

Cultura Jurídica
de los Seminarios de la Facultad de Derecho

Número 3, julio - septiembre de 2011



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

UNAM

Dr. José Narro Robles
Rector

Dr. Eduardo Bárzana García
Secretario General

Lic. Enrique del Val Blanco,
Secretario Administrativo

Dr. Héctor Hiram Hernández Bringas
Secretario de Desarrollo Institucional

MC Ramiro Jesús Sandoval,
Secretario de Servicios a la Comunidad

Lic. Luis Raúl González Pérez
Abogado General.

Facultad de Derecho

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director de la Facultad

Lic. José Barroso Figueroa
Secretario General

Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director

Lic. Alberto J. Montero Olmedo
Editor

La Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho es una publicación trimestral editada por la Facultad de Derecho de la UNAM, Av. Universidad No. 3000, Universidad Nacional Autónoma de México, C.U., México DF, 04510, Tel. 5622 82 22 ext. 40808, www.derecho.unam.mx. Diseño de portada: Adonay Eduardo Jaimes García; tipografía y formación: Claudio Vázquez Pacheco; impresión: Creativa Impresores SA de CV. Las ideas vertidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan la opinión de la Institución. El cumplimiento de los lineamientos editoriales de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho es responsabilidad de cada uno de los seminarios.

Consejo editorial

Dr. Juan Manuel Saldaña Pérez
Director del Seminario de Comercio Exterior

Lic. Pedro Noguérón Consuegra
Director del Seminario de Derecho Administrativo

Dr. Manuel Ruiz Daza
Director del Seminario de Derecho Agrario

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Directora del Seminario de Derecho Civil

Lic. Edmundo Elias Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

Lic. Miguel Ángel Vázquez Robles
Director del Seminario de Derecho Fiscal

Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Directora del Seminario de Derecho Internacional

Dr. Alberto Fabián Modragón Pedrero
Director del Seminario de Derecho Mercantil

Dr. José Pablo Patiño Souza
Director del Seminario de Derecho Penal

Mtra. Carina Gómez Fröde
Directora del Seminario de Derecho Procesal

Dr. José de Jesús Ledesma Uribe
Director del Seminario de Derecho Romano

Dr. Porfirio Marquet Guerrero
Director del Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Lic. Pedro Ojeda Paullada
Director del Seminario de Estudios Jurídicos Económicos

Dra. Socorro Apreza Salgado
Directora del Seminario de Filosofía del Derecho

Dr. César Benedicto Callejas Hernández
Director del Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

Dra. Elsie Núñez Carpizo
Directora del Seminario de Sociología Jurídica

Dr. Miguel Ángel Garita Alonso
Director del Seminario de Teoría del Estado

SEMINARIO DE COMERCIO EXTERIOR El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN.	11
<i>Eunice Herrera Cuadra</i>	
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Contenido y retos del derecho administrativo mexicano en el siglo XXI.	33
<i>Sonia Venegas Álvarez</i>	
SEMINARIO DE DERECHO AGRARIO La expropiación de bienes ejidales comunales.	63
<i>Bertha Beatriz Martínez Garza</i>	
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL La cláusula “rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión”	73
<i>José de Jesús López Monroy</i>	
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO El Informe Presidencial	83
<i>Rosa María Gutiérrez Rosas</i>	
SEMINARIO DE DERECHO FISCAL Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales.	99
<i>Margarita Palomino Guerrero</i> <i>María Paulina Sánchez Alonso</i>	
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL En Recuerdo de Nuestros Profesores Dr. Carlos Arellano García, Dr. Gil Gil Massa y Lic. Manuel Rosales Silva	115
<i>María Elena Mansilla y Mejía</i> <i>Carlos Arellano García</i> <i>Gil Gil Massa</i> <i>Manuel Rosales Silva</i>	
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL Medios de impugnación en materia mercantil.	139
<i>Alberto Fabian Mondragon Pedrero</i>	
SEMINARIO DE DERECHO PENAL Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía	151
<i>Juan Andrés Hernández Islas</i>	

Índice

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL Principios procesales en el comercio internacional.	165
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO El Código Teodosiano	185
<i>Sara Bialostosky Barshavsky</i>	
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales	197
<i>Lilia García Morales</i>	
SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS ECONÓMICOS La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos.	215
<i>Maricela Moreno Cruz</i>	
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia y a la nanotecnología	231
<i>Carlos Rodríguez Manzanera</i>	
SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR El caso del maíz como patrimonio biocultural en México	253
<i>Demian Farías</i>	
SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA Derecho a la información y democratización de los medios de comunicación	263
<i>Eduardo López Betancourt</i> <i>Roberto Fonseca Luján</i>	
SEMINARIO DE TEORÍA DEL ESTADO Democracia representativa en el Estado Mexicano	283
<i>Miguel Ángel Garita Alonso</i>	

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN

Eunice Herrera Cuadra*

Sumario: I. Los Paneles Binacionales. II. Autoridades Investigadoras. III. Legislación aplicable. IV. Cumplimiento de las decisiones. V. Algunos casos representativos. VI. Zeroing. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía y otras fuentes consultadas.

Resumen: El artículo analiza la problemática presentada en los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio por el constante incumplimiento de sus decisiones de parte de las autoridades administrativas. En concreto, las causas y los casos de incumplimiento por las autoridades investigadoras de los Estados Unidos.

* Maestra por oposición de la materia Régimen Jurídico del Comercio Exterior en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Seminario de Comercio Exterior

12

I. LOS PANELES BINACIONALES

Los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte han resultado un recurso arbitral de gran utilidad para resolver las controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional surgidas entre las empresas y las autoridades investigadoras de los tres países socios de dicho Tratado.

Este mecanismo consiste en la revisión realizada por un tribunal de tipo arbitral conformado por cinco miembros, nacionales de los dos países en controversia, sustituyendo a la revisión judicial del país importador. Algunos autores han ubicado a los Paneles Binacionales del Capítulo XIX como órganos arbitrales en estricto sentido, y otros como cuerpos revisores *sui generis*.

El Artículo 1904.2 del TLCAN señala que uno de los países socios del TLCAN puede solicitar que un panel revise, con base en el expediente administrativo, una resolución final¹ que imponga cuotas compensatorias,²

¹ Cada uno de los tres países definió en el Anexo 1911 del TLCAN lo que se considera resolución final para efectos de la revisión ante un Panel Binacional. Por ejemplo, la resolución resultante de una revisión quinquenal entra en el espectro de revisión de los Paneles cuando haya sido emitida por la autoridad canadiense o estadounidense, más no cuando haya sido dictada por la autoridad mexicana.

² En México se denomina “cuotas compensatorias” por igual, sin distinguir si es producto de una investigación antidumping o por

ya sea por discriminación de precios (*dumping*) o por subvenciones, emitida por una autoridad investigadora competente del país importador,³ para determinar si dicha resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en la materia.

Las disposiciones jurídicas que debe utilizar el Panel en su criterio de revisión son las leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal del país importador podría basarse en ellos para revisar la resolución final en cuestión. El Panel también debe aplicar los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal del país importador aplicaría para revisar la resolución. Es decir, el Panel debe basar su revisión en la legislación, práctica administrativa y precedentes judiciales del país en el que se emitió la resolución final que será revisada. El criterio de revisión aplicable para cada país se encuen-

subvenciones. En el sistema anglosajón las “cuotas compensatorias” (*countervailing duties*) son resultado de una investigación por subvenciones, y los “derechos antidumping” (*antidumping duties*), como su nombre lo indica, derivan de una investigación por discriminación de precios.

³ En Canadá la autoridad investigadora competente es el *Canada Border Services Agency*, encargado de determinar la existencia de la práctica desleal; y el *Canadian International Trade Tribunal*; en México la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales y en Estados Unidos el *U.S. International Trade Administration*, la *U.S. International Trade Commission* y el *United States Trade Representative (USTR)*.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

tra establecido en el Anexo 1911 del TLCAN.

El mismo Anexo 1911 contiene la definición de lo que se considera “resoluciones definitivas” para cada uno de los tres países. Para México una resolución definitiva es cualquiera de las 3 medidas específicas señaladas en el Artículo 59 de la Ley de Comercio Exterior; es decir, las resoluciones finales o definitivas que pueden imponer o no cuotas compensatorias; la revisión anual de dichas cuotas; y las resoluciones definitivas de los procedimientos de cobertura de producto (*scope*). A diferencia de los casos de revisión en contra de resoluciones emitidas por las autoridades canadienses y estadounidenses, los Paneles Binacionales no tienen facultades para revisar las resoluciones quinquenales (*sunset reviews*) emitidas por la autoridad investigadora mexicana.⁴

Una vez que el Panel ha revisado la resolución final y ha estudiado los argumentos de las partes, con base en el expediente administrativo del caso en cuestión, puede confirmar dicha resolución o devolverla a la autoridad investigadora con objeto de que adopte medidas no incompatibles con su

decisión. Cuando el panel devuelve la resolución fija un plazo razonable para que la autoridad cumpla con lo indicado en la orden de devolución, considerando la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho del caso.

Si alguno de los participantes solicita que el Panel vuelva a revisar la resolución que da cumplimiento a la decisión final del Panel, o si el Panel mismo considera que la respuesta de la autoridad investigadora no cumple con sus indicaciones, éste debe emitir una nueva orden confirmando o devolviendo una vez más la resolución de la autoridad investigadora. Aún cuando el fallo del panel es obligatorio para las partes en el caso concreto, la autoridad investigadora no siempre da un estricto cumplimiento a las indicaciones del Panel, provocando así una interminable serie de devoluciones, lo que ha llegado a poner en duda la eficacia de este procedimiento.⁵

Si bien este es un mecanismo de solución de diferencias muy útil debido al nivel de especialización de sus árbitros, tiene el defecto de que los Panelistas únicamente tienen facultades para confirmar o devolver las resoluciones bajo revisión, quedando fuera la posibilidad de anular. Esto implica que, en caso de devolución, las autoridades investigadoras pueden dar cumplimiento a las decisiones del Panel o no, obligando al grupo arbitral a devolver una y otra vez hasta que se dé el cumplimiento.

⁴ Ver Decisión Final del Panel Binacional que revisó la Resolución Final del Examen para Determinar las Consecuencias de la Supresión de la Cuota Compensatoria Definitiva Impuesta a las Importaciones de Sosa Cáustica Líquida, Originarias de los Estados Unidos de América. MÉX-USA-2003-1904-01. Punto VI. A “Alcance de las revisiones del artículo 1904 del TLCAN” en donde se concluye que ninguna de las resoluciones mexicanas sujetas a revisión califica como revisión quinquenal o examen de vigencia.

⁵ Un ejemplo de esto es el caso sobre productos tubulares de región petrolífera procedentes de México USA-MEX-2001-1904-03.

II. AUTORIDADES INVESTIGADORAS

En los Estados Unidos la autoridad investigadora competente es la *International Trade Administration* (ITA) del Departamento de Comercio, dependencia del Poder Ejecutivo Federal, cuya función es determinar la existencia de la práctica desleal en cuestión. Por otra parte, también está la *International Trade Commission* (ITC), entidad independiente del Ejecutivo encargada de determinar la existencia del daño o amenaza de daño, según sea el caso, y encontrar la relación causal entre el daño a la industria nacional y la práctica desleal.

En Canadá la autoridad investigadora competente es el *Canada Border Services Agency*, encargado de determinar la existencia de la práctica desleal; y el *Canadian International Trade Tribunal* que se encarga de las resoluciones definitivas en materia de “daño importante”.

En el caso de México hay una sola dependencia federal competente para administrar la legislación y los procedimientos contra prácticas desleales, se trate de discriminación de precios o de subvenciones. Esta dependencia analiza la práctica desleal, el daño o amenaza de daño y su relación causal. Se trata de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI).

III. LEGISLACIÓN APLICABLE

Los tres países signatarios del TLCAN cuentan, de alguna manera, con reglas similares en la regulación y administración de los procedi-

mientos contra prácticas desleales, ya que todos ellos cumplen en gran parte con la normativa del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y los lineamientos generales de la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁶

Pero además de esas reglas generales, cada país ha fijado cuál es el criterio de revisión aplicable a cada una de sus revisiones. En el caso de México la legislación específica aplicable es la Ley de Comercio Exterior, su Reglamento y los Acuerdos del GATT, ya que forman parte integrante de la legislación mexicana, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos y Canadá. En México, los precedentes judiciales son las Jurisprudencias y Tesis de la Corte, que tienen un efecto más persuasivo que obligatorio dependiendo de la materia en cuestión. Por supuesto, también deben aplicarse los principios generales del Derecho y considerar la práctica administrativa de la Autoridad Investigadora.

Por su parte, las fuentes del derecho canadiense son, en primer lugar las leyes, y en segundo lugar la jurisprudencia (*case law*).⁷ Debido a la

⁶ Aunque en el caso de los Estados Unidos eso es parcialmente cierto, ya que su sistema legislativo implica que las decisiones de la OMC, así como sus regulaciones deben ser implementadas por el Congreso. De otra manera no se consideran obligatorias. Así ha sucedido con los casos de *zeroing* revisados por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio.

⁷ El *case law* es definido por el *Black's Law Dictionary* como el conjunto de casos reportados que forman un cuerpo de jurisprudencia, o el derecho de una materia en parti-

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

naturaleza misma de Canadá existen diferencias jurídicas entre las distintas provincias. En la Provincia de Québec se tiene un sistema jurídico mixto, en el que conviven el sistema romano canónico con el *common law*, en tanto que en el resto de las Provincias se aplica únicamente el sistema del *common law*. Se ha buscado elaborar leyes-tipo que permitan codificar las leyes, pero sin lograr una gran aceptación.

Tanto en Canadá como en Estados Unidos se aplica la doctrina del *stare decisis*, lo que implica la obligatoriedad de las decisiones judiciales, aunque en Estados Unidos su aplicación es menos estricta, en virtud de que las decisiones de los tribunales estatales son independientes de las decisiones de los tribunales federales.

En Estados Unidos el *case law* es la fuente más importante del derecho, pero en materia de jerarquía de leyes podría decirse que después de la Constitución siguen las leyes federales emanadas del Congreso, y las leyes administrativas emanadas del Ejecutivo, en virtud de las facultades delegadas por el Congreso. El derecho codificado ha empezado como leyes-tipo, mejor acogidas en Estados Unidos que en Canadá. Tal es el caso de *U.S. Code* en materia comercial y la *Tariff Act* en los Estados Unidos, así como la *Special Import Measures Act* de Cana-

cular tal como ha sido evidenciada o formada por los casos aludidos, a diferencia de las leyes y otras fuentes del derecho. Incluye el conjunto de casos reportados que interpretan leyes, reglamentos y disposiciones constitucionales. Traducción libre. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. 1995.

dá y algunas circulares administrativas que tienen nivel de reglamentos.

Según el criterio de revisión estadounidense se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

- 1) La omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación o la ausencia de pruebas o evidencia positivas en el expediente administrativo;
- 2) Las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva que no sean razonables; o
- 3) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de *facultades discrecionales* no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.⁸

Para el criterio de revisión canadiense, se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando la autoridad:

- 1) Falle al no observar un principio de justicia natural, o de otra manera, actúe más allá de su jurisdicción;
- 2) Se equivoque legalmente al elaborar su resolución; o

⁸ U.S.C. 1516a(b)(1)(A), (B) (1993). Énfasis añadido.

3) Base su resolución en errores de hecho o de derecho de una forma perversa o caprichosa.⁹

En el caso de México se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

1) Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución;

2) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso;

3) Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución;

4) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, si se dictó en contravención de las disposiciones aplicables o dejó de aplicar las debidas; y

5) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.¹⁰

⁹ R.S.C. F-7, 28(1) (1985).

¹⁰ Artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) (sustituye al Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación). Dentro del criterio de revisión contenido en este Artículo se mencionan al-

Cabe señalar que los tribunales judiciales sí pueden hacer valer de oficio la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución. Sin embargo, los Paneles Binacionales y otros órganos arbitrales derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no pueden revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo y no existe suplencia de la queja.

Es importante mencionar que los Paneles no pueden crear derecho sustantivo, pero deben actuar de manera consistente con la legislación del país importador. Además, la naturaleza misma de los Paneles ha permitido que los Panelistas apliquen principios generales de derecho y la lógica jurídica, que finalmente es igual en los tres sistemas jurídicos.

IV. CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES

Los casos de incumplimiento solo reflejan cerca del diez por ciento del total de casos de revisión ante Paneles Binacionales; sin embargo, son casos representativos de la problemática enfrentada por estos grupos arbitrales al ver limitadas sus facultades de

algunos vicios en el procedimiento que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

nulidad.¹¹ En virtud de que la mayoría de los casos de incumplimiento se han dado de parte de la autoridad investigadora estadounidense, analizaremos cuáles son las principales causas de dicho comportamiento, a la luz de su legislación.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la legislación estadounidense en materia de prácticas desleales está codificada en el *U.S. Code* y contiene las principales reglas generales. Sin embargo, en algunos casos estas disposiciones pueden resultar insuficientes, ambiguas u oscuras, dando lugar a que la autoridad investigadora haga su propio razonamiento o interpretación.

Si el razonamiento o interpretación hechos por la autoridad investigadora al momento de emitir una resolución fueran impugnados, éstos merecen un alto grado de deferencia de parte del tribunal revisor, en virtud de un principio de derecho administrativo denominado “Doctrina *Chevron*” o “Principio de Deferencia”, derivado de una sen-

tencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, el cual extiende implícitamente el poder de la autoridad administrativa al sostener que la corte revisora debe conceder deferencia a las interpretaciones hechas por ella sobre disposiciones jurídicas ambiguas.¹²

En virtud de este principio los tribunales que examinan si la resolución administrativa está basada en una interpretación razonable de parte de la autoridad investigadora deberán conceder una gran deferencia a la autoridad investigadora, pudiendo interferir únicamente cuando existan pruebas de que la resolución no se basa en el expediente administrativo o la autoridad investigadora no tenga competencia para llevar a cabo la investigación.

La aplicación de este principio de deferencia ha sido objeto de discusión en diversas decisiones de Paneles Binacionales, ya que ha representado el principal impedimento para la ejecución y cumplimiento de las órdenes de los Paneles que revisan resoluciones canadienses y estadounidenses. No sucede así en los casos de revisión en México, ya que este principio no forma parte de la legislación mexicana; sin embargo, podría equipararse en alguna medida a la facultad discrecional administrativa, en virtud de que la autoridad investigadora es la experta en la aplicación y administración de la legislación específica en la materia.

La “deferencia a la autoridad” se entiende como la práctica de decidir

¹¹ Cerca del 10% del total de decisiones emitidas por los Paneles Binacionales de 1994 a 2010 han tenido devoluciones en razón del incumplimiento de la autoridad investigadora. De ese porcentaje, el 80% corresponde a la autoridad investigadora estadounidense, el 10% a la canadiense y el otro 10% a la autoridad mexicana. (Basado en el análisis de las decisiones de los Paneles, publicadas por el Secretariado del TLCAN, en <http://www.nafta-sec-alena.org>. Fecha de consulta: 15/12/2010) Ver Herrera, Eunice. “El Principio de Deferencia en los Paneles Binacionales del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. EGAP. Tecnológico de Monterrey. México. 2007.

¹² *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

que la interpretación de la autoridad sustituya a la propia del tribunal revisor, dándole la facultad de tomar una decisión, considerando su experiencia y conocimiento en la materia. La deferencia concedida a las conclusiones de hecho elaboradas por una Corte de primera instancia ha sido adoptada en gran medida al revisar las decisiones de tribunales administrativos, aunque el criterio de revisión siempre será regulado por la legislación que determina las facultades de dichos tribunales.

En el sistema del *common law* debe concederse deferencia a las conclusiones de hecho de la autoridad administrativa cuando exista una cláusula privativa o cuando las conclusiones alcanzadas sean materia de un conocimiento especializado. Las Cortes de Apelación deben conceder deferencia a las decisiones tomadas por las Cortes. Las Cortes deben conceder deferencia a las decisiones legislativas tomadas por el Congreso, los Jueces deben conceder deferencia a los juicios de hecho realizados por los jurados, y los tribunales judiciales deben conceder deferencia a la interpretación hecha por las autoridades administrativas a la legislación aplicable en su materia.¹³

En virtud de que los Paneles Binacionales reemplazan a la revisión judicial, éstos también deben conceder deferencia a las interpretaciones legales de las autoridades administrativas en materia de prácticas desleales de

comercio internacional. En otras palabras, de acuerdo a este principio, el Panel, tal como lo haría un tribunal estadounidense o canadiense, no puede decirle a la autoridad investigadora cómo debe interpretar la legislación en la materia, ni hacer una interpretación propia de la misma.¹⁴

De acuerdo con la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Chevron*,¹⁵ las autoridades administrativas tienen el poder de resolver cuestiones de derecho, adoptando el clásico papel de los tribunales de interpretar las disposiciones legales que resulten ambiguas, porque, según esta doctrina, cuentan con la mayor experiencia en la materia para lidiar con esas cuestiones, y porque el Congreso, al dejar la disposición jurídica ambigua, está delegando la facultad

¹⁴ Uno de los Paneles Binacionales que han aplicado el principio de deferencia como parte de su criterio de revisión es el de Productos Tubulares de Región Petrolífera, procedentes de México. Resultados Finales de la Revisión Por Extinción de la Resolución sobre Cuotas Compensatorias por Dumping. USA-MEX-2001-1904-03. Cuarta Decisión Del Panel. 17 de enero de 2007.

