individuos, situados en un determinado territorio, ordenado bajo un orden jurídico y representados por un conjunto de ciudadanos llamados gobierno.

⁵ Con el paso del tiempo, la empresa se torna más compleja, a tal punto que sustituye al comerciante y se erige en el nuevo centro del enfoque jurídico patrimonial, surgiendo así el denominado Derecho empresarial o Derecho de la Empresa, distinto a toda otra disciplina.

⁶ Son las personas físicas, jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes, productos, servicios o actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Art. 2 de la Ley Federal de Protección al Consumidor

⁷ FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, España 2001.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Señala el autor que el poder de las transnacionales consiste en el control de los recursos productivos y su capacidad para tomar decisiones sobre tales recursos, las maquinarias estatales son lugares importantes, pero están lejos de ser los únicos.

Las decisiones del sistema financiero internacional en materia de inversiones externas directas y de definición de sectores, áreas y regiones prioritarias para la recepción de recursos, se transforman en una forma de poder sin una localización precisa, para Faria este poder se transforma en fundamento último de la soberanía, con relación a las políticas económicas de los Estados-Nación.

Un ejemplo de las consecuencias que estas empresas han ocasionado en el ámbito jurídico, lo es la *lex mercatoria*, que constituye un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional.

En este contexto global y de acuerdo a las nuevas actividades que nacen de la globalidad, los actores cambian tomando el papel principal las empresas transnacionales y multinacionales.

“La globalización no solamente ha debilitado la capacidad de intervención del Estado-nación, también ha afectado al funcionamiento de las instituciones multilaterales que nacieron, precisamente acompañando a la intervención pública en la economía. Por lo tanto, la redefinición de los campos de actuación del Estado-nación no puede aislarse de la reforma del funcionamiento de las organizaciones internacionales, e incluso su sustitución por otras que incorporen nuevos objetivos e instrumentos y que integre la relación de la economía con otros elementos de la vida social y, por qué no, con el medio físico.”⁸

3.- La Inversión extranjera

El marco legal que acompaña a la inversión extranjera ya sea dentro del orden jurídico interno o en el externo debe ser acorde con la situación y realidad de cada uno de los países miembros y minimizar los obstáculos relacionados con la administración y operatividad que conlleva la inversión.

Por lo cual existen diversas propuestas para eficientar el marco de la inversión extranjera:

⁸ GARCÍA DE LA CRUZ, “La globalización económica”, *Sistema Económico Mundial*, Thomson, Madrid, España, 2005. Pp. 71-72.



- Claridad y transparencia hacen predecibles y ágiles los procesos de selección de la inversión, reduciendo costos internos de inversión para las compañías mexicanas y la economía nacional.
- El nivel de eficiencia.
- La continuidad de los negocios, requiere de un medio ambiente claro, consistente y con seguridad jurídica.
- Claridad en la normatividad para la inversión extranjera que permita rentabilidad para los accionistas ahora y en el futuro.⁹

El porcentaje permitido para la inversión extranjera, va creciendo paulatinamente, y en algunas materias ya es del 100% el fundamento para ampliar el porcentaje para la inversión extranjera en México se encuentra en el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la inversión extranjera.

Existen en nuestra constitución en su artículo 28 áreas estratégicas en las cuales solamente el Estado puede invertir, generando una barrera para la inversión extranjera, aunque muchas de estas áreas están siendo ya privatizadas, otras generan limitantes a la a la misma¹⁰.

Dentro de estas áreas se encuentran materias tan importantes como las comunicaciones en las cuales el Estado ya no es capaz de ofrecer con eficiencia algunos de estos servicios y un ejemplo lo constituye el servicio de correo y telégrafos.

Todo lo anterior cobra mayor importancia, cuando tenemos que aplicar el principio de trato nacional para las inversiones extranjeras, lo cual ha generado una serie de conflictos llevados para su solución al Centro internacional para la resolución de disputas en materia de inversión (CIADI), el cual establece reglas y principios en materia de arbitraje internacional.

En nuestro país estas materias son relativamente nuevas, pero sobre todo, es a partir de su inclusión en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que comienzan a

⁹ JOHN, David, “Un caso de inversión en México”, Entorno, Confederación Patronal de la República Mexicana, año 10, No. 122, Oct., México, 1998, p. 19.

¹⁰ Por una parte el TLCAN promueve la inversión extranjera, otorgando todo tipo de garantías y facilidades para la misma y al mismo tiempo la Constitución Federal la limita.



tener repercusiones en la economía interna, y aparecen las contradicciones entre las normas internacionales y las normas mexicanas.

4.- El Derecho de la Competencia

La regulación económica tiene como fin servir de instrumento no para sustituir al mercado, sino para servir a este, en el entendido de que para que un orden económico no sea intervencionista, la regulación debe ser hecha conforme al mercado, es decir, debe ser una regulación pensada en favorecer el desenvolvimiento de los mercados de bienes y servicios, que no tenga la finalidad de alcanzar objetivos de carácter político.

De estas nuevas corrientes surge el denominado Derecho de la Competencia que debe entenderse como “la rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercado”¹¹

Como precedentes a las disposiciones en materia de competencia en general encontramos principalmente dos: la Ley Sherman y la Ley Clayton, ambas estadounidenses pioneras en el derecho de la competencia.

La Ley Sherman es una ley para la protección del comercio que pretende controlar situaciones de concentración de poder económico prohibiendo la adopción de acuerdos restrictivos de la competencia y prohibiendo actuaciones monopolizadoras del mercado.

La Ley Clayton aborda las posibles deficiencias de la Ley Sherman prohibiendo conductas no recogidas como la discriminación de precios, etc., suplementando la legislación anterior contra restricciones legales y monopolios.

Hasta 1992 en nuestro país habían existido una serie de leyes que regulaban el proceso de competencia dentro de los mercados como por ejemplo: la Ley Orgánica Reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de monopolios de 1934, la Ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica de 1950, la ley de industrias de transformaciones de 1941 y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos de 1937.

Debido al incremento de transacciones comerciales en que nuestro país se ha visto involucrado en las últimas dos décadas y toda vez que en las más de las veces, la legislación que regulaba la competencia económica en México hasta antes de 1992 había

¹¹ WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, UNAM-FCE, Chile, 2002, p. 20.



Desde la época en que la letra muerta surgió la necesidad de contar con un marco regulatorio específico y eficiente que protegiera el proceso de competencia y libre concurrencia, si es que el país quería seguir atrayendo la inversión extranjera.

Por tales motivos entre otros, el Congreso de la Unión aprobó en diciembre de 1992, la iniciativa del ejecutivo Federal para expedir una nueva Ley de Competencia Económica y abrogar las anteriores.

La nueva LFCE se publicó en el diario oficial de la federación de 24 de diciembre de 1992 y entro en vigor el 22 de junio de 1993. En dicha ley se creó a la Comisión Federal de Competencia como organismo autónomo encargado de aplicar la ley.

Así con la expedición de la nueva LFCE y la entrada en funciones de la comisión, se inauguro una nueva etapa de la política de competencia en México.

De esta forma, a través de la creación de un organismo autónomo encargado específicamente de tutelar el proceso de competencia y libre concurrencia y de la promulgación de una ley específica en materia de competencia económica, se hace manifiesta la presencia de la eficiencia en una rama del derecho mexicano al ajustar nuestro orden jurídico a las necesidades actuales.

Se pueden distinguir dos corrientes opuestas que le asignan distinto valor a la política de competencia y esto depende del tipo de sistema económico que se desarrolle en los Estados.

La primera corriente se basa en la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de la actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota del mercado posible ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause un perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado.

La segunda corriente le atribuye a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que, en una democracia todos los ciudadanos tienen derecho a participar a través de diversos medios en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota del poder económico¹²

¹² GINEBRA SERRABOU, Xavier, “las alianzas estratégicas o joint Ventures y el Derecho de la Competencia” Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 21, año 21, Escuela Libre de Derecho, México 1997, Pp. 193-195.



La Ley Federal de Competencia Económica mexicana se circunscribe en el marco de la rectoría económica del Estado y tiene su fundamento en el artículo 28 y en la fracción XXIX-E del artículo 73 constitucionales.

En el artículo 1° de la ley se establecen los ámbitos material y espacial de aplicación que la autoridad debe atender al sancionar prácticas en contra del mercado: “la presente ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la república y aplicable a todas las áreas de la actividad económica”

El artículo 2° de la ley señala el objeto de la misma que consiste en “proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”.