¹⁵ En 1981, la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*, EPA) cambió su interpretación del término "*stationary source*" utilizado en la legislación *Clean Air Act Amendments* de 1977, en cuanto a requerimientos anticontaminación en instalaciones y la solicitud de permisos cada vez que se hicieran modificaciones en las "*stationary sources*". La Corte de Circuito de D.C. no consideró la interpretación revisada, pero la Suprema Corte lo revirtió en el caso *Chevron USA Inc v NRDC*. 467 US 837.

¹³ *Gary Gose v. US Postal Service. United States Court of Appeals for the Federal Circuit*. 05-3272. 06/14/ 2006.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

de interpretación en la dependencia.¹⁶ Sin embargo, al dictaminar esto, la Suprema Corte fijó una metodología de dos pasos para revisar las interpretaciones a la ley hechas por una autoridad administrativa: En el primer paso el tribunal revisor debe verificar si el Congreso se ha expresado directamente sobre la cuestión ambigua que está siendo analizada; y en el segundo paso, el tribunal revisor debe revisar si la interpretación legal hecha por la autoridad administrativa es una interpretación permisible o razonable de la disposición.

Al verificar si el Congreso se ha expresado directamente sobre la cuestión analizada, el tribunal revisor analizará si la intención del Congreso es clara y no deja lugar a duda. De ser así, no es necesario continuar con el segundo paso, ya que debe aplicarse la intención expresa del Congreso. En cambio, si dicho tribunal (o el Panel Binacional) determina que el Congreso no se ha expresado directamente sobre el tema interpretado por la autoridad administrativa; es decir, si la disposición continúa siendo ambigua u omisa en ese tema, la autoridad revisora no puede simplemente imponer su propia interpretación a la disposición en cuestión, sino que, en una segunda etapa de análisis debe revisar si la interpretación hecha por la autoridad administrativa se basa en una construcción razonable de la ley.

¹⁶ Puede suceder que la autoridad administrativa haga una revisión a sus propias interpretaciones. En ese caso no existe consenso sobre si la corte debe conceder la misma deferencia a la interpretación revisada.

La Ley de los Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act*) obliga a las cortes federales a confirmar las acciones de las autoridades administrativas federales si estas están apoyadas en “evidencia sustancial.” Algunas explicaciones de por qué se debe conceder tal deferencia a las interpretaciones hechas por las dependencias administrativas son la experiencia de la autoridad administrativa en la materia, la rendición de cuentas del Ejecutivo y la intención implícita del Congreso.¹⁷ En la decisión misma de la Suprema Corte (*Chevron*) se pueden identificar dos justificaciones: primero, que la dependencia tiene la experiencia necesaria en la materia de la ley bajo consideración, que la corte podría no tener; y segundo, que dicha dependencia es políticamente supervisable (hablando de rendición de cuentas) en tanto que la Corte no lo es.¹⁸ Una tercera justificación se entrelee de la propia decisión, en el sentido de que, al dejar ambigua la ley, el Congreso está indicando que su intención es que las cortes concedan deferencia a las interpretaciones hechas por las

¹⁷ Algunos autores que analizan las razones que justifican la deferencia *Chevron* son: Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 Yale J Reg, 283, 309-12 (1986); Quincy M. Crawford, *Chevron Deference to Agency Interpretations that De-limit the Scope of the Agency's Jurisdiction*, 61 U Chi L Rev 957, 958-60 (1994); Laurence H. Silberman, *The D.C. Circuit Review—Foreword: Chevron—The Inter-section of Law & Policy*, 58 Geo Wash L Rev 821, 822 (1990).

¹⁸ *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

Seminario de Comercio Exterior

20

autoridades administrativas. Esta doctrina también señala que, en caso de que una ley sea ambigua, y donde la interpretación de la dependencia sea razonable, la Corte deberá concederle deferencia, aún si considera que dicha interpretación es equivocada.

Sin embargo, como toda regla, el principio de deferencia también tiene algunas excepciones; por ejemplo, cuando una autoridad administrativa es parte en un litigio puede adoptar o realizar algunas interpretaciones a la ley en beneficio de sus argumentos dentro de la controversia. Estas interpretaciones no reciben deferencia de parte de las cortes, sin importar si se trata de una nueva interpretación a las disposiciones legales (una reinterpretación) o si se trata de un asunto que nunca haya sido considerado con anterioridad. El Congreso no tiene facultades para delegar en las dependencias administrativas el poder de decidir casos específicos al interpretar la ley, ya que esa es facultad de las cortes.¹⁹

Otra excepción a la aplicación del principio de deferencia de parte de las cortes hacia las autoridades administrativas, es cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos ya se ha expresado sobre el punto en cuestión. Si la Suprema Corte interpretó una disposición ambigua antes de que lo haga la autoridad administrativa, las cortes dan un mayor peso a la decisión de la Suprema Corte (*stare decisis*), al

menos hasta que el Congreso reforme la ley en cuestión. Este punto debe tenerse presente más adelante cuando hablemos del caso de *zeroing*.

Las cortes no conceden deferencia a las interpretaciones hechas por las autoridades administrativas a las disposiciones constitucionales, ya que las cortes son las “expertas” en esa materia, siguiendo la misma lógica señalada en la doctrina *Chevron*, en donde la deferencia se concede a quien tiene mayor experiencia en el tema revisado. Tampoco se concede deferencia cuando las dependencias pretenden interpretar disposiciones relacionadas con las facultades de la propia dependencia, ya que esto limita la discrecionalidad de las autoridades administrativas.

Pero además de las excepciones antes mencionadas, cabe señalar que la aplicación del principio de deferencia no es ilimitada. En ese sentido, la Suprema Corte estadounidense volvió a tomar el tema de la deferencia en el caso *United States v. Mead Corp* en 2001,²⁰ en donde limitó sustancialmente las circunstancias en las que se obliga a una Corte a seguir las interpretaciones de las dependencias federales. La Suprema Corte sostuvo que además de cumplir con los dos pasos de análisis establecidos en *Chevron*, la interpretación de la autoridad investigadora debe ser razonable, y no arbitraria o caprichosa.

El caso *Mead* surgió después de que la oficina de aduanas estadouni-

¹⁹ Para una explicación detallada de las excepciones a la doctrina *Chevron* puede acudir a David M. Gossett. *Chevron, Take Two: Deference to Revised Agency Interpretations of Statutes*. 64 U Chi L Rev 681 (1997).

²⁰ *United States v. Mead Corp.*, 121 S.Ct. 2164 (2001) (No. 99-1434, 18 de junio de 2001).

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

dense emitió una carta interpretativa estableciendo que ciertos artículos importados caían en una clasificación sujeta a la aplicación de un arancel específico por lo que *Mead* presentó una demanda ante la Corte de Comercio Internacional (CIT, por sus siglas en inglés). Posteriormente, la Corte del Circuito Federal determinó que estas cartas interpretativas (*ruling letters*) no deberían ser tratadas como reglamentaciones de Aduanas, debido a que no están precedidas por un procedimiento de notificación y comentarios, no tienen fuerza legal y no llevan la intención de esclarecer los derechos y obligaciones de los importadores más allá del caso específico.²¹ La Corte del Circuito Federal no le concedió ni deferencia ni peso legal a las cartas interpretativas. La Suprema Corte estuvo de acuerdo con la Corte del Circuito Federal en el sentido de que la deferencia *Chevron* no aplicaba, pero devolvió la decisión para que la corte señalara el valor concedido a la carta interpretativa.

Primero, la Suprema Corte estableció que la interpretación hecha por una autoridad a una disposición legal solo califica para tener la deferencia *Chevron* cuando la interpretación fue promulgada durante el ejercicio legal de la autoridad para proclamar normas que conlleven fuerza legal, es decir, adjudicación, reglamentación sujeta a notificación y comentarios o cualquier otro método comparable de hacer leyes. *Segundo*, la Suprema Corte respondió a la opinión disidente del Juez

Scalia diciendo que la deferencia *Chevron* no aplica a las interpretaciones de las dependencias enmarcadas en un escrito de demanda o de respuesta a la demanda después del inicio del litigio.²²

El caso *Mead* ha generado controversia; sin embargo, ha sido de gran utilidad para limitar la deferencia que debe concederse a las autoridades administrativas, evitando así el abuso al aplicar este derecho. Ya no basta con que la autoridad diga que es la dependencia más experta en la materia, por ser quien administra y aplica la legislación ambigua. Al hacer su interpretación debe demostrar que es sobre una base razonable y que no está actuando de manera caprichosa o arbitraria.

El Principio de Deferencia permite a las autoridades administrativas estadounidenses un amplio margen de interpretación de la legislación aplicable a su materia; sin embargo, deben observarse las limitaciones establecidas por la Suprema Corte. Los tribunales revisores, así como los Paneles Binacionales que los sustituyan en el marco de las revisiones previstas en el Artículo 1904 del TLCAN deben observar este principio, pero cuidando siempre de vigilar las reglas que limitan su aplicación para evitar un abuso de parte de las autoridades administrativas, especialmente al momento de dar cumplimiento a las decisiones emitidas por los Paneles.

²¹ Las reglamentaciones de Aduanas reciben el más alto nivel de deferencia, de acuerdo con lo establecido en *Chevron*.

²² *United States v. Mead Corp.*, 121 S.Ct. 2164 (2001) (No. 99-1434, 18 de junio de 2001). Opinión Disidente del Juez Scalia.

Una vez que el Panel Binacional ha revisado una resolución final en los puntos reclamados por las partes, con base en las pruebas que obran en el expediente administrativo, tiene dos opciones: puede confirmar la resolución de la autoridad, o puede devolverla para “que se adopten medidas no incompatibles con su decisión.”²³ Se espera que cuando el Panel devuelve la resolución, la autoridad investigadora cumpla con lo ordenado por él dentro del plazo fijado en su decisión final, considerando la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas, así como la naturaleza del fallo del panel. Sin embargo, es común que la autoridad no dé cumplimiento a la orden del Panel, obligándolo de devolver nuevamente hasta que la autoridad cumpla.

El hecho de que el Panel no pueda anular una resolución,²⁴ y que deba dar la oportunidad a la autoridad de poner dicha resolución en consistencia con la orden del Panel ha suscitado que en algunas revisiones el Panel Bina-

cional, en cumplimiento con lo establecido el Artículo 1904.8 del TLCAN, devuelva la resolución a la autoridad investigadora para que esta adopte las medidas no incompatibles con la orden del Panel más de una vez. El principal argumento de la autoridad para no dar cumplimiento es que el Panel, al igual que el tribunal judicial, le debe conceder deferencia a su experiencia y conocimiento técnico en la materia. Esto lleva al Panel a caer en un círculo vicioso de devoluciones-incumplimientos-devoluciones.

V. ALGUNOS CASOS REPRESENTATIVOS

Cabe resaltar que las decisiones de los Paneles Binacionales tienen la misma fuerza obligatoria que una decisión judicial de un tribunal del país importador; es decir, del país de la autoridad investigadora. Hay que recordar lo señalado en el párrafo 1 del Artículo 1904 del TLCAN: “1. Según se dispone en este artículo, cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.” Así mismo, el párrafo 9 del citado artículo indica que “el fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.”

Existen algunos casos representativos para el tema del incumplimiento. De manera breve abordaremos algunos de ellos.

²³ Artículo 1904.8 del TLCAN.

²⁴ En las primeras revisiones de Paneles en México se dio una fuerte discusión en relación a las facultades del Panel, ya que la legislación aplicable permitía al tribunal revisor anular la resolución. El Panel que revisó la resolución de placa en hoja interpretó que dicha legislación lo facultaba a anular la resolución, más allá del texto del Artículo 1904.8 del TLCAN. El Panel que revisó el caso de poliestireno también concluyó que tenía más facultades que las expresadas en el Tratado. En ese mismo periodo el Panel que resolvió el caso de aceros planos recubiertos determinó que su criterio de revisión estaba delimitado por el Artículo 1904.8.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

En el caso de “Tubo de Acero con costura, de sección circular, sin alear procedente de México” el panel, por decisión unánime, devolvió la determinación a la autoridad estadounidense en tres ocasiones. Finalmente, por decisión unánime, confirmó el tercer informe de devolución. En este caso se pedía a la autoridad investigadora que determinara si cierto producto se consideraba como “hecho a la medida”. En la tercera y última decisión, el Panel finalmente concluyó que “la evaluación final de dichas características es un ejercicio que bien cabe dentro de la experiencia del Departamento, a la cual el Panel le debe una deferencia sustancial”.²⁵

El Panel que revisó la resolución de “Cemento gray, portland y clinker, procedentes de México” (Resultados finales de la séptima revisión administrativa por *dumping*), en su primera devolución, por decisión unánime, confirmó parte de la resolución del Departamento de Comercio, devolviéndole otra parte. En la segunda devolución, el panel, con tres opiniones en contra, confirmó parte del informe de devolución, pero nuevamente devolvió otra parte. En la tercera devolución, con dos opiniones en contra, volvió a confirmar una parte del informe, devolviendo otra parte. En la cuarta devolución, con dos opiniones en contra, nuevamente devolvió el informe al Departamento. Finalmente, en una quinta decisión del Panel, se emitió el fallo final

²⁵ USA-MEX-98-1904-05 (tubo de Acero con costura). 7 de junio de 2004. Pág. 4 (versión en inglés).

confirmando la nueva determinación.²⁶ En la cuarta devolución el Panel hace declaraciones expresas en contra del deliberado incumplimiento de la autoridad investigadora: “El razonamiento del DOC para no cumplir las instrucciones específicas del Panel es falso y sin sentido. Por consiguiente, este Panel encuentra particularmente perturbadora la decisión del DOC de desobedecer deliberadamente las instrucciones de este Panel. Este Panel devuelve el Tercer Informe de Devolución al DOC y lo instruye a apegarse estrictamente y a implementar al pie de la letra las instrucciones establecidas en la Segunda Decisión en Devolución del Panel del TLCAN.”²⁷

En esta misma decisión, la opinión disidente de los Panelistas Joelson y Kennedy hace referencia a las limitantes que tiene la autoridad al aplicar su facultad discrecional: “Aún cuando la disposición 19 U.S.C. ‘1675 (h) confiere cierta facultad discrecional al DOC para determinar cuáles errores puede corregir como “ministeriales”, la autoridad del DOC en este punto no es “ilimitada” y está limitada a la corrección de errores que pudieran haber pasado

²⁶ USA-MEX-99-1904-03 (cemento). Primera devolución del 30 de mayo de 2002, Segunda devolución del 11 de abril de 2003, tercera devolución del 4 de septiembre de 2003, cuarta devolución del 25 de noviembre de 2003, y decisión final del Panel confirmando del 22 de enero de 2004.

²⁷ USA-MEX-99-1904-03 (cemento). 25 de noviembre de 2003. Pág. 4.

Seminario de Comercio Exterior

24

inadvertidos o simplemente se basan en un descuido [...]”²⁸

Es decir, aún cuando la autoridad investigadora estadounidense goza del privilegio que le da la facultad discrecional, no debe utilizarla de manera indiscriminada. La intención de la misma no debe ser que la autoridad se escude en dicha facultad como una abierta excusa para no dar cumplimiento a las órdenes del Panel, que, como ya se ha dicho, tienen la misma fuerza que una orden judicial.

Otro caso de incumplimiento es el de Magnesio procedente de Canadá, en donde el Panel, por decisión unánime, devolvió la determinación a la autoridad en tres ocasiones. Finalmente, en una cuarta decisión, el Panel emitió su fallo final confirmando la decisión del Departamento de Comercio de los Estados Unidos.²⁹ Decisión que fue impugnada ante un Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) en 2004, alegando que el Panel se había excedido de sus facultades.³⁰ Después de hacer un exhaustivo análisis acerca de la procedencia de esta impugnación, el Comité confirmó la decisión del Panel, y de paso hizo énfasis en la negativa de la autoridad investigadora de dar cumplimiento a las múltiples devoluciones del Panel. En el párrafo

41 de la decisión del CIE, éste señala que: “41. [...] Pareciera un ejercicio inútil para Comercio el hecho de implementar una decisión que sabe que está mal. Comercio podría, y desde nuestro punto de vista, debería ejercer su facultad discrecional en interés de resolver este asunto de una vez por todas [...]”³¹

Por otra parte, en el caso de “Productos tubulares de región petrolífera” el Panel emitió, de forma unánime, cuatro decisiones confirmando parcialmente la resolución del Departamento de Comercio, y devolviendo otra parte. Finalmente, en una quinta decisión, el Panel confirmó la resolución en devolución. Pero una vez más, esta decisión hace una reflexión en torno al repetido incumplimiento de parte de la autoridad estadounidense y sus límites en la aplicación del Principio *Chevron*.³² Aquí el propio Panel indica que dentro de esa facultad discrecional, la autoridad administrativa no tiene poder o autoridad para incumplir la orden de devolución de una corte, y analiza la utilidad real de devolver una decisión cuando ha quedado demostrado que no se encuentra fundada en evidencia en el expediente. Es decir, qué senti-

³¹ ECC-2003-1904-01 (magnesio). 7 de octubre de 2004. Pág. 11 (traducción libre).

³² USA-MEX-2001-1904-03 (productos tubulares). Primera decisión del 8 de febrero de 2006, Segunda decisión del 28 de julio de 2006, Tercera decisión del 17 de enero de 2007, Cuarta decisión del 1° de junio de 2007, y finalmente, Quinta decisión confirmando la resolución en devolución del 19 de julio de 2007 (esta decisión aparece referida en la página web del Secretariado, pero no está publicada).

²⁸ USA-MEX-99-1904-03 (cemento). 25 de noviembre de 2003. Opiniones de los Panelistas Joelson y Kennedy en Coincidencia y Disidencia Parcial con la Opinión de la Mayoría. Pág. 10.

²⁹ USA-CDA-2000-1904-06 (magnesio). 14 de agosto de 2003.

³⁰ ECC-2003-1904-01 (magnesio). 7 de octubre de 2004.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

do tiene devolver una resolución que se sabe que no puede ser modificada en virtud de que no se cuenta con las bases necesarias para ello.

Considerando que el Panel Binacional no tiene facultades de anulación, su única opción en este caso es devolver la resolución para que la autoridad tome las medidas compatibles con la decisión. La cuestión es que después de varias devoluciones, la autoridad insiste en seguir emitiendo la resolución sin considerar las órdenes del Panel, convirtiendo al sistema de revisión previsto en el Artículo 1904 en un círculo sin fin y obligando al Panel a confirmar una resolución, aún sabiendo que esa resolución no “estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias de la Parte importadora”.³³

La decisión de productos tubulares de región petrolífera hace referencia, a su vez, a la orden del Comité de Impugnación Extraordinaria en el caso de “madera suave” y que se enfrentó al mismo problema de desobediencia intencional de parte de la autoridad investigadora, escudándose, una vez más, en el principio de deferencia: “En el caso de (CIE) *Daño a Madera Suave*, el Panel del TLCAN se percató que [...] la ITC había demostrado una falta de intención de respetar la facultad revisora del Panel de Capítulo 19, al emitir resoluciones en devolución positivas que continuaban basándose en evidencia que el Panel ya había determinado como insuficiente. El Panel concluyó que el devolver el caso una

vez más hubiera sido una formalidad ociosa e inútil”.³⁴

El resultado de la constante negativa de parte de la autoridad investigadora estadounidense va más allá de forzar al Panel Binacional a emitir una orden confirmando una resolución que se sabe y se demuestra como infundada e ilegal. El efecto de la actitud irrespetuosa hacia la fuerza obligatoria de las decisiones del Panel es poner en entredicho el correcto funcionamiento del sistema de revisión ante Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN, recordando además, que una de las ventajas del procedimiento arbitral en general es la rapidez en la resolución de los casos, característica que se ve seriamente afectada por esta interminable serie de devoluciones inútiles, tal como se señala en la decisión analizada: “Han transcurrido al menos seis años desde el inicio de esta revisión quinquenal. Comercio [...] ha sido irrespetuoso de la facultad revisora del Panel [...] Conceder una solicitud de devolución del caso y de la resolución para tomar acciones consistentes con la opinión del Panel, sería una formalidad ociosa e inútil, la cual debilitaría el mandato del Panel para revisar la resolución de Comercio de manera expedita.”³⁵

Estas son solo algunas decisiones que reflejan el problema de incumplimiento de parte de Estados Unidos y en donde los Paneles Binacionales han abordado el tema de la deferencia que debe concederse a las autoridades

³⁴ USA-MEX-2001-1904-03 (madera).