La ley establece una regulación igualitaria, que solamente está sujeta a las excepciones que la propia constitución determina. En efecto, todos los agentes económicos se encuentran sujetos a sus disposiciones, sin importar que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

Por lo tanto las normas de competencia económica deben tener los siguientes aspectos:

- 1.- garantizar el suministro del bien o servicio de acuerdo con la naturaleza del mercado
- 2.- establecer los niveles apropiados de relación calidad-precio derivados de un proceso efectivo de libre concurrencia con libertad de competir.

5.- Reflexión final

Como se ha señalado, la globalización ha ocasionado una serie de consecuencias que se han visto reflejadas en cambios significativos en el campo jurídico, a través de políticas de privatización y desregulación que transforman significativamente al Estado, en este contexto no se trata solamente de un cambio de agentes sino de un cambio de régimen en el que lo privado se extiende hacia lo social y hacia lo público.

Pero la privatización significa también desnacionalización en la medida en que la iniciativa privada carece del poder económico suficiente para abarcar lo privatizado; en cambio, las grandes empresas transnacionales aumentan sus participaciones en los sectores más importantes de la economía, afectando en consecuencia el principio del nacionalismo económico.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



La desregulación como gestión que tienda a la creación de un derecho eficiente pone en tela de juicio los fundamentos del orden y el interés público.

Dentro del Derecho Económico se tiende al cambio del orden público económico, tratando de equiparlo y de transformarlo a un concepto mucho más amplio como el de Constitución Económica, ya que el orden económico es parte plena del orden político a nivel constitucional, entendido el orden público económico como el conjunto de preceptos jurídicos que tiendan a sistematizar la vida económica del Estado y otorgarle facultades para regularla dándole participación a todos los agentes económicos.

El Derecho económico sin renunciar a la coacción y al *Ius imperium* del Estado, tiene que abrirse a otros enfoques que bajo la característica de eficiencia de la norma jurídica, lo enriquezcan y lo nutran y así dar nacimiento a un derecho de la competencia donde el Derecho Económico como expresión del poder público ordene los mercados con criterios macroeconómicos y el análisis económico del derecho bajo el principio de maximizar tiempo y recursos, busque el equilibrio de los factores económicos con criterios de eficiencia de los agentes protagonistas de la competencia y libre concurrencia.

FUENTES

BECK Ulrich, *¿Qué e* GARCÍA DE LA CRUZ, “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005.

GARCÍA DE LA CRUZ José Manuel “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005.

GINEBRA SERRABOU, Xavier, “las alianzas estratégicas o joint Ventures y el Derecho de la Competencia” Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 21, año 21, Escuela Libre de Derecho, México 1997.

FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, España 2001.

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



JOHN, David, “Un caso de inversión en México”, Entorno, Confederación Patronal de la República Mexicana, año 10, No. 122, Oct., México, 1998.

LÓPEZ AYLLÓN Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México 1997.

MONTALVO ROMERO, Ma.Teresa, *El nuevo Derecho Económico en el contexto de la Globalización*, Arana, Xalapa, Veracruz, México, 2005.

MORENO, Isidoro, “Mundialización, Globalización y Nacionalismo: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, Estado constitucional y globalización, Porrúa, México, 2001.

TRIGO CHACON, Manuel, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, España.

WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, UNAM-FCE, Chile, 2002.

LEGISLACIÓN

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Federal de Competencia Económica

Ier Congreso Internacional Virtual Derecho y Economía en el Siglo XXI

http://www.themis.umich.mx/congresos_virtuales



Editado por : Facultad de Derecho, Universidad Michoacana
Morelia, octubre 2009
Colección Transformaciones Jurídicas y Sociales en el Siglo XXI
No. 5
Coordinadores de la Colección
Hill Arturo Del Río Ramírez
Teresa M.G. Da Cunha Lopes
Maria Teresa Vizcaino López

500 ejemplares

ISBN: 978-0-557-21659-8

© **Derecho y Economía en el Siglo XXI**





Editado por: Facultad de Derecho, Universidad Michoacana
Morelia, octubre 2009
Colección Transformaciones Jurídicas y Sociales en el Siglo XXI
No. 5
Coordinadores de la Colección
Hill Arturo Del Río Ramírez
Teresa M.G. Da Cunha Lopes
Maria Teresa Vizcaino López

500 ejemplares
ISBN: 978-0-557-21659-8
© **Derecho y Economía en el Siglo XXI**