³⁵ USA-MEX-2001-1904-03 (madera). 1° de junio de 2007.

³³ Artículo 1904.2 del TLCAN.

Seminario de Comercio Exterior

26

des investigadoras, y los límites necesarios para el debido funcionamiento de la facultad revisora de los Paneles, haciendo evidente el indiscriminado abuso del poder discrecional de algunas autoridades administrativas.

VI. ZEROING

El caso de *zeroing* ante los Paneles Binacionales del TLCAN y ante el Órgano de Solución de Diferencias, es bastante interesante, porque además de ser un ejemplo de cómo se incumplen las decisiones de los órganos arbitrales internacionales, también es una muestra de cómo la presión internacional ha empezado a generar cambios de parte de los Estados Unidos en torno al cumplimiento, lo cual se verá reflejado en los casos ante Paneles Binacionales.

La metodología de *zeroing* aplicada por los Estados Unidos ha sido impugnada en catorce casos ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. En todos los casos, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación han determinado que esta metodología es ilegal y va en contra del Código Antidumping (CAD). Los casos más recientes (jugo de naranja y camarón) han confirmado esta postura.

En el caso *US—Orange Juice (Jugo de naranja-Brasil)* el Panel concluyó que el “*simple zeroing*” en las revisiones administrativas es inconsistente con el requisito de “comparación válida” (*fair comparison*) previsto en el Artículo 2.4 del CAD, aún si la revisión resulta en un margen de *dumping* de

0% y no se imponen cuotas compensatorias. Estados Unidos no apeló a este reporte, haciéndonos pensar que está empezando a aceptar que la metodología del *zeroing* es ilegal y que está dispuesto a cumplir con la recomendación de la OMC.

Por su panel el Grupo Especial en el caso *US—Shrimp (Camarón- Vietnam)* llegó a la misma conclusión, pero además encontró que el *zeroing* es inconsistente con el Artículo 9.3 del CAD y con el Artículo VI.2 del GATT de 94. Las Partes tienen 60 días para apelar a partir del 11 de julio de 2011. Estados Unidos aún no ha presentado una apelación, lo que también indica su aceptación.

Como resultado de la constante y congruente postura del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC en todos los casos, Estados Unidos dejó de usar la metodología de *zeroing* desde febrero de 2007 pero sólo en las investigaciones administrativas, reconociendo implícitamente que la metodología impugnada es ilegal.³⁶

El 28 de diciembre de 2010 el Departamento de Comercio de los Estados Unidos presentó una propuesta de modificación a su metodología y prácticas en las revisiones, en respuesta a las recomendaciones

³⁶ *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted-Average Dumping Margin During an Antidumping Investigation; Final Modification*, 71 Fed. Reg. 77722 (diciembre 27, 2006); *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted-Average Dumping Margins in Antidumping Investigations; Change in Effective Date of Final Modification*, 72 Fed. Reg. 3783 (Enero 26, 2007).

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

27

hechas por el OSD.³⁷ Específicamente propone reemplazar la metodología de promedio-transacción que utiliza a la par del *zeroing* con una metodología de promedio-promedio y sin *zeroing* en todas las revisiones, al igual que lo hace en la investigaciones administrativas. Se dio un plazo para presentar comentarios a la propuesta, pero no se dio un plazo para definir dicho proyecto, el cual, además, deberá pasar por la aprobación de Congreso antes de ser implementada.³⁸

En el marco de la OMC, la Unión Europea y Japón han solicitado medidas retorsión, en virtud del incumplimiento de Estados Unidos. Dichas medidas fueron aprobadas, pero posteriormente fueron suspendidas en tanto Estados Unidos modifica su legislación.³⁹ Esto ejerce cierta presión

para que Estados Unidos acelere las modificaciones propuestas a la metodología empleada en las revisiones.

La postura de la OMC ha terminado permeando las diferencias planteadas ante los Paneles Binacionales del TLCAN. Sin embargo, la autoridad investigadora ha argumentado que las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias no tienen obligatoriedad y no forman parte de su legislación nacional, creando nuevos argumentos en torno al incumplimiento de las decisiones.

Pero además de que el *zeroing* es un tema de controversia en la OMC y en el TLCAN, también lo ha sido en el sistema judicial de los Estados Unidos durante los últimos meses. Ejemplo de ello son los casos *Dongbu*, *SKF* y *JTEKT*, los cuales son una muestra de la preocupación que ha causado el incumplimiento de las resoluciones del OSD, especialmente porque es difícil sostener una práctica inconsistente dentro de su propia legislación. Como resultado de las diferencias dirimidas ante la OMC, la autoridad estadounidense ha reconocido que el *zeroing* no es una práctica aplicable en las investigaciones ordinarias por discriminación de precios y la ha eliminado como metodología para determinar el margen de *dumping*; sin embargo lo continúa aplicando en las revisiones de cuota compensatoria anuales. En estos casos se discute la razonabilidad de la autoridad

³⁷ *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted Average Dumping Margin and Assessment Rate in Certain Antidumping Duty Proceedings*, 75 Fed. Reg. 81533, 81534 (Diciembre. 28, 2010).

³⁸ Se sabe que algunos miembros del Congreso ya se han expresado al respecto, pidiendo que se permita la flexibilidad al momento de elegir la metodología, es decir, se han expresado en contra de la ilegalidad del *zeroing*. *Congress Urges Commerce to Alter Zeroing Proposal, Preserve Flexibility*, Inside U.S. Trade (Feb. 25, 2011). En <http://wto-newsstand.com/Inside-US-Trade/Inside-U.S.-Trade-01/21/2011/menu-id-445.html>

³⁹ La suspensión durará hasta el 7 de septiembre de 2011. WTO, *United States—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”)—Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States: Communication from the Arbitrator*, WT/DS294/39 (Diciembre 8, 2010);

WTO, *United States—Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews—Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States: Communication from the Arbitrator*, WT/DS322/38 (Diciembre 15, 2010).

Seminario de Comercio Exterior

28

al interpretar de distinta manera una misma disposición oscura o ambigua, haciendo uso de su deferencia, a la luz de *Chevron y Mead*.⁴⁰

Por su parte, el Panel Binacional que revisa la Resolución Final de 2004/2005 de Chapas y Flejes de Acero Inoxidable en Bobinas⁴¹ ha analizado la interpretación de la autoridad investigadora sobre la posibilidad de aplicar la metodología de *zeroing*. En este caso, además de revisar la capacidad interpretativa de la autoridad en virtud del principio de deferencia, el Panel también encontró en los argumentos de las partes la existencia de la Doctrina “*Charming Betsey*”, la cual es una regla del *Common Law* para la interpretación de disposiciones legales de los Estados Unidos, la cual indica que cuando exista más de una interpretación posible de una ley ambigua o confusa, hay que rechazar la interpretación que entre en conflicto con una obligación de los Estados Unidos en virtud de un tratado internacional. Es decir, obliga a que la interpretación de la disposición se haga a la luz de los

tratados internacionales firmados por los Estados Unidos.

Este mismo Panel emitió una nueva decisión en relación con la resolución que debía dar cumplimiento a la primera devolución, haciendo notar que la autoridad no cumplió con las indicaciones del Panel y no eliminó la metodología de *zeroing*.

A pesar de que la autoridad investigadora ya reconoció que la metodología de *zeroing* es ilegal en términos de lo establecido por el Órgano de Solución de Diferencias y modificó su legislación para las investigaciones administrativas, sigue sin reconocer la irrazonabilidad de continuar aplicándola en las revisiones anuales, incumpliendo con lo establecido en este reciente Panel de TLCAN.

Sin embargo, para efectos de análisis académico resulta muy enriquecedor conocer la manera en que se aplican los principios del derecho administrativo estadounidense, la fuerza real, mas no legal, que tienen las decisiones de los distintos órganos arbitrales internacionales y el efecto que producen en la legislación interna.

VII. CONCLUSIONES

Si bien las disposiciones jurídicas nacionales pueden dar las herramientas legales para que la autoridad investigadora incumpla con las decisiones de los Paneles Binacionales, las reglas internacionales, el conocimiento del Derecho de parte de los Panelistas y la presión internacional en foros tan relevantes, como es la Organización Mundial de Comercio, lograrán limitar

⁴⁰ *JTEK Corp. v. United States* (Fed. Cir., Jun. 29, 2011), en <http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/10-1516%20-1518.pdf>; *Dongbu Steel Co., Ltd. v. United States* (Fed. Cir., Mar. 31, 2011), en <http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/10-1271.pdf>; *United States Steel Corp. v. United States*, 621 F.3d (Fed. Cir., Oct. 4, 2010), en <http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/09-1572%20-573.pdf>

⁴¹ USA-MEX-2007-1904-01 (chapas y flejes). Primera decisión del 14 de abril de 2010. Segunda devolución del 15 de septiembre de 2011.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

el abuso del principio de deferencia, haciendo que todos los países terminen eliminando las prácticas administrativas ilegales en perjuicio de los particulares y del sistema de revisión en contra de las prácticas desleales de comercio internacional.

Los procedimientos de solución de diferencias previstos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte no están vinculados con las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC; sin embargo, no pueden tener resultados aislados, ya que están dirigidos a las mismas autoridades, disposiciones jurídicas y en la mayoría de las veces revisan los mismos casos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS

ARRANZ LARA, Nuria. *Resolución de controversias en el Tratado de Libre Comercio: un punto de vista comparativo con otros sistemas de integración*. Senado de la República. LIX Legislatura. Comisión de Bibliotecas y Asuntos Editoriales. México, 2000.

BLACK, Henry. *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. West Publishing Co., 1991.

CRUZ BARNEY, Óscar. *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2002.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*. Porrúa. México. 2002.

EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. First Harvard University Press. 1991.

GIESZE, Craig. "El Capítulo XIX del TLCAN" en WITKER, Jorge (Coord.) *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*. UNAM. México. 1997.

HERRERA CUADRA, Eunice. "El Principio de Deferencia en los Paneles Binacionales del Artículo 1904 del TLCAN" en REYES, Carlos (Coord.) *Temas Selectos de Comercio Internacional*. Porrúa-UNAM. México. 2008.

HOLMES, Oliver. *The Common Law*. Transaction Publishers. 2005.

LÉYCEGUI, Beatriz y Rafael FERNÁNDEZ DE CASTRO. *¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. ITAM-Porrúa. México. 2000.

MALPICA DE LA MADRID, Luis. *El Sistema Mexicano contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Porrúa-UNAM. México, 1998.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte" en WITKER, Jorge (Coord.) *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*. UNAM. México. 1997.

Seminario de Comercio Exterior

30

- VEGA CÁNOVAS, Gustavo, et al. *México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de la Era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. UNAM, COL-MEX, PIERAN. México, 2005.
- ANTONIN SCALIA, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 Duke Law Journal 511, 512.
- COHEN, Linda R. & Matthew L. SPITZER, "Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and an Empirical Test" 68 SO. CAL. L. REV. 431 (1996)
- COHEN, Linda R. & Matthew L. SPITZER, "Solving the Chevron Puzzle" 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 65 (1994).
- COLARES, Juscelino F., "Alternative Methods of Appellate Review in Trade Remedy Cases: Examining Results of U.S. Judicial and NAFTA Binational Review of U.S. Agency Decisions from 1989 to 2005". Syracuse University College of Law. August, 2006.
- "NAFTA's Double Standards of Review". Wake Forest Law Review, Vol. 42, Spring 2007.
- HERMAN, Lawrence L.. "Making NAFTA Better, Comments on the Evolution of Chapter 19". Ottawa. Centre for Trade Policy and Law.
- HERRERA CUADRA, Eunice. "El Principio de Deferencia en los Paneles Binacionales del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte" EGAP. Tecnológico de Monterrey. México. 2007.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y Héctor FIX FIERRO. "Comunicación entre culturas jurídicas. Los Paneles Binacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". Revista de Derecho Privado. Vol. 8. Núm. 23. Mayo-agosto 1997. México.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. "Comentarios a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de placa de acero en hoja, originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica". Revista de Derecho Privado. Año 6. Núm. 18. 1995.
- STEPHENSON, Matthew C. "Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference to Administrative Agencies". The Berkeley Electronic Press. paper 130. 2004.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo "Disciplining Anti-dumping in North America: Is NAFTA Chapter Nineteen Serving its Purpose?" en Arizona Journal of International and Comparative Law Vol 14, No. 2 , 1997, pp. 479-501.

El cumplimiento de las decisiones de los Paneles Binacionales...

WINHAM, Gilbert. "*Dispute Settlement in NAFTA and the FTA*", en Globberman, Steven (Ed.) *Assesing NAFTA: A Trinational Analysis*. The Frasser Institute. Canadá, 1993.

ROOTHAM, Chris. Are there distinct standards of "Administrative Review"? http://www.nelligan.ca/e/pdf/AdministrativeReview_CR.pdf

31

ARTÍCULOS CONSULTADOS

The Arbitration Review of the Americas 2007. The International Journal of Public and Private Arbitration. <http://www.globalarbitration-review.com/handbooks/1/sections/2/chapters/8/canada>

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano en el siglo XXI

Sonia Venegas Álvarez*

Hay algo que da esplendor a cuanto existe, y es la ilusión de encontrar algo a la vuelta de la esquina

CHESTERTON

Sumario: I. Introducción. II. Objeto del Derecho Administrativo. III. Método en el Derecho Administrativo. IV. Brevísima Historia del Derecho Administrativo. V. Contenido del Derecho Administrativo. VI. Ubicación del Derecho Administrativo. VII. Concepto de Derecho Administrativo. VIII. El Derecho Administrativo en el Umbral de la Posmodernidad. IX. Las Nuevas Líneas de Investigación en el Derecho Administrativo. X. Fuentes

Resumen: Los cambios de las últimas décadas han sembrado un debate sobre el desarrollo de una nueva época, a la cual se le asigna el calificativo de posmodernista.

El posmodernismo, como señala Best and Kellner, sirve para destacar las discontinuidades y rupturas, así como para señalar una extensa gama de novedades las cuales exigen nuevos análisis, nuevas teorías y propuestas novedosas. En este contexto, el derecho administrativo, conceptualizado durante décadas como el marco jurídico normativo de los servicios públicos, ha pasado a ser el ordenamiento jurídico que regula la estructura, la organización, el funcionamiento y las relaciones de la administración pública, bajo características específicas de prerrogativas y restricciones, tratando de rescatar el sitio de su gran pilar, el principio de legalidad; enfatizando su separación del derecho privado y reivindicando al ciudadano como razón de ser.

* Sonia Venegas Álvarez, Licenciada en Derecho por la UNAM, Doctora en Derecho Fiscal por la UNAM, profesora de la licenciatura en Derecho, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, en las áreas de Derecho administrativo y Derecho fiscal. Autora de libros y artículos en revistas jurídicas especializadas, abogada consultora

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto describir cual ha sido la evolución del contenido derecho administrativo desde su histórico surgimiento a finales del siglo XVIII, hasta nuestros días; así como plantear cuales son los desafíos que esta disciplina jurídica afronta en el México contemporáneo.

Si bien es cierto, desde la proclamación del triunfo de la Revolución francesa, se vio la necesidad de crear y sistematizar una rama del derecho que se ocupara de regular las actividades del Estado y en forma más específica de aquello que hoy conocemos como administración pública; el contenido de esta disciplina jurídica se ha ido adaptando a los cambios sociales.

Las preguntas que se pueden proponer como eje de este artículo son las siguientes: ¿Cuál es el objeto de estudio del derecho administrativo? ¿Cuenta con una metodología propia? ¿Cómo llega el derecho administrativo a México? ¿El derecho administrativo, cambia de ubicación? ¿Efectos de la posmodernidad en el concepto del derecho administrativo? ¿Qué nuevos horizontes se perfilan en la materia?

II. OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La primera dificultad que aparece para la elaboración de este trabajo fue descubrir que la noción de dere-

cho administrativo no tiene una validez universal, es muy variable de país en país, ya que responde a una historia del derecho propia; el contenido de la materia, el sistema constitucional al cual está sujeto; ello obliga a tratar primeramente de delimitar cuando menos un objeto de estudio más o menos valido para todos los sistemas jurídicos.¹

Como certeramente opina el destacado administrativista venezolano, Allan R. Brewer-Carías,² es más importante comprender el objeto del derecho administrativo que elaborar un concepto del mismo.

La ciencia del derecho administrativo tiene por objeto el estudio de las reglas jurídicas que conciernen a la acción administrativa del Estado; el estudio de la regulación de los entes del poder ejecutivo y sus relaciones.³

Para Juan Francisco Linares, el derecho administrativo tiene como objeto, el comportamiento en interferencia intersubjetiva que constituye función administrativa, y función jurisdiccional administrativa, las normas jurídicas que lo rigen, las individuales creadas en ejercicio de tal función, así como los principios que conceptúan

¹ Rivero, M., *Cours de Droit Administratif comparé*, Les Cours de Droit, Paris, 1955, p. 21.

² Brewer-Carías, Allan R., en el prólogo al libro de Parejo Alfonso, Luciano, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos No. 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 5.

³ Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. Y 2º. Cursos*, quinta edición, México, Editorial OXFORD, 2004, p. 3.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

valoraciones y ciertos tipos de conducta, utilizados en la interpretación de ese derecho.⁴

El derecho administrativo, no se dedica a analizar la estructura y el funcionamiento de todo el sector público estatal, sino sólo de una de sus partes: la Administración Pública.⁵

La Administración Pública a su vez, es el conjunto de medios de acción, sean directos o indirectos, sean humanos, materiales o morales, de los cuales dispone el Gobierno para lograr los propósitos y llevar a cabo las tareas de interés público y que determinan los poderes constitucionales.⁶

De un modo más preciso se puede considerar que la Administración Pública, es la parte de los órganos del Estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo la actividad estatal que no desarrollan los otros Poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos.⁷

Para el distinguido administrativo colombiano Jaime Santofimio, la acepción moderna de administración comprende la acción, los medios por razón de los cuales se ejecuta la acción, los sujetos y órganos pre-determinados para este propósito; “acción y efecto de administrar. Conjunto de funciones que se ejecutan por un sujeto administrador.”⁸ De esta forma se concilian los dos enfoques principales que sobre administración pública se han elaborado el subjetivo y el funcional.

Quien estas líneas suscribe se adhiere a la concepción subjetiva de la administración, como organización institucionalizada, vinculada a la satisfacción del interés general, en palabras de Sabino Cassese, sólo existe administración pública allí donde el objeto y la finalidad de los órganos y de las actividades públicas se justifican y se desarrollan de cara a las necesidades del pueblo.⁹

III. MÉTODO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si la ciencia constituye el conocimiento colateral y ordenado de la realidad, el modo de proceder —el método— para el desarrollo del derecho administrativo como disciplina

⁴ Linares, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 4.

⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo de Aguascalientes*, Editorial Porrúa-UNAM, 2006, p. 46.

⁶ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 1961, p. 111.

⁷ Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, décima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1991, p. 96.

⁸ Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado de Derecho administrativo*, 3ª. edición, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, págs. 14-15.

⁹ Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, MAP e INAP, 1994, p.45.

Seminario de Derecho Administrativo

36

científica exige dos tipos de operaciones el examen de la realidad jurídico-administrativa, y la elaboración de conceptos que expliquen de modo sistemático dicha realidad.¹⁰

En ningún tema de derecho es tan fundamental aclarar los principios de metodología de la ciencia como en el derecho administrativo, pues allí la lucha de palabras en ocasiones desborda los límites corrientes. En efecto, además de los problemas clásicos de valoración económica o social, pesa demasiado el problema, político-arquitectónico y coyuntural, del poder y la autoridad frente a la libertad.¹¹

Es tarea imprescindible del jurista explicar, por que el derecho es como es, así como dar a conocer las circunstancias históricas y sociales, los intereses y fuerzas que han llevado a la producción de la norma.

No se debe soslayar que el derecho administrativo, sobre todo el de la escuela francesa, ha sido históricamente un derecho jurisprudencial,¹² al quedar la interpretación a merced del juzgador, éste ha campeado desde el extremo de ser escrupuloso hasta la postura de aparecer como burlán-

dose de las categorías y conceptos preestablecidos.¹³

Para Sabino Cassese,¹⁴ en el tema de la metodología es muy importante la relación que se establece entre el objeto observado y el sujeto observador, ya que emiten y reciben influencia recíproca. El derecho administrativo como objeto de estudio es un fenómeno bien complejo con instituciones, con un aspecto dinámico y en funciones como lo es la Administración pública, sujeta a reglas que recuerdan lo basto que es el campo del derecho; por lo que respecta al observador también la situación es compleja ya que normalmente se parte de una tradición jurídica, en donde se han asimilado modos diversos de percibir el mismo fenómeno, también están presentes preceptos científicos, formación cultural y hasta prejuicios ideológicos.

Es importante destacar en este apartado el valor intrínseco resultante del trabajo interdisciplinario.¹⁵ El empleo de variadas metodologías, legitimadas por su eficacia en diferentes épocas del desarrollo de múltiples disciplinas, ha demostrado el logro de

¹⁰ Herrera Molina, Pedro M., *Metodología del Derecho Financiero y tributario*, México, Porrúa, 2004, p.23.

¹¹ Gordillo, Agustín, *El Método en Derecho*, El Método en Derecho, Madrid, Civitas, 1997, p.14.

¹² Bigot, Gregoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 13.

¹³ Weil, Prosper, *El Derecho administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1986, p.29.

¹⁴ Cassese, Sabino, "Il problema della convergenza dei Diritti Amministrativi: ¿verso un modello amministrativo europeo?", *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, págs. 467 y 468.

¹⁵ Bouzas Ortiz, José Alfonso y Laura Luz Suárez y López Guazo, *Conocimiento científico e interdisciplina, Epistemología y Derecho*, México, UNAM- Posgrado Derecho, 2007, p. 48.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

un punto de vista integral más completo, el fenómeno de la Administración Pública, requiere la atención de múltiples disciplinas, de distintos enfoques, de modo tal que se ofrezcan mayores soluciones.

Atado a este último punto habrá que tomar en cuenta los vientos fuertes de globalización y de desarrollos tecnológicos que soplan por todo el orbe sacudiendo las instituciones y principios que se creían propios del derecho interno y que han dejado de serlo.¹⁶

IV. BREVISIMA HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La historia es, ante todo, memoria del pasado en el presente, es la respuesta al porqué del presente. Es el hogar de la conciencia de un pueblo, el contexto objetivo de su modo de pensar, de su visión de la realidad, de su ideología.¹⁷

Es lugar común el señalar que la Revolución Francesa es el momento en que nace la disciplina de derecho administrativo, ello en virtud de la

implementación del principio de legalidad y del principio de la división de poderes, incluso hay autores que estiman que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es el acta de nacimiento de esta rama del derecho.¹⁸

La historia universal muestra que en todas las épocas han existido “instituciones administrativas”, “órganos administrativos”, reglas a las que se sujetaran los funcionarios públicos, etc. El derecho administrativo no es el producto de una generación espontánea, ni de una necesidad objetiva, es herencia de una evolución histórica, es producto de un modo singular de la construcción de un Estado, y su edificación responde a un trabajo perseverante de formalización y sistematización efectuado por los juristas.¹⁹ Pero como bien señala Laferrière,²⁰ el derecho administrativo como ciencia es en realidad de origen reciente, en comparación con otras disciplinas jurídicas.

¹⁶ Es muy fuerte la influencia y la interrelación entre el Derecho Internacional y el Derecho Administrativo, sobre el particular se puede consultar a Malpica de Lamadrid, Luis, *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano (la apertura del modelo de desarrollo de México)*, México, Noriega editores.

¹⁷ Córdova, Arnaldo, “La Historia, maestra de la Política”, *Historia ¿Para qué?*, 22 edición, México, Siglo XXI Editores, 2007, p. 131.

¹⁸ Entre ellos se encuentra Delgadillo Gutiérrez, *Compendio de Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1998, págs. 6 y 7.

¹⁹ Chevallier, Jacques, « L' evolution du Droit Administratif », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, nos. 5-6, Paris 1998, p. 1794.

²⁰ E. Laferrière, *Cours de Droit Public et Administratif*, v. I, 5 ed. Paris, Cotillon Editeur, Conseil d'État, 1860, p. XVIII.

FRANCIA ¿CUNA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?²¹

En efecto la Revolución francesa creó el ambiente óptimo para la formación de un derecho administrativo como un conjunto de normas de observancia obligatoria, reguladoras de las estructuras administrativas y de los servicios públicos, así como las relaciones que se establecían entre ciudadanos y autoridades.

Poner en marcha el principio de División de Poderes constituyó el parte aguas para la creación del derecho

²¹ El origen del Derecho administrativo no es un tema en el que haya consenso aunque la mayoría de los autores, establecen la Revolución francesa como la época de su surgimiento, también hay una corriente doctrinal que consideran la existencia de un antiguo régimen de Derecho administrativo, vgr. Mestre, Jean Louis, *Introduction historique au Droit administratif français*, Paris, PUF, 1985. Plessix, Benoit, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, no. 38, part I, Paris, 2003, págs. 113-133. Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, *Vivir en policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008. Finalmente hay autores que dividen la evolución del Derecho administrativo en prehistoria del Derecho administrativo e historia del Derecho administrativo, este último periodo se cuenta a partir de la Revolución francesa, es el caso de Rojas Arbelaez, Gabriel, *El espíritu de Derecho administrativo*, Bogotá, Editorial Témis, 1972. En el mismo sentido Weil Prosper, *op. cit.*, págs. 20-22.

administrativo, ya que la teoría de pesos y contrapesos delimitaba las funciones públicas, dificultaba la arbitrariedad y estimulaba el respeto a las libertades individuales. Si 1789 en Francia no es el centro de la historia, ni su principio- dice Muñoz Arana- sin embargo no puede desconocerse que el Estado liberal aporta la racionalización y limitación en el ejercicio del Poder.²²

En el año de 1800 (conforme al excéntrico calendario francés de la época, el 28 lluvioso del año VIII), se dicta la primera Ley francesa en donde se crea una Administración jurídicamente estructurada y obligatoria tanto para la misma Administración como para los individuos.²³

En 1808 se publica, la obra *Principes d'Administration Publique*, de la autoría de Charles Jean Bonin, en donde por vez primera se separa el derecho administrativo, distinguiéndose del derecho constitucional.

En 1819 se instituye la cátedra de derecho administrativo en la Universidad de París, bajo la regencia del Barón de Gerando, quien a su vez publicó en 1929, *Institutes du Droit Administratif Français*, se trataba más bien de una compilación de leyes sistematizada, posteriormente dirigida

²² Muñoz Arana, Rodríguez, Jaime, *Derecho Administrativo español*, México, Porrúa, 2005, p.4.

²³ Netto de Araujo, Edimir, "O Direitito Administrativo o sua História", *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 95, Sao Paulo, enero-diciembre 2000, p. 152. Weil, Prosper, *op. cit.*, p. 22.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

39

por el Consejero de Estado Macarel a partir de 1852.

Durante aquella época vieron la luz obras como *Éléments de Droit Public et Administratif*, de E.V. Foucart en 1832; *Droit Administratif*, de De Cormenin en 1840; *Principes de competence et de jurisdiction administratives*, de Adolphe Chaveau en 1841; en 1842 el Consejero de Estado Macarel, publica su *Cours de Administration et Droit Administratif*, en donde siguiendo un criterio legalista, da lugar a una distinguida obra pero eminentemente del derecho positivo de su tiempo; se edita también *Cours théorique et pratique de Droit Administratif* en 1847 y en 1850 *Course de Droit Publique et Administratif*, estas últimas dos obras de la autoría de E. Laferrière son en realidad las primeras obras doctrinales que se apartan del espíritu legalista que caracterizó a los primeros administrativistas.

También la jurisprudencia que se cernía por aquellos días contribuyo en la formación ciencia del derecho administrativo, primordialmente a través de las decisiones soberanas emitidas por el Consejo de Estado en donde se perfeccionaron los principios de un moderno derecho administrativo, tales como la supremacía y la indisponibilidad del interés público, el carácter exorbitante del derecho privado en la materia administrativa, la continuidad de los servicios públicos y las reglas para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado.

También el Tribunal de Conflictos francés aportó importantes decisiones al separar la competencia entre justicia administrativa y civil.

ALEMANIA: UNA PERSPECTIVA DISTINTA

La Constitución de 1870 representativa de la unificación político-administrativa de los Estados germánicos, da lugar al desarrollo del derecho administrativo como área del derecho positivo y como ciencia.

El desarrollo del derecho administrativo alemán fue gradual y mucho más lenta que la del derecho administrativo francés, además se caracterizó por apoyarse más en tecnicismos científico-doctrinarios en lugar de la casuística propia de su análogo francés.

Las obras más representativas han sido *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, de Paul Laband, publicada en 1876, traducida más tarde al francés con el título de: *Le Droit Publique de L'empire Allemand*, en 1900. Le sigue la obra de Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, traducida tanto al francés, *Le Droit Administratif Allemand*; como al español, derecho administrativo Alemán, y de Forsthoff, Ernest, *Lehrbuch der Verwaltungsrecht Erster Band, Allgemeiner Teil*, traducido más tarde al francés con el título de *Traite de Droit administratif allemand*, y al español como *Tratado de Derecho administrativo*.

ITALIA: LA CONJUNCIÓN

Cuando se trata del derecho administrativo como ciencia, estructurada y sistematizada, la mayoría de los autores reconoce la obra de Gian

Seminario de Derecho Administrativo

40

Domenico Romagnosi, *Principii Fondamentali de Diritto Administrativo*, publicado en Parma en 1814.

El nacimiento del derecho administrativo italiano se remonta a 1865, específicamente a la ley no. 2248, del 20 de marzo de ese mismo año.²⁴ Esta ley pertenecía a un conjunto de ordenamientos que sustentaban la unificación administrativa del Reino de Italia. El derecho administrativo italiano fue desarrollándose con mucha creatividad inspirándose en las dos corrientes más importantes de esos tiempos, el derecho francés y el alemán.²⁵ La clase dirigente de la época, que se legitimó políticamente por haber promovido y realizado la unificación nacional, tenía una formación liberal, en principio su reforma legislativa apuntó en el mismo sentido privilegiando las libertades individuales, más tarde protegió los intereses colectivos sobre los individuales, se prestó singular atención a la organización provincial, la seguridad pública las obras públicas, al Consejo de Estado y por consiguiente a los aspectos del contencioso administrativo.

Sin embargo la doctrina administrativa empieza a producir sus frutos hacia finales del siglo diecinueve con la obra de Vittorio Emanuele Orlando,

²⁴ Romano, Alberto, "El Derecho administrativo italiano desde la unificación nacional hasta las recientes reformas: aspectos de su evolución", *Documentación administrativa*, no. 248-249, mayo-diciembre 1997, p. 51.

²⁵ Vittorio, Emmanuel Orlando, "Il Sistema del Diritto Administrativo", *Primo Trattato completo de Diritto Administrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1900, p. 47.

quien escribe en dieciséis volúmenes, *Il Trattato Completo di Diritto Pubblico italiano*, cuya elaboración le llevó treinta y tres años. Posteriormente su discípulo Santi Romano, aporta una teoría institucional.

A partir de 1889 se presta una especial atención a los criterios legales y objetivos de los actos administrativos, restándole atención a los aspectos de las relaciones interadministrativas.

Una vez instaurado el fascismo, se implementan principios autoritarios, inspirados en la doctrina alemana, se crearon numerosos entes, de carácter nacional, ignorando la autonomía local. Estas nuevas organizaciones dependían directamente del ejecutivo para acelerar la toma de decisiones. Asimismo se produce una intensa intervención pública en la economía.

Se concibe al Estado como una entidad sumamente fuerte subordinando los intereses individuales a los nacionales, los servicios públicos son monopolizados por el Estado, entre ellos los transportes, telecomunicaciones emisiones radiofónicas, aunque su gestión en ocasiones quedaba a cargo de los empresarios privados. La salud y la educación eran totalmente gestionadas y controladas por entes públicos.

En la Constitución de 1948 la administración toma un sentido diferente promoviendo un completo desarrollo de las autonomías territoriales. En los años setenta se fortalece la naturaleza colegial de los entes administrativos, así como la intervención de organizaciones ciudadanas cuando menos de tipo consultivo o como órganos de

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

propuesta, que en aras de una mayor agilidad en la gestión administrativa se vieron suprimidos.

En síntesis se puede señalar que la tendencia del Derecho Administrativo italiano, ha sido atenuar su carácter autoritario, preferir la toma de decisiones consensuadas, el desarrollo de una gran actividad reglamentaria por parte del ejecutivo sobre todo en lo referente a la organización y los procedimientos administrativos.

ESPAÑA

España ha sido y sigue siendo la gran escuela para América Latina, es también la puerta de acceso al conocimiento jurídico occidental, España ha sido el abrevadero de los juristas latinoamericanos en la creación de sus instituciones, principios y normas.

Tratar de sintetizar la historia del derecho administrativo español en unas cuantas líneas es imposible, ya que prácticamente se estaría abordando la historia de este país, para efectos didácticos sólo se resaltarán algunas notas muy importantes, como por ejemplo que la primera obra de derecho administrativo español fue publicada en el año de 1800 con el título de, Instituciones de derecho público general de España, cuya autoría corresponde al ilustre Dou y de Bassols.

En 1814 en la Constitución de Cádiz se establece el Consejo de Estado, el cual nutrió a esta disciplina jurídica a través de sus resoluciones; posteriormente se empiezan a traducir al español las primeras obras de los adminis-

trativistas franceses como Macarel, Bonin, Gerando, entre otros.

En la década de los cuarentas se publican las obras de Javier de Burgos, Ideas de Administración; Manuel Ortiz de Zúñiga, Elementos de derecho administrativo; Pedro Gómez de la Serna, Instituciones de derecho español.

Más tarde surgen las destacadas obras de Manuel Colmeiro, Instituciones de derecho español y el Curso de derecho administrativo de Santamaría Paredes que han encabezado un *mare magnum* de trabajos académicos en el ámbito del derecho administrativo.

España es hoy uno de los países del orbe en donde al derecho administrativo se le ha tomado muy en serio, y para demostrarlo basta ver su amplia producción doctrinal.

LATINOAMÉRICA

ARGENTINA

Con la consolidación del Estado Argentino en 1853 bajo un esquema representativo, republicano y federal se comienzan a erigir las instituciones administrativas, en un marco normativo en donde conflúan la tradición jurídica española, la francesa y la norteamericana de aquella época.

El Estado federal argentino se organiza administrativamente a partir de una descentralización política trazada en la Constitución, en tres partes diferenciadas: Nación soberana, provincias y municipios autónomos; así como de una descentralización admi-

Seminario de Derecho Administrativo

42

nistrativa basada en la distribución de competencias públicas entre múltiples órganos administrativos independientes del Poder central con personalidad propia.²⁶ Entre las primeras aportaciones doctrinales del derecho administrativo se cuentan las siguientes: Juan Bautista Alberdi, con su *Derecho público provincial*, en 1856; Ramón Ferreira publica, *Derecho administrativo argentino*, en 1866; Lucio López en 1902 publica su *Derecho Administrativo argentino* y Adolfo Orma, *Conferencias sobre derecho administrativo (1902-1914)*. Fueron importantes también los escritos jurídicos de Vicente Fidel López publicados aproximadamente en 1870.²⁷

BRASIL

Por lo que concierne a la estructura administrativa y los servicios públicos, se pueden encontrar únicamente algunas referencias históricas.

En toda la época del Brasil colonial, como en todos los territorios americanos, conquistados por los europeos, sólo se repetían los esquemas administrativos de los conquistadores, al final de este periodo se venían implementando estructuras administrativas

Hacia finales del siglo XVIII el derecho administrativo, si es que así se le pudiera llamar, comenzó siendo sólo el conjunto de normas especiales para regular la estructura de la administración y sus relaciones con los ciudadanos, los donatarios de las capitánías hereditarias eran en un principio detentadores de los poderes absolutos otorgados por el rey de Portugal, más tarde en la época de los Gobiernos Generales, aunque hubiese un reparto de atribuciones entre el Gobernador General y el Ouvidor general, el primero gozaba de un status de vice-rey concentrando la mayor parte de las atribuciones legislativas, administrativas y de administración de justicia.

Era la época de las Ordenaciones del Reino (Manuelinas, Alfonsinas, Filipinas) de implantación, de estamentos burocráticos, práctica que se importaba desde Portugal; Se presentaba ya un gobierno central estructurado en jerarquías.

De 1822 a 1889, en la época del imperio, se establece una división de Poder público en legislativo, ejecutivo y moderador, aunque los dos últimos se concentraban en el Emperador. Todavía se podía decir existía una Monarquía absoluta, ya que aunque formalmente había separación de Poderes, si la voluntad del Emperador era ejercer un Poder absoluto así lo hacía. Otra característica de la época fue que ya se contaba con una organización administrativa estable, aunque regida predominantemente por el Derecho privado.

La influencia francesa comienza a permear la cultura jurídica brasileña

²⁶ Dromí, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª. Edición actualizada, Buenos Aires, Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura, 2001, p. 176. En el mismo sentido Marriehoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, T. I., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 160.

²⁷ *Ibidem*, p. 175.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

hasta que por fin, bajo los auspicios del Emperador Don Pedro II, el Derecho administrativo pasa a ser incluido en los programas de las Facultades de Derecho, la primera Facultad en enseñar este Derecho administrativo fue la de la Universidad de Sao Paulo en 1856 cuyo primer regente fue Francisco María de Souza Hurtado de Mendoza.

Como consecuencia del establecimiento de las primeras cátedras de derecho administrativo en Brasil, se produjeron las primeras obras doctrinales en la materia tales como, Elementos de derecho administrativo, de Vicente Pereira do Rego en 1857; Derecho Administrativo Brasileño, de Prudencio Giradles Tavares de Vega en 1862; Ensayos sobre el Derecho Administrativo Brasileño, del Vizconde de Uruguay en 1862, que cabe enfatizar es la mejor obra de esta esplendorosa época; Derecho Administrativo Patrio, de Francisco María de Souza Hurtado de Mendoza, en 1865; Epítome de Derecho administrativo brasileño, de 1865; Derecho Administrativo Brasileño, de Antonio Joaquín Ribas conocido también como el Consejero Ribas, en 1866; Lecciones de Derecho Administrativo, de José Higinio Duarte y Pereira.

A partir de 1889 el derecho administrativo en Brasil, comienza a cobrar nuevos bríos bajo el amparo de la instauración de la República, esta disciplina jurídica es resultante de una mezcla de las culturas jurídicas francesa, italiana, y norteamericana, adoptando de está última el sistema federal presidencialista y el monopolio jurisdic-

cional de un Poder judicial, es decir se excluyó la posibilidad de una jurisdicción administrativa.

El siglo XX se inaugura con una nueva y numerosa corriente doctrinal, destacan las siguientes ediciones: *Tratado de la Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo*, de Augusto Olimpo Viveros de Castro en 1906; *Nociones de Derecho Administrativo Brasileño*, de Alcides Cruz; *Lecciones de Derecho Administrativo*, de Carlos Puerto Carrillo; *Derecho Administrativo y ciencia de la Administración*, de Porfirio de Oliveira Santos en 1919; *Pre-lecciones de Derecho Administrativo*, en 1923; *Derecho Administrativo Brasileño*, de Aarón Reis; *Concepto de Derecho Administrativo*, de Mario Masagao, en 1926; *Principios de Derecho Administrativo Brasileño*, de Rui Cirne Lima en 1937.

De ahí en adelante el derecho administrativo en Brasil va poco a poco entretrejiéndose, con la experiencia interna y abrevando de las fuentes extranjeras lo que considera útil, así por ejemplo en el sector de los contratos administrativos se ha apoyado en las experiencias italiana y alemana; en materia de responsabilidad del Estado y servidores públicos ha volteado la mirada hacia Francia; en el tema de la justicia administrativa se ha asimilado al esquema norteamericano; etc.

La doctrina administrativista ha sido desde entonces prolija y brillan nombres de autores como: Caio Tácito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Jr., Olavo Bilac Pinto, Hely López Mireilles, José de Aguiar Días, Mantel de Oliveira Franco

Seminario de Derecho Administrativo

44

Sobrinho, Fernando Andrade Oliveira, Lafayette Pondé, María Sylvia Zanella Di Pietro, Odette Medauar, Celso Antonio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gaparini, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sérgio de Andréa Ferreira; Sérgio Ferraz, Carlos Reis Velloso, Pedro Paulo de Almeida Dutra, Paulo Neves Carvalho, Valmir Pontes Filho, Romeu Bacellar Filho, entre otros.

Para medir la importancia del derecho administrativo en Brasil, baste con señalar que existen aproximadamente 500 profesores de esta materia en las diversas Facultades de Derecho brasileñas.

COLOMBIA

La formación y consolidación de un derecho administrativo en Colombia, también recibió el influjo de la escuela francesa, de este modo la doctrina coincide en señalar la creación de Consejo de Estado por decreto de Simón Bolívar en 1828, como el inicio del Derecho administrativo en Colombia.²⁸

Para Libardo Rodríguez, la existencia efectiva del Derecho administrativo comenzó en 1914 con el nacimiento de la vida institucional de Colombia, cuando se crea un derecho especial para

²⁸ Rodríguez Rodríguez, Libardo, "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa de Colombia", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, año LXVII, no. 122, Caracas, 2001.

la administración pública.²⁹ Al mismo tiempo se empiezan a generar las primeras obras doctrinales del Derecho administrativo colombiano.³⁰

CHILE

La primera manifestación pública por el interés de estudiar un derecho administrativo, fue de José Victorino Lastarria, quien en respuesta a una invitación del decano de la Facultad de Leyes para que opinaran sobre el plan de estudios expresó que era conveniente que, durante el segundo año se cursara...el derecho público administrativo.³¹

En la doctrina la primera obra de derecho administrativo chileno, intitulada: *Principios elementales de derecho administrativo chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional*, vio la luz en 1859, bajo la autoría de de Santiago Prado.³²

²⁹ Rodríguez Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho administrativo", *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM- IJ, 2005, p. 313.

³⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, "Un siglo de derecho administrativo en Colombia", *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. II, Madrid, Civitas, 2003, p. 1354.

³¹ Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho y la administración del Estado en Chile, Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 5.

³² Ibidem.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

45

Asimismo la primera cátedra de derecho administrativo, fue inaugurada por Valentín Letelier en 1887, quien además de ser catedrático, desempeñó el cargo de fiscal del Tribunal de Cuentas.

De entre los autores contemporáneos en el campo del derecho administrativo chileno destacan entre otros, las obras de los catedráticos Rolando Pantoja Bauzá, Enrique Silva Cimma, y Eduardo Soto Kloss.

Particularmente el profesor Pantoja se ha echado a cuestras la labor de tutelar a un equipo de nuevos y brillantes administrativistas que empiezan a rendir frutos en el campo de esta materia tan dinámica, ejemplo de ello es la obra intitulada, *Derecho Administrativo Chileno*, publicada en México, en la prestigiosa casa editorial Porrúa en convenio con la máxima casa de estudios en México, la UNAM, coordinada por el mismo profesor Pantoja y cuya lectura se recomienda para tener un panorama completo y actualizado sobre el derecho administrativo chileno en todas sus áreas.

MÉXICO

En 1852 Teodosio Lares publica, *Lecciones de Derecho Administrativo*, en donde este notable jurista mexicano definió al derecho administrativo como la ciencia de la acción y de la competencia del Poder Ejecutivo, de sus agentes, y de sus tribunales administrativos en relación con los intereses de los ciudadanos y con el interés

general del Estado.³³ Cabe apuntar que Lares además de dar a conocer la doctrina administrativista existente en el continente europeo propone la creación de un tribunal de lo contencioso administrativo.³⁴

En 1874 se publica *Ensayo sobre Derecho Administrativo Mexicano*, bajo la autoría del jurista oaxaqueño José María del Castillo Velasco, este autor considera que el derecho administrativo lo constituye el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación forma su administración particular.

A diferencia de Teodosio Lares quien basaba el derecho administrativo en principios del orden racional cuyas consecuencias son las instituciones administrativas, para Castillo Velasco el fundamento del derecho administrativo es el Estado de Derecho.³⁵

En la última década del régimen del presidente Porfirio Díaz, era ya notorio que las concepciones básicas del liberalismo clásico, incorporadas en la Constitución de 1857 habían entrado en decadencia.

En lo político se había declarado que los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales, y en lo económico involu-

³³ Lares, Teodosio, "Lecciones de Derecho Administrativo", *Res Pública*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Año I, no. 1, enero-abril 2005, p. 293.

³⁴ Fernández Ruiz, Jorge, "Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Martha Morineau*, Tomo I, México, UNAM, págs. 167 y 168.

³⁵ *Ibidem*, p. 172.

Seminario de Derecho Administrativo

46

craban como verdades evidentes las enseñanzas que habían recogido de Adam Smith y de Jeremías Bentham.

Al decir de Vallarta: ...la economía no quiere que el legislador más que la remoción de toda traba, hasta las de protección que el solo interés individual, en fin, es el que debe crear, dirigir y proteger toda especie de industria,...³⁶

Las necesidades sociales y políticas, más apremiantes que las teorías, obligaron al gobierno federal, a fines del siglo XIX y a principios del XX, a efectuar intervenciones económicas muy alejadas del pensamiento vallartino, tales como la importación de maíz por cuenta del gobierno para venderse por abajo del costo, así como la nacionalización de los ferrocarriles.

Bulnes relata que el presidente Díaz le confió una vez: "*Los mexicanos están contentos con tener la decoración de las instituciones, mejor que las instituciones sin decoración.*"³⁷

Con excepción del libro editado por Don Trejo Lerdo de Tejada, intitulado, *Derecho Administrativo Mexicano* en 1911, las primeras décadas del siglo XX, no presenciaron ningún desarrollo en la doctrina administrativista mexicana, época por demás, plena de inestabilidad política y social en México.³⁸

En el ámbito del Derecho positivo, el derecho administrativo obtiene un

³⁶ Carrillo Flores, Antonio, "*La evolución del Derecho Administrativo*", Revista de Administración Pública, no. 88, México, p. 6.

³⁷ Bulnes, *El verdadero Díaz*, México, Editora Nacional, S.A., 1952, p.39.

³⁸ Fernández Ruiz, Apuntes...*op. cit.*, p.173.

adelanto con la expedición de la Ley de 6 de enero de 1915, con el Consejo de Luis Cabrera, quienes darían al problema del campo, la jerarquía mayor en el empeño revolucionario. Esa ley señala, en muchos sentidos, el punto inicial del rumbo que habría de tomar derecho administrativo del México por varias décadas.

Por lo que concierne a la Constitución de 1917, vigente hasta hoy, los diputados de Querétaro ya no legislaban, como los de 1857, "para todo el mundo". La nueva Constitución, y en eso radica su mérito mayor, no aspiró a ser un Código universal, sino una ley exclusiva entrañablemente mexicana.

Carrillo Flores se pregunta, ¿La nueva Constitución hace un abandono formal de la doctrina económica liberal? A la cual se responde que no se trata de un abandono completo o sistemático de las doctrinas del liberalismo económico, se pisa terreno más sólido si se afirma que en 1917 se manifestó una tendencia reformadora, así por ejemplo en el artículo 27 se restringe la propiedad de los extranjeros, se declara la propiedad nacional sobre el petróleo, los minerales etc.³⁹

El artículo 28 constitucional aunque conserva el principio de libre competencia sin embargo, se establece que "*la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia...todo lo que constituya una ventaja indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social*".

³⁹ Carrillo Flores, *op. cit.*, p. 8.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

Por lo que respecta al artículo 123 constitucional, el precepto aprobado en 1917 desechó la concepción liberal del trabajo humano como una mercancía cuyo precio fije la libre concurrencia.

La Constitución concedió a la Administración atribuciones que le permitirían intervenir activamente en el proceso económico.

Cabe destacar que las reformas constitucionales de 1917 no se plantearon como objetivo ir en contra de todos los principios básicos del liberalismo económico. Si embargo si había un interés de vigorizar al “sector público”, modificando algunos principios liberales que habían mantenido en México una estructura feudal en el campo y dejando al capital extranjero la explotación de nuestros recursos naturales y de los servicios públicos (ferrocarriles, tranvías, telégrafos, teléfonos, agua potable, abasto de luz y fuerza motriz) debían ser poseídas y administradas por los gobiernos municipales, local o federal.

Se puede apreciar un propósito político del constituyente de 1917 de fortalecer al Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo, un fortalecimiento que se había comenzado a plantear desde el periodo de gobierno del Presidente Lerdo de Tejada,⁴⁰ en la Constitución de 1917 se conservaron

⁴⁰ Ya que al parecer de Don Lerdo de Tejada bajo el cobijo de la Constitución de 1857, “...el Legislativo lo es todo y el Ejecutivo, carece de autoridad...”, Venegas Álvarez, L. Noemí, *Política y administración de Sebastián Lerdo de Tejada (Presidente de México 1872-1876)*, (Tesis de Licenciatura), México UNAM, 1993, p.95.

las funciones tradicionales del control del Poder Judicial sobre el Poder ejecutivo, que es acaso uno de los datos salientes de la evolución del derecho administrativo.

No obstante lo anteriormente señalado, la realidad llevo a la necesidad de expedir la Ley de Justicia Fiscal de 1936, en donde acogíéndose al pensamiento de Ignacio Mariscal, quien sostenía, que sin el apoyo de una Ley reglamentaria, no era posible la creación de organismos especializados que conocieran de asuntos contenciosos administrativos.⁴¹

Aunque el propósito concreto de la Ley de Justicia Fiscal de 1936 era suprimir la revisión, por la vía judicial ordinaria, de las decisiones y procedimientos en materia tributaria para encomendarlos a un tribunal administrativo, implícitamente resolvió a favor de la autoridad administrativa otra cuestión de mayor entidad: que los órganos del poder ejecutivo en contra de lo sostenido en la ejecutoria Álvarez Rul y Miranda Iturbe pueden aplicar la Ley inclusive en casos dudosos o controvertidos, aun cuando con ello se afecten intereses particulares, siempre que no se trate de materias que por la Constitución estén expresamente reservadas al poder Judicial, como la imposición de las penas por la comisión de delitos, y no se restrinja el derecho de los agraviados para recla-

⁴¹ Cortina G. Quijano, Aurora, “La Naturaleza Jurídica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Tomo III, México, TFJFA, 2000, p. 55.

mar en amparo contra la decisión final dictada en la esfera administrativa.⁴²

La Ley de Justicia Fiscal de 1936 creó el primer Tribunal administrativo federal (contencioso administrativo), plenamente autónomo, dentro del poder Ejecutivo, conservándole la posibilidad de la revisión ante la Suprema Corte de Justicia los fallos de los tribunales administrativos ante dicha Corte.⁴³

Por lo que respecta a la Administración activa, en la Constitución de 1917 se mantuvieron las disposiciones que dan a los secretarios de Estado la potestad de refrendar o negar el refrendo a los actos del Presidente de la República que sin la firma del titular del ramo correspondiente no serán obedecidos, según el texto expreso del artículo 92, aplicable no solamente a las órdenes sino también a los reglamentos y decretos del jefe de la Nación.

En Querétaro se hicieron tres modificaciones importantes a la estructura del Ejecutivo, la primera fue la creación de los departamentos administrativos, órganos con la jerarquía de las secretarías de Estado pero sin funciones políticas, sólo administrativas.

La segunda, fue elevar al Procurador General de la República al rango de alto funcionario de la Federación, y

se le concedió la atribución de actuar como consejero jurídico.

Y la última fue la creación del Consejo de Salubridad, que dependería directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna secretaría de estado y con atribuciones de dictar disposiciones generales obligatorias en el país; en casos graves inclusive sin la sanción del presidente de la República y sujetas a revisión del Congreso de la Unión.

La Universidad Nacional Autónoma de México tuvo en 1917 el carácter de Departamento Administrativo, para después convertirse en un organismo autónomo.

Bajo el amparo de la Constitución de 1917 comenzaron a crearse los organismos autónomos, que poco a poco han incrementado su número, sin que se pueda decir, exista un criterio para el establecimiento de estos.

En el tema de la descentralización, la Constitución de 1917, recogiendo una idea de Don Francisco I. Madero, reiterada en 1915, por Venustiano Carranza, dispuso en el artículo 115 que los Estados adoptarán como base de su división territorial y su división administrativa, el municipio libre, suprimiéndose así las jefaturas políticas que existieron hasta 1913. En 1928 se suprimen los municipios del Distrito Federal.⁴⁴

La Constitución de 1917 originalmente, establecía que las facultades del Presidente en cuanto al nombra-

⁴² Carrillo Flores, *op. cit.*, págs. 14-15.

⁴³ Heduan Virués, Dolores, "Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación un instrumento de justicia", ponencia dictada en el *Segundo Simposium organizado por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa A.C.*, México, 1980, p. 7.

⁴⁴ Sayeg Helú, Jorge, "Marco histórico-jurídico del artículo 115 constitucional", *La Reforma Municipal en la Constitución*, México, Porrúa, 1986, págs. 5-48.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

49

miento y remoción de funcionarios y empleados podían ser las siguientes:

1. *Libre nombramiento y remoción de los altos funcionarios*
2. *Nombramiento y/o remoción de los funcionarios sujetos a requisitos constitucionalmente establecidos.*

En cuanto al régimen patrimonial del Estado, el artículo 27 constitucional introdujo modificaciones capitales a la legislación que regía inmediatamente antes de la revolución, se reincorporan al patrimonio nacional el petróleo, se definió con rango constitucional el dominio inalienable e imprescriptible del Estado sobre minas, corrientes de agua, y sobre el mar territorial.

A partir de la Constitución de 1917 a la fecha muchos han sido los cambios para el Derecho administrativo mexicano, tanto en la esfera del Derecho positivo, como en la doctrina y la jurisprudencia, tratar todos estos cambios que han producido sus efectos principalmente en lo que se refiere a estructura administrativa, función administrativa, contratos administrativos, servicios públicos, régimen patrimonial del Estado, servidores públicos, y resolución de conflictos entre ciudadanos y autoridades administrativas, sería tanto como reseñar una centuria de la vida del pueblo mexicano.

V. CONTENIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Aunque se ha reiterado en este trabajo que la definición de derecho administrativo no puede sino tener un valor relativo, sin embargo el contenido de la materia puede decirse, aborda generalmente los siguientes aspectos:⁴⁵

1. La organización administrativa de un país determinado. La estructura de todas sus autoridades y toda clase de órganos administrativos.
2. La actividad administrativa, el derecho administrativo analiza la actividad desempeñada por toda la estructura administrativa del país, en todas las formas en que se manifieste dicha actividad, tales como, actos administrativos, procedimientos administrativos, servicios públicos, contratos administrativos, la responsabilidad administrativa, etc.
3. Los recursos de la administración, el Derecho administrativo analiza el régimen jurídico de los recursos humanos al servicio del Estado, funcionarios y servidores públicos en general así como los bienes materiales que el Estado

⁴⁵ Laubadere, Andre de, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, 2a. Edición, Paris, LGDJ, 1957, págs. 11-12.

Seminario de Derecho Administrativo

50

utiliza en el desarrollo de su función administrativa.

4. El Estudio del Derecho administrativo comprende también el contencioso administrativo y/o el control jurídico de la administración, corresponde a esta disciplina la solución de controversias que se presenten entre la Administración pública y los particulares, así como los sistemas de transparencia administrativa.

VI. UBICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se parte de la premisa que el derecho es una unidad, sin embargo para efectos de delimitación didáctica, de método y de sistema se han adoptado diversas criterios de división del Derecho, un criterio sumamente útil es aquél que ha distinguido entre derecho público y derecho privado,⁴⁶ diferenciación que tuvo su origen en el derecho romano.

El derecho administrativo forma parte del derecho público, ésta última disciplina comprende la organización del Estado, la situación jurídica de los Poderes y personas públicas; así

⁴⁶ El Derecho privado es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares entre sí y aquellas en las que el Estado intervenga, cuando no haga uso de su carácter de autoridad.

como sus relaciones con el carácter de autoridad frente a los particulares.⁴⁷

Siendo la administración pública la única personificación del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos, es seguro señalar que el derecho administrativo es un derecho público.⁴⁸

El derecho administrativo es también autónomo, la autonomía de un sistema jurídico supone la existencia de un conjunto de reglas, con orígenes propios, y aplicables a una situación jurídica en concreto, enfatiza esta autonomía la existencia de un ámbito jurisdiccional especializado.⁴⁹

El derecho constitucional, también ubicado en el derecho público, por su parte regula la organización del Estado, la organización y las relaciones de los Poderes públicos y los derechos de los individuos; aunque está íntimamente ligado al Derecho administrativo son distintos,⁵⁰ ya que el derecho administrativo abarca sólo la función administrativa del Estado y sus órganos administrativos.

⁴⁷ Buttgenbach, André, *Manuel de Droit Administratif*, vol. I, 3ª. Edición, Bruselas, Bélgica, 1966, p. 3.

⁴⁸ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón; 5ª. Edición, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, p. 44.

⁴⁹ Dussault, Rene et Louis Borgeat, *Traite de Droit administratif*, Canada, Les Presses de L'Université Laval, 1984, p. 29.

⁵⁰ Rolland, Louis, *Précis de Droit administrative*, p. 1.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

51

Actualmente se puede afirmar que el derecho administrativo se encuentra sujeto a los principios del derecho constitucional, aunque históricamente no siempre fue así, el derecho administrativo vivió mucho tiempo bajo una separación, en razón de que no habían normas constitucionales que encuadraran la función administrativa. En la época de la III República, por ejemplo, la Declaración de Derechos del Hombre, no se encontraba en vigor; las Leyes constitucionales de 1875 regulaban la organización de Poderes públicos sin principios de fondo. El derecho administrativo se erigía así, sin una referencia directa a la Constitución.⁵¹

Antes de concluir este apartado es menester referirse a la opinión de aquellos autores que consideran la privatización del derecho administrativo, no viene a ser otra cosa sino que el Estado adopta las técnicas de administración de los particulares, o bien que la administración pública se regule por normas de derecho privado,⁵² al respecto el distinguido administrativista mexicano, Miguel Acosta Romero, ha manifestado que este tipo de fenómeno es una consecuencia natural de la evolución dinámica del derecho, pero en ningún momento se pierde el carácter de persona pública del Esta-

do, y el derecho administrativo no por ello pierde su autonomía.⁵³

VII. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

A) LA AYUDA DE LOS CLÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los autores clásicos en esta materia, son aquellos que han sobrepasado el curso del tiempo para hacerse ver, cada vez más, como los pilares en los que se asienta nuestra ciencia jurídica actual. Por desgracia no todas las obras de estos autores son fácilmente accesibles, muchas veces porque las ediciones han sido agotadas y a los alumnos de las facultades de derecho sólo les queda leer la cita que sobre dichas obras hacen los nuevos autores.

La lista de autores clásicos del derecho administrativo, es de cierta forma interminable, pero en un afán por rescatar cuando menos un aspecto, a continuación se trata de transcribir algunas de las definiciones que sobre derecho administrativo crearon, sólo algunos de estos clásicos del derecho administrativo, sin que se piense que los autores que aquí no aparecen han sido desdeñados.

1. El Derecho Administrativo es la rama del Derecho público interno que estudia las reglas jurídicas especiales relativas a la actividad del Poder ejecutivo y a la adminis-

⁵¹ Dussault, *op. cit.* p. 30.

⁵² Existen importantes estudios de los romanistas en donde se explica el origen de algunas instituciones del Derecho administrativo en el Derecho privado de Roma, vrg. Fernández de Buján, *Derecho público romano*, 2ª edición, Madrid, 1997.

⁵³ Acosta Romero, *op. cit.*, págs. 19-22.

Seminario de Derecho Administrativo

52

- tración y servicios públicos, para asegurar la realización del bien público (André Buttgenbach).⁵⁴
2. Se puede definir- al Derecho Administrativo- como la rama del Derecho público interno que comprende la organización y la actividad de aquello que se llama administración, es decir, el conjunto de autoridades, agentes y organismos, encargados, bajo el impulso de los poderes políticos, de asegurar las múltiples intervenciones del Estado moderno (André Laubadere).⁵⁵
 3. Es la parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las relaciones jurídicas consiguientes entre ella y los demás sujetos (Zanobini, Guido).⁵⁶
 4. El Derecho Administrativo, es el Derecho de la Administración (Vedel, Georges).⁵⁷
 5. El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones públicas en cuanto personas (García de Enterría, Eduardo).⁵⁸
 6. El Derecho Administrativo es esa rama del Derecho público interno merced a la cual los diferentes servicios públicos que se encuentran agrupados en administración del Estado, de las provincias, de las comunas, y que están bajo la dependencia de esas administraciones, y que constituyen generalmente personas públicas, y se encuentran sujetas al Derecho constitucional, y por reglas especiales en cuanto a su organización y funcionamiento (Wigny, Pierre).⁵⁹
 7. Es la ciencia de la acción y competencia del Poder ejecutivo, en cuanto ordena y regula los intereses generales (Colmeiro, Manuel).⁶⁰
 8. Es el conjunto de reglas que determinan la composición, el

⁵⁴ Buttgenbach, André, *Manuel de Droit Administratif*, vol. I, 3ª. Edición, Bruselas, Bélgica, 1966, p. 3.

⁵⁵ Laubadere, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁶ Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, traducción a la quinta edición, Buenos Aires, ediciones Arayu, 1954, p. 39.

⁵⁷ Vedel, Georges, *Droit Administratif*, 6a. Edición, Paris, Presses Universitaires, 1976, p. 57.

⁵⁸ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón; 5ª. Edición, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, p. 43.

⁵⁹ Wigny, Pierre, *Droit administratif*, Principes généraux, Bruselas, Bélgica, Ediciones Bruylant, 1953.

⁶⁰ Colmeiro, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, 3ª edición, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, págs. 5-7.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

53

reclutamiento y el estatuto de estas personas y organismos de la administración; determinan sus poderes; determinan complementariamente los límites de esos poderes; y las faltas cometidas en su ejercicio (Waline, Marcel).⁶¹

9. Es la rama del Derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa (Gabino Fraga).⁶²
10. La rama del Derecho público interno y en muchos casos externo, constituido por el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del Poder ejecutivo y el ejercicio de la función administrativa del Estado (Serra Rojas, Andrés).⁶³

B) LOS AUTORES DE VANGUARDIA

En las últimas décadas han surgido administrativistas de gran valor quienes además de profundizar en la literatura clásica del derecho administrativo, han trabajado con el tropel de nuevos contenidos y enfoques de recambio, no pretenden estos nuevos autores desaparecer los viejos temas,

sino más bien actualizarlos a estos nuevos tiempos, seguramente estos administrativistas que hoy son la vanguardia serán los clásicos de mañana, por razones de extensión serán citados sólo algunos, sin que ello signifique menospreciar a otros muchos autores que en el día a día luchan desde sus trincheras, a través de su labor cotidiana por la creación de un Derecho administrativo adecuado al interés público de hoy.

1. El Derecho Administrativo, es la rama del Derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta (Agustín Gordillo).⁶⁴
2. El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de éstas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares (Jorge Fernández Ruiz).⁶⁵
3. Perteneciendo al género del Derecho público, la diferencia específica que permite alcanzar su con-

⁶¹ Waline, Marcel, *Droit Administratif*, 9ª edición, Paris, Sirey, 1963, págs. 4-5.

⁶² Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 7ª. Edición, México, Porrúa, 1956, p.3.

⁶³ Serra Rojas, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁴ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo de Aguascalientes*, México, Porrúa, 2006, p.46.

Seminario de Derecho Administrativo

54

cepto radica en su objeto: regula la organización de la Administración, tanto en lo que refiere a su estructura (aspecto estático) como a su funcionamiento (aspecto dinámico), y la actividad de ésta, tanto la concretada en actos jurídicos (aspecto teórico) como en operaciones materiales (aspecto práctico), que se realiza a través del ejercicio de la función administrativa. En su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como un intento permanente de hacer compatibles las prerrogativas de la Administración con las garantías de la libertad del administrado, en función del fin trascendente de la obtención del bien común (Carlos E. Delpiazzo).⁶⁶

4. El Derecho Administrativo es la rama del derecho público aplicable a la administración pública. También se puede definir como el conjunto de reglas jurídicas relativas a la organización, a la actividad y a su control (Enrique Rojas Franco).⁶⁷
5. El Derecho Administrativo es la rama del derecho público que estudia los principios y normas de derecho público, la función admi-

⁶⁶ Del Piazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo uruguayo*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 8.

⁶⁷ Rojas Franco, Enrique, *Derecho Administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa-UNAM, 2006, págs. 44 y 45.

nistrativa y actividad de la administración pública, también estudia las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, relaciones entre los mismos particulares, las relaciones interorgánicas y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado (Hugo Haroldo Calderón).⁶⁸

6. Rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio a las normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, así mismo, al control judicial de ésta (Julio Comadira).⁶⁹
7. El Derecho Administrativo general, que comprende el estudio de los principios que rigen la organización y funcionamiento de la administración, incluyendo las nociones básicas relativas a la jurisdicción administrativa y al procedimiento contencioso administrativo. El Derecho administrativo colombiano, que estudia la forma como se aplican en Colombia los principios a que se refiere el derecho administrativo general. El Derecho administrativo especial, que analiza la organización y fun-

⁶⁸ Calderón M., Hugo Haroldo, *Derecho Administrativo guatemalteco*, México, Porrúa-UNAM, 2004, págs. 53 y 54.

⁶⁹ Comadira, Julio, *Derecho Administrativo argentino*, México, Porrúa-UNAM, p. 6.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

55

cionamiento de los diversos sectores administrativos en particular, o sea, que tiene pro objeto el análisis concreto y detallado de las instituciones estudiadas en las partes general y colombiana. El Derecho contencioso administrativo o derecho procesal administrativo, que estudia los órganos y procedimientos jurisdiccionales existentes para resolver los litigios a que dé lugar la aplicación del derecho administrativo (Libardo Rodríguez Rodríguez).⁷⁰

8. El Derecho Administrativo es aquella disciplina jurídica que estudia la función administrativa, esto es, la actividad pública que se expresa en servicios públicos y en la promoción del desarrollo sustentable del país y de su población, en este caso, en una efectiva contribución a que todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional –alcancen– su mayor realización espiritual y material posible.⁷¹

VIII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL UMBRAL DE LA POSMODERNIDAD

Se puede afirmar que Latinoamérica ha entrado ya a la posmodernidad, han quedado atrás los tiempos del

⁷⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo colombiano*, México, Porrúa-UNAM, 2004, págs. 5-6.

⁷¹ Pantoja Bauza, Rolando, *op. cit.*, p. 19.

paradigma, del optimismo y la certeza de la realización de un auténtico bien común como producto de las grandes proezas: guerras de independencia, revoluciones, Mercados libres, globalización, etc.

La modernidad fue la superación de la tradición a partir de una expansión del raciocinio, promovida en Europa, por el Renacimiento, la Ilustración y la primera fase de la economía global capitalista. Este proceso fue de Europa a Norteamérica y posteriormente al resto del mundo. Luego se desarrolló el socialismo y aunque distinto al capitalismo y al liberalismo, formó parte de la modernidad.

En México como en casi toda América Latina, la modernidad llegó también a través de los españoles que alimentaron los proyectos criollos. El establecimiento de las distintas repúblicas en Latinoamérica es producto de la modernidad.

La idea que la modernidad se agotó al final del siglo XX y que la humanidad había entrado en una nueva etapa histórica, se planteó primeramente en el ámbito artístico, se manifestó a través del resurgimiento y la combinación de viejos estilos, el retorno a lo concreto en vez de lo abstracto, de ahí ha pasado al campo de las ciencias sociales. La posmodernidad está ligada al fracaso del Siglo de las Luces que habían especulado con la idea de un progreso social inminente. Lo que ha llevado a pensar que posmodernismo es sinónimo de pesimismo, en donde reina la incertidumbre, en donde el conocimiento científico es importante pero ya no es suficiente. También se puede

Seminario de Derecho Administrativo

56

ver al posmodernismo como la aceptación de que no hay recetas únicas para los males de todos, no se sabe a ciencia cierta cuáles son los determinantes de la evolución social.

México está inmerso hoy en un inmenso contradictorio proceso de cambio político mayor, así lo sugieren los siguientes indicadores: los partidos de oposición al gobierno han adquirido fuerza, convirtiéndose en partidos reales, el congreso federal no está compuesto como lo estuvo por largo tiempo, mayoritariamente por miembros del partido en el gobierno; en las entidades federativas hay gobernadores de militancia política distinta a la del Presidente constitucional; los medios de comunicación reflejan un grado de pluralidad desconocida hasta hace poco; hay una gran gama de organizaciones no gubernamentales a la que hay que dar participación; no obstante el respeto al principio de división de poderes escrita en la Constitución no funciona en la práctica, la presidencia aunque debilitada sigue predominando, hoy apoyándose reciamente en la milicia. En tanto que la justicia y la maquinaria administrativa siguen distinguiéndose por regirse por la corrupción, ineficiencia e irresponsabilidad. Los medios de comunicación electrónicos continúan manipulando la información.⁷²

En la realidad mexicana el liberalismo sin adjetivos o el social, simplemente no han existido. En ningún tiempo el liberalismo mexicano ha

⁷² Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario, las contradicciones del sistema político mexicano*, Editorial Océano de México, 1995, p.69.

dejado de ser sólo un proyecto y en el discurso ha servido solo para encubrir el autoritarismo, injusticia y corrupción y en el mejor de los supuestos se trata todavía de una meta por alcanzar.⁷³

Si en este contexto se pretende hablar del derecho administrativo, se puede encontrar que a partir de la tercera década del siglo pasado dejó de entenderse al derecho administrativo como el marco jurídico normativo de los servicios públicos, pasando a ser conceptualizado como un ordenamiento jurídico que regula la estructura, la organización, el funcionamiento y las relaciones de la administración pública, bajo características específicas de prerrogativas y restricciones.⁷⁴

Como bien puede apreciarse el concepto de derecho administrativo no ha variado en la últimas décadas sin embargo una cosa es el discurso y otra la práctica, cabe resaltar que en muchos sistemas latinoamericanos se ha instalado un sistema que aparenta ser liberal pero que en el fondo se trata de un autoritarismo, frecuentemente se encuentran términos como “individuo” o “sujeto” en vez de ciudadano, la administración tiene una función de proveedora, desde un escaño superior a la ciudadanía. Bajo el amparo de un “liberalismo autoritario”, la actividad administrativa se caracteriza más por numerosos espacios de discrecionalidad.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Fernández Ruiz, Jorge, “Derecho administrativo”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VII, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 626.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

57

dad, dando la apariencia de una administración ajena al derecho.⁷⁵

La situación de Europa y de Estados Unidos es distinta, la diferencia la ha hecho la democracia real que han vivido estos pueblos, en donde el principal rasgo ha sido el respeto a un marco jurídico sustentado en una verdadera separación de poderes y un conjunto de derechos humanos igualmente respetados, en tanto que para América Latina esta democracia sigue siendo sólo una aspiración o en el mejor de los casos un proceso que apenas empieza, pero en donde no se han encontrado líderes que estén a la altura de las demandas ciudadanas para dirigir este proceso de democratización.

IX. LAS NUEVAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Quien estas líneas suscribe quisiera cerrar este artículo de manera optimista diciendo que, la evolución actual de la administración y del derecho administrativo hace surgir nuevas estructuras, formas inéditas de intervención administrativa las cuales cabalgando sobre las fronteras del derecho público y del derecho privado, modifican la definición clásica del derecho administrativo, que el derecho administrativo del siglo XXI es la

⁷⁵ Cortiñas-Peláez, León, "De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en Derecho administrativo", *Civitas Revista española de Derecho administrativo*, no. 74, Madrid, abril-junio 1992, p.235.

expresión de una democracia liberal en donde existe un control efectivo del Estado por funcionarios electos y no por el ejército; en donde están bien implementados los límites de la maquinaria administrativa, y sobre todo del titular de Ejecutivo; en donde haya una justicia administrativa que de protección real al ciudadano frente a posibles arbitrariedades y atropellos a sus derechos; en donde la agenda administrativa y las iniciativas legales tengan como punto de partida una sociedad civil políticamente madura.

Pero siendo objetivamente optimistas a lo más que se puede aspirar es a decir que el derecho administrativo poco a poco va ganando terreno en algunas áreas, y perdiéndolo en otras, lo más que estamos viendo en esta primera década son sólo avances parciales de esta disciplina jurídica, como puede ser la consolidación de los tribunales de lo contencioso administrativo que hasta hoy han dignificado su labor permaneciendo independientes de los intereses gubernamentales; sistemas de transparencia informativa en cuanto al manejo de los recursos estatales, que aun con deficiencias ya se han puesto en marcha; se empieza a abrir la discusión en el tema de los energéticos, aunque cabe apuntar que Latinoamérica pierde mucho el tiempo en discusiones en donde muchas veces no se llega a nada; la metrología y normalización han sido una forma de perseverar las funciones de policía administrativa; los medios electrónicos han echado mano de una legislación administrativa "emergente", todavía faltan aspectos más específicos como pueda ser una

Seminario de Derecho Administrativo

58

adecuada regulación de las páginas web gubernamentales; las relaciones gobierno-ciudadanos se empiezan a automatizar, pero no todos los ciudadanos tienen la capacidad económica y cultural para acceder a estos medios; cuestiones como bioética, transgénicos, comunicaciones satelitales también demandan la atención de los administrativistas y del legislador; los llamados derechos humanos de la tercera generación como lo son el derecho a un medio ambiente mejor y el derecho a la paz han recibido de a poco la atención del derecho administrativo, pero todavía falta mucho por hacer, cabe el consuelo que como bien escribió Marienhoff el derecho administrativo es un derecho *in fieri*.

X. FUENTES

Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, décima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1991.

Bigot, Gregoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

Bouzas Ortiz, José Alfonso y Laura Luz Suárez y López Guazo, "Conocimiento científico e interdisciplinaria", *Epistemología y Derecho*, México, UNAM- Posgrado Derecho, 2007.

Bulnes, *El verdadero Díaz*, México, Editora Nacional, S.A., 1952.

Buttgenbach, André, *Manuel de Droit Administratif*, vol. I, 3ª. Edición, Bruselas, Bélgica, 1966.

Calderón M., Hugo Haroldo, *Derecho Administrativo guatemalteco*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, MAP e INAP, 1994.

Colmeiro, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, 3ª edición, Madrid, Imprenta de José Rodríguez.

Comadira, Julio, *Derecho Administrativo argentino*, México, Porrúa-UNAM.

Córdova, Arnaldo, "La Historia, maestra de la Política", *Historia ¿Para qué?*, 22 edición, México, Siglo XXI Editores, 2007.

Cortina G. Quijano, Aurora, "La Naturaleza Jurídica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa", *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Tomo III, México, TFJFA, 2000.

Cortiñas-Peláez, León, "De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en Derecho administrativo", *Civitas Revista española de Derecho administrativo*, no. 74, Madrid, abril-junio 1992.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

59

- Chevallier, Jacques, « L' evolution du Droit Administratif », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, nos. 5-6, Paris 1998.
- Delgadillo Gutiérrez, *Compendio de Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1998.
- DelPiazzo, Carlos E., *Derecho Administrativo uruguayo*, México, Porrúa-UNAM. 2005.
- Dromí, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª. Edición actualizada, Buenos Aires, Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura, 2001.
- Dussault, Rene et Louis Borgeat, *Traite de Droit administratif*, Canada, Les Presses de L'Université Laval, 1984.
- E. Laferrériere, *Cours de Droit Public et Administratif*, v. I, 5 ed. Paris, Cotillon Editeur, Conseil d'État, 1860.
- Fernández de Buján, *Derecho público romano*, 2ª edición, Madrid, 1997.
- Fernández Ruiz, Jorge, "Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Martha Morineau*, Tomo I, México, UNAM.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo de Aguascalientes*, Editorial Porrúa-UNAM, 2006.
- Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 7ª. Edición, México, Porrúa, 1956.
- García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón; 5ª. Edición, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid.
- Gordillo, Agustín, *El Método en Derecho*, El Método en Derecho, Madrid, Civitas, 1997.
- Herrera Molina, Pedro M., *Metodología del Derecho Financiero y tributario*, México, Porrúa, 2004.
- Laubadere, Andre de, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, 2a. Edición, Paris, LGDJ, 1957.
- Linares, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986.
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, *Vivir en policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008.

Seminario de Derecho Administrativo

60

- Maplica de Lamadrid, Luis, *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano (la apertura del modelo de desarrollo de México)*, Noriega editores, México.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, T. I., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. Y 2º. Cursos*, quinta edición, México, Editorial OXFORD, 2004.
- Mestre, Jean Louis, *Introduction historique au Droit administratif français*, Paris, PUF, 1985.
- Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario, las contradicciones del sistema político mexicano*, Editorial Océano de México, 1995.
- Muñoz Arana, Rodríguez, Jaime, *Derecho Administrativo español*, México, Porrúa, 2005
- Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho y la administración del Estado en Chile, Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa- UNAM, 2007.
- Parejo Alfonso, Luciano, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos No. 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- Rivero, M., *Cours de Droit Administratif comparé*, Les Cours de Droit, Paris, 1955.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo colombiano*, México, Porrúa- UNAM, 2004.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho administrativo", *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM- IJ, 2005.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, "Un siglo de derecho administrativo en Colombia", *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. II, Madrid, Civitas, 2003.
- Rojas Arbelaez, Gabriel, *El espíritu de Derecho administrativo*, Bogotá, Editorial Témis, 1972.
- Rojas Franco, Enrique, *Derecho Administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado de Derecho administrativo*, 3ª. Edición, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Sayeg Helú, Jorge, "Marco histórico-jurídico del artículo 115 constitucional", *La Reforma Municipal en la Constitución*, México, Porrúa, 1986.

Contenido y retos del derecho administrativo mexicano...

61

- Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 1961.
- Vedel, Georges, *Droit Administratif*, 6a. Edición, Paris, Presses Universitaires, 1976.
- Venegas Álvarez, L. Noemí, *Política y administración de Sebastián Lerdo de Tejada (Presidente de México 1872-1876)*, (Tesis de Licenciatura), México UNAM, 1993.
- Vittorio, Emmanuel Orlando, "Il Sistema del Diritto Administrativo", *Primo Trattato completo de Diritto Administrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1900.
- Waline, Marcel, *Droit Administratif*, 9ª edición, Paris, Sirey, 1963.
- Weil, Prosper, *El Derecho administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.
- Wigny, Pierre, *Droit administratif*, Principes généraux, Bruselas, Bélgica, Ediciones Bruylant, 1953.
- Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, traducción a la quinta edición, Buenos Aires, ediciones Arayú, 1954.
- A) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS
- Fernández Ruiz, Jorge, "Derecho administrativo", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VII, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- B) REVISTAS
- Carrillo Flores, Antonio, "La evolución del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, no. 88, México.
- Cassese, Sabino, "Il problema della convergenza dei Diritti Amministrativi: ¿verso un modello amministrativo europeo?", *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*.
- Lares, Teodosio, "Lecciones de Derecho Administrativo", *Res Pública*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Año I, no. 1, enero-abril 2005.
- Netto de Araujo, Edimir, "O Direito Administrativo o sua História", *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 95, Sao Paulo, enero-diciembre 2000.
- Plessix, Benoit, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, no. 38, part I, París, 2003.

Seminario de Derecho Administrativo

62

Rodríguez Rodríguez, Libardo, “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa de Colombia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, año LXVII, no. 122, Caracas, 2001.

Romano, Alberto, “El Derecho administrativo italiano desde la unificación nacional hasta las recientes reformas: aspectos de su evolución”, *Documentación administrativa*, no. 248-249, mayo-diciembre 1997.

D) OTROS DOCUMENTOS

Heduan Virués, Dolores, “Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación un instrumento de justicia”, ponencia dictada en el *Segundo Simposium organizado por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa A.C.*, México, 1980.

La expropiación de bienes ejidales comunales

Bertha Beatriz Martínez Garza*

SUMARIO: I Introducción. II Crítica a la Ley Agraria de 1992 sobre expropiación de bienes ejidales y comunales: a) la solicitud; b) la ocupación previa; c) los trabajos técnicos. III Conclusiones. IV Fuentes.

Resumen: En el presente artículo se hace una crítica al texto del artículo 95 de la ley de 1992, que permite la ocupación previa de las tierras expropiadas ejidales y comunales aún antes de acreditar el depósito de la indemnización lo cual ha acarreado graves perjuicios a los campesinos.

* Licenciada, Maestra y Doctora en Derecho, egresada de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es catedrática de esta Facultad de Derecho y ha dictado conferencias y cursos en varias universidades de la ciudad de México y otras universidades de la república. Ha sido magistrada de los tribunales Agrarios, Directora de Asuntos Jurídicos de la Secretaría y Consejera del Cuerpo Consultivo Agrario.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar hay que decir que la propiedad privada se regula por la Ley de Expropiación que no analizaremos, sino exclusivamente lo que se refiere a la propiedad ejidal y comunal que regula la Ley agraria en los artículos 93 a 97.

Así, una vez explicado que debe entenderse por causa de utilidad pública, debe decirse que en la expropiación de bienes ejidales y comunales en la Ley Agraria la que en su artículo 93 expresa que son causa de utilidad pública las siguientes:

- I. El establecimiento, explotación o conservación de un servicio o función públicos;*
- II. La realización de acciones para el ordenamiento urbano y ecológico, así como la creación y ampliación de reservas territoriales y áreas para el desarrollo urbano, la vivienda, la industria y el turismo.*
- III. La realización de acciones para promover y ordenar el desarrollo y la conservación de los recursos agropecuarios, forestales y pesqueros;*
- IV. Explotación del petróleo, su procesamiento y conducción, la explotación de otros elementos naturales pertenecientes a la Nación y la instalación de plantas de beneficio asociadas a dichas explotaciones;*
- V. Regularización de la tenencia de la tierra urbana y rural;*
- VI. Creación, fomento y conservación de unidades de producción de bienes*

o servicios de indudable beneficio para la comunidad;

VII. La Construcción de puentes, carreteras, ferrocarriles, campos de aterrizaje y demás obras que faciliten el transporte, así como aquellas sujetas a la Ley de Vías Generales de Comunicación y líneas de conducción de energía, obras hidráulicas, sus pasos de acceso y demás obras relacionadas; y

VIII. Las demás previstas en la Ley de Expropiación y otras leyes.

Conforme a lo anterior puede concluirse que siempre que exista alguna de las causas antes apuntadas, el Estado podrá, siguiendo el procedimiento respectivo, expropiar a bienes ejidales o comunales, debiéndose hacer la precisión de que aunado a dichas causas el último punto señala que también serán motivo de expropiación las señaladas en la Ley de Expropiación, misma que en su numeral 1 expresa como causas de utilidad pública las siguientes:

- I. El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;*
- II. La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;*
- III. El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.*

La Expropiación De Bienes Ejidales Comunales

III BIS. La construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables.

IV. La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional;

V. La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres y de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;

VI. Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;

VII. La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;

IX. La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad;

X. Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;

XI. La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida;

XII. Los demás casos previstos por leyes especiales.

Con todo lo anterior y de la lectura que se realice de las causas de utilidad pública señaladas tanto en la Ley Agraria como en la Ley de Expropiación, es fácil advertir que las mismas en cumplimiento a lo expresado por el artículo 27 constitucional y en concordancia a lo señalado al principio del presente punto, atiende ya sea a causa pública, de utilidad social o de utilidad nacional.

El numeral 27, párrafo segundo, de la Carta Magna establece que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y *mediante indemnización*.

Sobre el tema de en el momento de entregar la indemnización al perjudicado, hubo bastantes discusiones, y así tenemos que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 se preveía que el pago de la indemnización debía ser previo a la misma, sin embargo es en la Constitución de 1917 cuando el Constituyente se aparta de dicho requisito para establecer que las expropiaciones serán por causa de utilidad pública y *mediante indemnización*.

Sobre el particular debe decirse que las múltiples discusiones que generó tal cambio, eran en el sentido de que debía entenderse por la palabra *mediante*, esto es, si la indemnización debía ser previa, simultáneamente o posterior a la expropiación del bien, cuestión sobre la que el maestro

Lucio Mendieta apunta lo siguiente: “La interpretación que se tuvo como autentica porque proviene de quién tomó participación en los trabajos de redacción del artículo 27 Constitucional según tenemos dicho, está de acuerdo con el significado que el Diccionario de la Academia Española de la Lengua da a la palabra *mediante*: existir o estar una cosa en medio de otras”.

En todo caso de expropiación, deben tomarse en cuenta los siguientes factores: A) el interés público. B) las posibilidades de indemnización por parte del Estado. C) los perjuicios que sufrirá, con la expropiación, el particular expropiado.

Si el interés público es evidente, inaplazable y la expropiación de tal magnitud que resulte imposible para el Estado cubrir la indemnización previa o simultáneamente al acto expropiatorio, puede y debe ocuparse la propiedad-privada, dejando la indemnización para cubrirla con posterioridad, dentro de un plazo definido, de acuerdo a las posibilidades. Lo contrario significaría supeditar un interés público inaplazable, a las posibilidades de indemnización previa o simultánea por parte del Estado, lo que equivaldría a colocar el interés privado sobre el interés colectivo.

Pero estos casos debes ser extraordinarios, se presentarán en circunstancias anormales. Dentro de la vida normal del Estado, el interés público es tan grande en la expropiación, como en que se indemnice al expropiado. En otras palabras, la sociedad está tan interesada en la expropiación como en que se indemnice de una manera

equitativa y oportuna al perjudicado, pues de otro modo si en estos casos generales, comunes, no se indemniza al expropiado, previa o simultáneamente al acto expropiatorio, quedaría la propiedad privada al arbitrio de los gobiernos y su valor sufriría bajas considerables y se introducirían el pesimismo y la incertidumbre en las actividades comerciales o industriales de la población, con perjuicio evidente de los intereses de la sociedad.

Así podemos concluir que la expropiación de bienes ejidales y comunales solo podrá operar siempre que haya una causa de utilidad pública y medie indemnización, entendiendo que el pago de la misma debe ser previa o simultáneamente al acto expropiatorio, y extraordinariamente, en casos en que se deba expropiar con el propósito de llenar una función social de urgente realización, y sus condiciones no permitan el pago inmediato de la indemnización, como debe hacerse en los demás casos, puede ordenarse dicho pago dentro de las posibilidades del erario público.

Ahora bien, una vez explicados los elementos de la expropiación en general, debe decirse que tal figura puede presentarse tratándose de bienes ejidales y comunales, pudiendo concluir que la expropiación en materia agraria es el acto por virtud del cual una autoridad, al presentarse una causa de utilidad pública, privada total o parcialmente de su propiedad a un núcleo de población ejidal todo ello mediando una indemnización a favor de tal grupo.

La Expropiación De Bienes Ejidales Comunales

II. CRITICA A LA LEY AGRARIA DE 1992

El procedimiento para llevar a cabo la expropiación de bienes ejidales y comunales, se encuentra regido por la Ley Agraria y el reglamento de la Ley Agraria en materia de Ordenamiento de la Propiedad Rural (RLAMOPR), de las cuales se desprende lo siguiente:

A) LA SOLICITUD.

El procedimiento de expropiación, establece la Ley Agraria en su artículo 93, deberá tramitarse ante la Secretaría de Reforma Agraria y habrá de hacerse por decreto presidencial que determine la causa de utilidad pública y los bienes por expropiar mediante indemnización.

En los casos en que la administración pública federal sea promovente, lo efectuara por conducto de la dependencia o entidad paraestatal que corresponda, según las funciones señaladas por la ley.

En ese sentido, el Reglamento antes señalado en su numeral 60 apunta que la solicitud de expropiación de bienes ejidales y comunales se presentará por escrito ante el Secretario de la Reforma Agraria y deberá contener los siguientes datos y documentos:

1. Nombre del núcleo agrario, municipio y entidad federativa a la que pertenece.
2. Régimen de propiedad ya sea ejidal o comunal.

3. Superficie analítica (superficie que arrojen los métodos técnicos) que se solicita expropiar.
4. Plano informativo de la superficie solicitada.
5. Causa de utilidad pública invocada y destino que se pretenda.
6. Documentación que justifique la causa de utilidad pública.
7. Si existe ocupación previa del predio por expropiar, el convenio que al efecto se hubiere celebrado. De no existir éste, la descripción de los acuerdos sobre los cuales se pactó la ocupación. En ambos casos la descripción de las obras realizadas y superficies ocupadas.
8. En su caso, dictamen técnico o estudio de impacto ambiental de las Secretarías de Desarrollo social y de la de Medio ambiente, Recursos Naturales y Pesca, según se trate. Además cuando la promovente sea un particular dictamen de factibilidad de la autoridad competente.
9. Compromiso de la promovente de pagar el avalúo y la indemnización en caso de que así se establezca, así como la constancia de la autorización presupuestal correspondiente.

Cuando la promovente de la expropiación sea la propia Secretaria de la Reforma agraria, la solicitud correspondiente deberán suscribirla el Subsecretario de Ordenamiento de la Propiedad Rural y el Oficial Mayor de la misma.

La Secretaría acordará la procedencia del trámite expropiatorio cuando se haya acreditado la naturaleza

Seminario de Derecho Agrario

68

ejidal o comunal de las tierras y quede justificada plenamente la causa de utilidad pública.

A lo anterior, ni debe pasar por alto que el Reglamento de la materia prevé la posibilidad de que el trámite de solicitud de expropiación pueda cancelarse cuando ocurra alguna de las siguientes causas:

1. La promovente se desista de la solicitud de expropiación o no ratifique su interés jurídico en la expropiación.
2. El dictamen técnico, el estudio del impacto de impacto ambiental o el dictamen de factibilidad, en su caso, sean negativos.
3. No se justifique la causa de utilidad pública.
4. La superficie solicitada no pertenezca al régimen ejidal o comunal.
5. Se compruebe que la superficie solicitada ya ha sido expropiada con anterioridad.
6. Se esté en el supuesto contemplado en el art 63 del Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Ordenamiento de la Propiedad Rural (cuando las tierras hayan dejado de estar sujetas al régimen ejidal o comunal)
7. A juicio de la Secretaría de la Reforma Agraria no sea posible la continuación del procedimiento.

En el supuesto a que se refiere el punto 1, la Secretaría requerirá que la promovente, si fuera el caso, acredite haber rescindido el convenio de ocupación previa a satisfacción del afectado, así como haber cubierto la garantía

para reparar los daños y perjuicios que se hayan ocasionado.

Se debe señalar en contra del acuerdo de cancelación del procedimiento expropiatorio que dicte la Secretaría no procederá recurso alguno. (Art 65 del RLAMOPR)

B) LA OCUPACIÓN PREVIA

Por lo que hace al tema de la ocupación previa debe decirse en primera instancia que el artículo 94 último párrafo de la Ley agraria, dispone lo siguiente: “Los predios objeto de la expropiación sólo podrán ser ocupados mediante el pago o depósito del importe de la indemnización, que se hará de preferencia en el fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejidal o, en su defecto, mediante garantía suficiente”.

De lo transcrito, pudiera concluirse que la ocupación de los bienes expropiados procede después de haberse realizado el pago de la indemnización correspondiente, sin embargo la propia ley en su artículo 95 dispone en principio la prohibición de autorizar la ocupación previa de tierras aduciendo que, respecto de las mismas se tramite expediente de expropiación, sin embargo la permite cuando los ejidatarios afectados o la asamblea, si se trata de tierras comunes, aprueben dicha ocupación.

Cuestión que es reafirmada por el Reglamento de la Ley Agraria al disponer en su artículo 66 que la ocupación previa de terrenos ejidales o comunales sólo podrá ser autorizada por la

La Expropiación De Bienes Ejidales Comunes

Asamblea, salvo que se trate de tierras formalmente parceladas, en cuyo caso se requerirá autorización escrita de los ejidatarios titulares de los derechos parcelarios correspondientes.

Así mismo dispone el citado ordenamiento que cuando se trate de la ocupación previa deberá suscribirse el convenio correspondiente, el que contendrá cuando menos lo siguiente:

- I. La superficie a ocupar y su ubicación geográfica;
- II. La contraprestación que se cubrirá por la ocupación, las modalidades de pago y la garantía de su cumplimiento, y
- III. Las causas por las que puede rendirse el convenio, las bases para la devolución de la contraprestación y, en su caso, el pago de los daños derivados de la ocupación.

En la celebración del referido convenio deberá intervenir la Procuraduría Agraria, quien solicitará la inscripción del mismo al Registro Nacional Agrario.

No deberá pasarse por alto que cuando el procedimiento expropiatorio se cancele, se dará por terminado el convenio de ocupación previa, estando obligadas ambas partes al cumplimiento de las contraprestaciones convenidas para tal efecto, debiendo la promovente desocupar la superficie de que se trate, en el plazo que se haya determinado en el propio convenio o, en su defecto, en un plazo de treinta días, a partir del día siguiente en que se acuerde la cancelación.

Para terminar el tema de la ocupación previa y como dato importante debe decirse que tal figura ha tenido con el paso del tiempo grandes cambios, pues antes de la Ley Federal de Reforma Agraria del 16 de marzo de 1971¹, se permitía la ocupación previa de los bienes expropiados, y es precisamente con dicha ley en la que en su artículo 127 se prohibía que se ocuparían los bienes expropiados antes del pago de indemnización correspondiente y recalcar que solo fue derogada.

Actualmente, tal y como se analizó anteriormente, la Ley Agraria en principio prohíbe que se ocupen previamente a la indemnización los bienes expropiados, existiendo la posibilidad de realizarse siempre que se cumplan con los requisitos antes señalados y que desde luego objetamos.

Resulta de gran interés mencionar que respecto del tema la que suscribe Dra. Bertha Beatriz Martínez Garza, al analizar lo que se expresó en el diario de debates de la reforma de 1971, resalta la idea de mantener siempre la prohibición de ocupar previamente al pago de la indemnización las tierras que se pretenden expropiar, resaltando para ello la gran dependencia económica del ejidatario y su familia a las tierras que cultiva y que le propician los bienes necesarios para subsistir, así he apuntado lo siguiente:

“...no puede tampoco desconocerse que el ejido en su conjunto y en lo par-

¹ Chávez Padrón, Martha. El Derecho Agrario en México. Editorial Porrúa. 10ª edición, México 1991. Pág. 341

titular la familia campesina sufre con la expropiación un perjuicio en sus derechos es necesario que el Estado, que el gobierno, que el Ejecutivo le otorgue a los campesinos las condiciones necesarias para que puedan no quedar volando sin patrimonio, sin la posibilidad real de sujetarse con mayor seguridad patrimonial en un medio en el cual ya están incorporados".²

En efecto, de la anterior cita se desprende sin lugar a dudas la gran dependencia de los ejidatarios a las tierras expropiadas, pues éstas son las que permiten obtener los recursos necesarios para subsistir, resultando por ello necesario que se actualice la legislación agraria y se prohíba de nuevo la ocupación previa de los bienes a expropiar, o en su caso se establezca un mecanismo idóneo que asegure, en caso de llevarse a cabo una expropiación y se requiera la ocupación previa debido a la urgencia del caso, que los perjudicados con la misma puedan seguir obteniendo los recursos necesarios para subsistir, pues de lo contrario se les dejaría en un estado de indefensión al no tener certeza de cuando se les pagará la indemnización que serviría para seguir sufragando los gastos que le permitan seguir subsistiendo.

Lo antes dicho cobra mayor importancia si se toma en cuenta que hoy en día existen manifestaciones de ejidatarios y comuneros, que lo que exi-

gen es el pago de las expropiaciones realizadas por el Estado para realizar una obra pública (caso de la carretera federal y de cuota de Cuernavaca), el cual después de empezar los trabajos e incluso de culminar la obra pública, no ha realizado el pago de la indemnización correspondiente, cuestión que resulta aún más importante pues se trata de una persona que siempre cuenta con los recursos necesarios para indemnizar a los particulares ya que año con año designa cierta cantidad de dinero para el pago de sus deudas, lo que podría indicar la existencia de actos de corrupción entre servidores del Estado y los encargados de permitir la ocupación previa de los bienes expropiados.

A lo anterior, considero no se contraponen que en términos del reglamento de la Ley Agraria antes citado, se establezca que en caso de la ocupación previa se llevará a cabo un convenio en el que se pactarán la contraprestación por la ocupación y su forma de pago y, en su caso el pago de daños y perjuicios, pues no debe perderse de vista que la gran mayoría de los ejidatarios son personas que necesitan de sus tierras para subsistir y que en caso de incumplimiento de dicho convenio, quedarían igual de indefensos al tener, en el mejor de los casos que reclamar el cumplimiento de los mismos ante la autoridad competente, trámites que evidentemente son largos y que no aseguran respuesta favorable para el perjudicado.

Por lo expuesto, es por lo que se hace evidente la necesidad de actualizar la legislación agraria para prohi-

² Martínez Garza, Bertha Beatriz. Evolución legislativa de la Ley federal de Reforma Agraria. Editorial Porrúa. México.

La Expropiación De Bienes Ejidales Comunales

bir de manera definitiva la ocupación previa de los bienes expropiados, o en el caso de que se deban ocupar previamente al pago de la indemnización los bienes expropiados debido al beneficio de la colectividad, crear un mecanismo que proteja económicamente de manera más efectiva y pronta a los ejidatarios y sus familias que tanto dependan de las tierras que les son expropiadas, pudiendo para ello crear un programa que garantice que durante el tiempo en que se entrega la indemnización correspondiente, los perjudicados vivirán en un lugar digno y decoroso y, obviamente cubrir sus necesidades básicas, debiendo tener injerencia para el cumplimiento de dicho programa alguna de las autoridades en materia agraria.

Considero que con la prohibición de la ocupación previa o, en su caso, cuando se lleva a cabo la misma, la creación de un programa que garantice el bienestar de los perjudicados, es como el Estado podría velar por los intereses de los sujetos pasivos de una expropiación, pues de lo contrario seguirán ocurriendo los abusos que hoy en día, después de una gran lucha de los ejidatarios y comuneros por sus derechos, siguen existiendo y que el Estado pasa por alto, dejando así indefensas a tales personas que como bien es sabido se encuentran dentro de los grupos más vulnerables del país.

C) LOS TRABAJOS TÉCNICOS

Respecto al tema de los trabajos técnicos, el reglamento de la Ley

Agraria dispone que la Secretaría de la Reforma Agraria solicitara al Registro Agrario Nacional la realización de los trabajos técnicos, que deberán contener:

- I. Levantamiento topográfico de la superficie a expropiar;
- II. Superficie analítica y colindancias de los terrenos a expropiar;
- III. Clase y aprovechamiento de las tierras;
- IV. Asignación de los derechos individuales y de uso común de las tierras de que se trate;

III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto con anterioridad, podemos concluir que actualmente la propiedad privada de la tierra en nuestro país se encuentra dividida entre la propiedad privada, la propiedad ejidal y la propiedad comunal y reglamentada en forma diversa por la ley.

Que no obstante que la propiedad se encuentra dividida, la misma es y seguirá siendo originariamente de la nación, ya que aún y cuando los bienes ejidales y comunales tienen las características de ser inalienables, intransmisibles, inembargables e imprescriptibles y que son otorgados gratuitamente por el Estado para su aprovechamiento y explotación establecidos en la ley y bajo la dirección del Estado en cuanto a la organización de su administración interna basada en la cooperación y democracia eco-

Seminario de Derecho Agrario

72

nómica, y que tiene por objeto la explotación y el aprovechamiento integral de sus recursos naturales y humanos, los mismos son susceptibles de ser expropiados por la autoridad cuando se presenta una causa de utilidad pública y medie indemnización, cuestión que indudablemente confirma dicha propiedad originaria de la nación.

Ahora bien, por lo que hace a la figura de la expropiación se concluye que la misma es un acto unilateral de autoridad, por virtud del cual al presentarse una de las causas de utilidad previstas en la ley, el Estado priva del núcleo ejidal o de la comunidad la propiedad de las tierras otorgadas por el mismo, existiendo la posibilidad de que si dicha causa de utilidad no se lleva a cabo, o se hace de manera deficiente, dichas tierras puedan ser reclamadas y recuperadas por el Fideicomiso del Fondo Nacional de Fomento Ejidal (FIFONAFE).

Finalmente, que aún y cuando existen leyes que reglamentan el procedimiento de expropiación de bienes ejidales y comunales, se presentan actos arbitrarios de las autoridades que aprovechan las lagunas de la ley para dejar en estado de indefensión a los afectados, tal es el caso de la ocupación previa en donde la ley permite que los bienes a expropiar ocupen previamente al pago de la indemnización correspondiente, excusándose en

un simple acuerdo entre la autoridad expropiatoria y la asamblea o el propio ejidatario (comúnmente con pocos conocimientos jurídicos), situación que evidentemente deja en un estado de indefensión a los afectados, tal y como se detalló en el punto respectivo, razón por la cual se hace necesario analizar con el afán de actualizar la legislación agraria a la realidad social actual, ello en búsqueda de una mejor protección de la vida de los ejidatarios y comuneros y sus familia.

Este documento ha puesto de relieve el punto que considero más álgido de la expropiación de bienes ejidales y comunales: la ocupación previa.

IV. FUENTES

- Chávez Padrón, Martha. *El Derecho Agrario en México*. Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1991. Pág. 341.
- Martínez Garza, Bertha Beatriz. *Evolución Legislativa de la Ley Federal de Reforma Agraria*. Editorial Porrúa, 1ª Edición, México 1975. Pág. 312.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Ley Federal de la Reforma Agraria. México 1971
- Ley Agraria. México 1992

La cláusula “*rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión”

José de Jesús López Monroy*

Sumario: 1. Teoría de la Imprevisión. 2. Antecedentes Mexicanos. 3. Reformas. 4. Reflexionemos. 5. Conclusiones. 6. Fuentes

Resumen: En el primer bimestre del año dos mil diez la Asamblea Legislativa del Distrito Federal añadió diversos párrafos al artículo 1796 del Código Civil y creó el artículo 1796-Bis, 1796 ter, recogiendo la tesis de la posibilidad de modificar las cláusulas de un contrato, si las condiciones económicas que lo fundaron son modificadas por la realidad económica, haciendo que las prestaciones convenidas originalmente resulten excesivamente onerosas en su ejecución.

* Doctor en derecho por la UNAM. Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde ha impartido cátedras en la Licenciatura desde el 4 de febrero de 1964. Profesor en Estudios Superiores en Grado de Propedéutico desde 1972 y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Comisión Dictaminadora. Autor de las obras *Sistemas jurídicos del common law* y *Notas elementales para los principios de la ciencia del derecho civil* editados por la Editorial Porrúa.

I. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

En el Siglo XX recogieron y estudiaron la Teoría de la Imprevisión los autores franceses, Planiol en su Derecho Civil Tomo II; Ripert en su famosa Obra *La Regla Moral de las Obligaciones Civiles* y fue analizada asimismo por Bonnetcase, Colin y Capitant.

En el resumen formulado magistralmente por el Maestro Manuel Borja Soriano Tomo II de su *Teoría General de las Obligaciones* páginas 410 a la 417 nos resume las exposiciones de Planiol indicando que:

... todo contrato que no es ejecutado inmediatamente expone al deudor a una eventualidad favorable o desfavorable a causa de las modificaciones en las circunstancias de hecho que condicionan la ejecución del contrato, por ejemplo, en el precio corriente de las mercancías que se ha obligado a entregar a un precio determinado y que debe él mismo conseguir. Puede de allí resultar para él una pérdida o al contrario una ganancia superior a lo que había previsto. En un arrendamiento de larga duración, el precio estipulado puede, a consecuencia de un encarecimiento general de las cosas, encontrarse un día muy inferior al precio corriente de los alquileres y aún a los gastos de conservación del inmueble.

La Teoría de la Imprevisión tiene sus antecedentes en las tesis que han sido calificadas de “canónicas” de la Iglesia Católica, especialmente cuando condenan todo enriquecimiento de

uno de los contratantes a expensas del otro como contrario a la moral cristiana. Efectivamente, no solamente se condenaba el cobro de intereses en los préstamos, éstos debían de ser gratuitos y salvo condiciones extraordinarias podría justificarse el cobro de un interés moderado.

Estas condiciones extraordinarias que fundamentaban la posibilidad de cobrar intereses en el préstamo, fueron las siguientes: Podría suceder que al realizar el préstamo y precisamente por no tener un capital que antes del préstamo podría haber resuelto el problema se veía dañado su patrimonio, por lo tanto, el acreedor quedaba justificado de cobrar un interés moderado en atención al daño patrimonial sufrido. Más podría acaecer, no que se hubiese disminuido su patrimonio sino que a consecuencia del préstamo, el acreedor dejaba de obtener una ganancia lícita y esto daba base a que el lucro cesante autorizaba a cobrar un interés.

Finalmente, podría suceder que el préstamo de dinero se destinara a una empresa peligrosa. En la edad media la empresa más peligrosa era la Empresa Naviera, pues los viajes tenían que seguir la corriente de los vientos y podría acaecer que el cambio de condiciones geográficas empujase las embarcaciones destrozándolas hacia otros puertos o las hundiese definitivamente; esta es la tesis “de la empresa peligrosa”.

Si lentamente se fue aceptando la posibilidad del cobro de intereses por estas razones morales, el canonismo desde luego se aplicó al cambio de

La cláusula “*rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión”

75

condiciones económicas que Planiol coloca en la entrega de mercancías después de algún período de tiempo o en los alquileres o arrendamientos de las casas.

Limitadas estas hipótesis en la Edad Moderna se le dio al contrato toda la fuerza que deriva de sus pactos, no sólo porque los pactos deben de observarse como después dijo Grocio en su tesis de *Pacta Sun Servanda*, sino que a la luz del Código de Napoleón los contratos deben cumplirse porque tienen fuerza de ley entre los contratantes y no puede eximirse de su cumplimiento; de tal modo, que el Código de Napoleón señala en el artículo 1134 que “las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre los que las han hecho”.

No pueden ser revocadas sino por el consentimiento mutuo de las partes o por las causas que la ley autoriza” y el artículo 1135 añade que “las convenciones obligan no solamente a lo que se ha expresado sino aún a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley, dan a la obligación de acuerdo con su naturaleza.

Por esa razón, estos dos artículos podríamos decir que quedaron reproducidos en el Código Civil de 1928 en el artículo 1796 en su redacción original.

Estos artículos del Código de Napoleón fueron invocados por algunos civilistas para fundar la tesis de la Imprevisión y decir que sería contrario a la equidad que si en un contrato que tiene efectos posteriores a su celebra-

ción cambien las condiciones económicas de la sociedad, debe autorizarse que su cumplimiento se modifique.

Sobresalen en este aspecto el jurista Demogue que indica que si bien “los convenios equivalen a leyes entre las partes y de la interpretación del contrato hay algunas disposiciones que favorecen al deudor cuando se obliga a otorgar un término de gracia y a moderar los daños y perjuicios, de estos se desprende que la idea del contrato no es cosa absolutamente rígida”.¹

Las opiniones adversas a la Teoría de la Imprevisión que como hemos dicho el Maestro Borja Soriano resume, son las de Colin y Capitant y las de Planiol:

Debe mantenerse el saludable principio de respeto al contrato y si bien es cierto que debe otorgarse al deudor la posibilidad de un término de gracia. La Teoría de la Imprevisión encontraría dificultades de aplicación considerables porque no se sabe como limitarla. Es muy difícil dar a los Tribunales el poder de suprimir o modificar las obligaciones contractuales por que esto es hacer frágil o destruir el contrato, introduciendo la inestabilidad de la vida económica.²

¹ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Pág. 413. Edición México 1939.

² *Idem*.

II. ANTECEDENTES MEXICANOS

El texto original del Código Civil de 1928 se limitaba a reproducir el Código de Napoleón en los artículos ya mencionados:

ARTICULO 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

El Código Civil del Estado de Jalisco de 1967, en el capítulo relativo a la interpretación del contrato decía:

Artículo 1771. El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquéllos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado.

Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cam-

bios de posición o circunstancias de los contratantes en la soledad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Este Código del Estado de Jalisco, que como hemos visto admitía la imprevisión, no es reproducido en el Código Civil actual que ha sido modificado el 18 de noviembre de 1995 y por lo tanto si el Estado de Jalisco aceptaba la imprevisión, ésta ha quedado rechazada en el Código Civil actual.

III. REFORMAS

Las reformas elaboradas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el diecinueve y veintidós de enero del año dos mil diez, como hemos dicho acepta la doctrina de la imprevisión, añadiéndole al 1796 un segundo párrafo en el que expresamente dice:

Con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una

La cláusula “*rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión”

de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo

Artículo 1797 Bis.- En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.

La solicitud de modificación no confiere, por sí mismo, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

- I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez.
- II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

Artículo 1796 Ter.- Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por

cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.

Salvo que si el contrato se celebró con carácter aleatorio, se entiende que si no es aleatorio sería conmutativo, podrían suceder que por acontecimientos extraordinarios de carácter nacional no fuese posible preveer que se iban a generar obligaciones a cada una de las partes en forma más onerosa y autoriza que esta parte que sufre la onerosidad sobrevenida, podría intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones.

El añadido de la Asamblea Legislativa parece más político que jurídico, puesto que trata de resolver las condiciones de injusticia a través de una reforma legal, pretendiendo que con el texto de la ley se va a lograr la justicia que se vio alterada por el cambio de condiciones económicas.

En este estudio pretendo demostrar que no era necesaria reforma alguna y que puede perfectamente si se elaboran los contratos cuidadosamente hacerse una prevención a los posibles modificaciones que resulten en el cambio de condiciones económicas. Se dice en el artículo 1796 añadido y adicionado, que puede pedirse la modificación del contrato en una solicitud dentro de treinta días posteriores a los acontecimientos extraordinarios y “no confiere por sí misma el derecho de suspender el cumplimiento del contrato”.

“Dentro del término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud,

el solicitante tiene derecho de dirigirse al Juez para que dirima la controversias que consistiría en la proposición de una modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original o en la resolución del contrato". Se requiere siempre un caso extraordinario impredecible.

III. REFLEXIONEMOS

La economía actual no es de ninguna manera una economía de una aldea, sino al contrario es de carácter universal.

El manejo de las finanzas internacionales requiere una especialidad de conocimiento por cuyas razones se han creado en todos los países civilizados Bancos Centrales.

La Banca Central no es propiamente un Banco o Institución de Crédito, en su formación original a través de las Comisiones Administrativas de los Estados Unidos, solamente da recomendaciones.

De ninguna manera puede aceptarse la posibilidad de que la Banca Central tenga fuerza ejecutiva, pues entonces sería tanto como regular la economía en forma totalitaria a través de las disposiciones centralistas del gobierno y la libre empresa quedaría destrozada.

Esta tesis la han expresado algunos políticos y economistas mexicanos en este momento; es decir, actualmente (julio de dos mil once).

La posibilidad de modificar las condiciones de un contrato, presentando la petición de modificación o la posi-

bilidad de su rescisión en las reformas que estamos comentando, solamente servirán para que los litigantes tramposos alarguen juicios relativos al cumplimiento de un contrato, de ninguna manera resolverían el fondo del asunto; manifestando con esto la ignorancia de lo que es una Banca Central que solamente implanta condiciones de manejo de las instituciones de crédito para dar seguridad a los consumidores, es decir, al público en general.

Volviendo a las reformas que admiten la imprevisión, se dice que cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sea más onerosa. Dicha parte podrá intentar reacción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones señaladas en el siguiente artículo y luego, enseguida vienen los textos de los artículos 1796-Bis que como hemos dicho dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios debe radicar los motivos sobre los que está fundada la modificación del contrato; por supuesto, los acontecimientos extraordinarios no pueden ser resultado de una apreciación periódica, porque entonces se le daría a los periódicos de un país la definición de acontecimientos extraordinarios económicos.

Por eso señalo que la Reforma es Política, no Jurídica. Para que un particular conozca el concepto de acontecimiento extraordinario en materia económica, requiere conocimientos de

La cláusula “*rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión”

macro economía y macro economía en materia financiera; los conocimientos de macro economía requerirían una actitud de estudio superior a la de Carlos Marx, pues este filósofo alemán después de escribir el *Capital*, escribió algunos apuntes de economía financiera que realmente serían el meollo del problema de una ética social.

Estos estudios de macro economía no puede pedírsele al propietario de una pequeña empresa y una gran empresa, requeriría de un grupo de especialistas financieros que detectaron los problemas financieros en una macro economía.

Puede suceder que existan empresas norteamericanas y europeas que detectan los manejos financieros, pero hasta donde sé sus conocimientos no son totales y es muy difícil el problema de un acontecimiento económico extraordinario.

Repito, por eso, que los añadidos al artículo 1796 sean puramente demagógicos.

El problema probablemente pueda resolverse, no en una macro economía, sino en un micro economía.

Con esto, quiero decir, que si hubiese libertad de empresa absoluta en nuestro país, las empresas podrían detectar cuando puede haber un peligro en el cambio de condiciones económicas.

Como ha demostrado Sombart en una magistral obra denominada *Apogeo del Capitalismo*, el punto neurálgico de una empresa, o sea, el núcleo de la misma se encuentra en el hombre contractual; es decir en el empresa-

rio en el que en un ambiente pequeño puede manejar la empresa.

Y en este ambiente pequeño podría detectar si se ve asesorado de estudiosos de economía cuándo es posible que las condiciones económicas puedan cambiar.

Por lo tanto, un buen Abogado que aconseje a un empresario podría prever al elaborar un contrato que las condiciones económicas pueden cambiar en un lapso de diez y veinte años, en este lapso estoy elaborando hipotéticamente los textos de un contrato obtenido científicamente.

Desde un punto de vista científico es posible que un Jurista aconseje a su cliente la elaboración de un contrato prudentemente hecho, que prevea las posibilidades de cambio de las condiciones en su micro economía.

Si la economía mundial ha convertido el mundo en una aldea, debemos fijarnos en las pequeñas empresas.

Defensas económicas jurídicas de la libre empresa, fundándome en la Obra de Williamson, sostengo que es posible que las pequeñas empresas prevean los cambios económicos que los afecten, desde el momento en que nazca una empresa, pues desde ese momento saben qué movimientos pueden hacer más onerosas las obligaciones que van a contraer y por lo tanto en manejo de una contratación adecuada.

Me atrevo a sostener entonces, que los mecanismos son dos: la indexación de las obligaciones y la contratación trilateral.

Desde que se formula un contrato para una empresa, puede ponerse un

Seminario de Derecho Civil

80

catálogo que prevea la posibilidad de cambio del costo de una obligación y por lo tanto puede hacerse una indexación de obligaciones; es decir, un catálogo que indique que si los materiales y mano de obra suben proporcionalmente, deberá subir el costo de la misma.

El catálogo tendría que ser objetivo.

Un segundo camino podría ser una contratación trilateral, en donde a más de los dos contratantes se designara un perito como tercer contratante; esto es lo que Williamson llama la Contratación Trilateral.

En este caso los Peritos señalarán objetivamente el alza que ha de tener el producto.

En otros términos, no tengo confianza en la macro economía, por la dificultad de conocer los alcances de los cambios en las grandes escalas, pero sí soy optimista en que los Abogados podamos en las contrataciones, prever los cambios en una pequeña empresa o industria.

Si se dice por el contratante que ha sufrido un cambio de condiciones que él no había previsto; tiene que conocer las finanzas mundiales y su posible manejo, lo cual hace imposible la realización de esta acción de modificación del contrato.

IV. CONCLUSIONES

Sostengo que la tesis de la Imprevisión que moralmente es aceptable, no requiera la modificación del esquema del contrato puesto que puede suplirse por cualquiera de estos dos

caminos: La indexación de las obligaciones o la contratación trilateral.

Estos caminos están expuestos en las tesis económicas de la Escuela de Chicago y de ellas da cuenta en forma extraordinaria la Obra de Williamson Oliver E. denominada *Las Instituciones Económicas de Capitalismo*.

VII. FUENTES

Acevedo Serrano, Arturo. *Reglas de Aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión*. UNAM. México, 1990.

Batiza, Rodolfo. *Las Fuentes del Código Civil de 1928*. Editorial Porrúa, S. A., 1ª edición. México, 1979.

Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo Primero. Librería de Porrúa Hnos. y Cía. México, 1939.

Colin y H., Capitán Ambrosio, *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1942.

De Aquino, Tomas. *Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia y Gobierno de los Príncipes*. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

La cláusula “rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión”

81

- García Téllez, Ignacio. *Motivos, colaboración y concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*. 2ª edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1965.
- Mazeaud, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil. Los principales contratos*. Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1962.
- Messineo, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*, Tomo I. Código Civil Italiano. Ediciones Jurídicas Europa-América. Libro de Edición Argentina. Buenos Aires 1954.
- Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Contratos, Privilegios e Hipotecas, 12ª Francesa*. Volumen III. Editorial José M. Cajica, Jr. Porrúa Hnos. y Cía. México, D.F.
- Rojina, Villegas Rafael. *Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales*. México, 1967.
- Sombart, Werner. *El Apogeo del Capitalismo I y II*. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- Tapia, Ramírez Javier. *Teoría de la Imprevisión*. 1º Edición, Universidad Cuauhtémoc, Puebla 1998.
- Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I y II. Editorial Revista Derecho Privado. Madrid, 1967.
- Williamson E. Oliver. *Las Instituciones Económicas del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica/ Economía Contemporánea, México, 1989.

El informe presidencial

Rosa María Gutiérrez Rosas *

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. Antecedentes. III.1. Normas constitucionales del siglo XIX. III.2. Constitución de 1917 y sus reformas. IV. El informe del presidente de la República. V. Derecho Comparado. A). Alemania. B). Argentina. C). Brasil. D) España. E) Estados Unidos de América. F). Francia G). India H) Italia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con estas reflexiones sobre el informe presidencial, se trata de precisar lo que es y representa, su importancia y el que con motivo de la reforma de 2008 al artículo 69 constitucional, se elimina la asistencia del presidente de la República a la apertura del primer periodo de sesiones del Congreso, a fin de presentar un informe por escrito sobre el estado que guarda la administración pública, por lo que a partir del 1º de septiembre de 2008 ya no acude personalmente sino que únicamente lo envía.

Este cambio por sí mismo pudiera considerarse irrelevante, pero ante el evidente deterioro de las relaciones entre los órganos ejecutivo y legislativo, esto viene a contribuir más a una falta de comunicación y al alejamiento de estos dos poderes en detrimento del quehacer público, baste recordar las reformas estructurales pendientes.

Es verdad que con esta reforma se ha logrado que los legisladores no armen auténticos zafarranchos por la presencia del presidente, y que éste sea blanco de agresiones verbales o que de plano se le impida de manera por demás grosera el acceso al recinto parlamentario, pero ¿hasta cuándo tendremos legisladores que se comporten de acuerdo a la investidura que tienen? ¿Hasta cuándo

* Profesora de carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM, con especialidad en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

84

asumirán su responsabilidad y estarán dispuestos a terminar con la parálisis legislativa que ha imperado en los últimos años?

Mientras no modifiquemos nuestro sistema presidencial (semipresidencialismo o gobierno de gabinete como sugiere con mucha atinencia, entre otros, el Dr. Diego Valadés), y se impongan eficaces controles políticos, es recomendable que el titular del poder ejecutivo, asista al Congreso a presentar personalmente su informe, que dé un mensaje ante nuestros representantes populares que también muchos mexicanos queremos escuchar, pero se desea un discurso que refleje seriedad y madurez política, breve, conciso, general y sobre todo veraz respecto al estado que guarda la administración pública.

Por otra parte, la adición al citado artículo 69 constitucional referido a que las cámaras del Congreso al analizar el informe presidencial pueden formular preguntas por escrito al presidente para que amplíe la información proporcionada, así como citar a los titulares de las secretarías de Estado, de la procuraduría general de la República y de las entidades paraestatales para el mismo fin; es un significativo avance en el control que se debe ejercer para racionalizar el poder, una de las máximas de la división de poderes.

Esperemos que se siga trabajando sobre los mecanismos de control político que además de exigir capacidad, eficiencia y responsabilidad a quienes se les encomienda el gobierno de nuestro país, provean de los ins-

trumentos legales para producir, en su caso, los cambios necesarios.

II. CONCEPTO.

Para el Maestro Rafael Martínez Morales¹ el informe del presidente de la República es el:

Escrito anual que debe presentar el titular del ejecutivo ante el congreso de la unión cuando éste inicie el primer periodo ordinario de sesiones. Tal escrito debe manifestar el estado general que guarda la administración pública del país.

Elisur Arteaga Nava² indica que el informe presidencial es:

Una exposición que en forma escrita debe formular el presidente de la república y presentar anualmente al Congreso de la Unión en la que manifieste el estado general que guarda la administración pública federal.

Por su parte, la investigadora Susana Thalía Pedroza de la Llave señala que:

Debe considerarse como la comparecencia del Presidente de la República, la cual va dirigida tanto al Congreso como a la Nación, ...la comparecencia es simplemente el hecho de presentar-

¹ *Diccionario jurídico contemporáneo*. s/e, México, Iure editores, 2008, p. 461.

² "El poder ejecutivo federal". *Vid. Alegatos*, no. 26, Universidad Autónoma Metropolitana, México, enero-abril de 1994, p. 23.

El Informe Presidencial

se y exponer o de entregar por escrito el estado en que se encuentra la administración pública o la nación ...³.

De esta manera tenemos que el informe del presidente de la República constituye la descripción escrita y detallada de cómo se encuentra la administración pública, no la nación, pues el artículo 69 de la Carta Fundamental, que será objeto de posterior análisis, así lo establece. Cabe destacar que este informe se debe rendir anualmente, y también incluye a la Procuraduría General de la República⁴, no obstante que por virtud de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada el 28 de diciembre de 1994 dejó de ser parte de la administración pública federal centralizada, pero sigue perteneciendo al poder ejecutivo.

III. ANTECEDENTES

Se ha señalado que la idea de que el titular del ejecutivo rinda informe al órgano legislativo surge en Gran Bretaña y en los Estados Unidos

³ "Informe presidencial". *Vid. Diccionario universal de términos parlamentarios, enciclopedia parlamentaria de México*, Cámara de Diputados, vol. I, t. I, México, 1997, ps. 489-490.

⁴ También dejó de ser consejero jurídico del gobierno federal, y aunque sigue siendo designado por el titular del ejecutivo federal, desde 1997 debe ser ratificado en el cargo por el Senado o, en su caso, por la Comisión Permanente.

de América⁵, países con regímenes de gobierno distintos y, por lo mismo, con implicaciones diferentes.

En efecto, en Gran Bretaña encontramos un sistema parlamentario en el cual predomina el poder legislativo y por ende el parlamento tiene la dirección del gobierno. Al frente del órgano ejecutivo están un jefe de estado y un jefe de gobierno que es el primer ministro. Cabe destacar que los ministros del gabinete, incluido el primer ministro, son responsables ante el parlamento por su actuación al frente de la administración pública; el parlamento puede negar un voto de confianza o dar un voto de censura al primer ministro lo que propicia que tenga que dejar el cargo; pero como contrapartida, este último también puede declarar disuelto el parlamento y convocar a elecciones.

En cambio, en los Estados Unidos de América existe un sistema presidencial en el que predomina el poder ejecutivo con la doble función de jefe de estado y jefe de gobierno, quien nombra y remueve libremente a los secretarios de despacho quienes, lo mismo que el presidente, no son responsables ante el órgano legislativo, ni el congreso tiene facultades para darle un voto de censura.⁶

Po lo tanto, atendiendo a nuestro modelo de influencia para constituir

⁵ Carpizo, Jorge. *Informe del presidente de la república*. *Vid. Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I-O, 7ª edición, México, ed. Porrúa, 1994, p.1709.

⁶ *Idem*. La constitución mexicana de 1917. 5ª edición, México, UNAM, 1982, ps. 83-85. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor y Salvador

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

86

los Estados Unidos Mexicanos, y por razones de afinidad en el sistema de gobierno, se reconoce como primer antecedente del informe presidencial mexicano la Constitución de Filadelfia de 1787, primer esquema de república federal y de régimen presidencial que en su artículo II, sección 3, precisa que el presidente informará periódicamente al congreso sobre el estado de la unión haciendo las recomendaciones necesarias.

Es de hacer notar que la Constitución norteamericana no mencionaba que el presidente asistiera a leer su informe, pero se instituyó la costumbre de hacerlo por George Washington y John Adams (primeros dos presidentes); Thomas Jefferson (tercer presidente) lo enviaba por escrito para que lo leyera un representante; y fue Woodrow Wilson (vigésimo octavo presidente), electo en 1913, quien reanudó el hábito de acudir al congreso para presentar su informe. Esta *costumbre* también fue seguida en nuestro país por el primer presidente de México Guadalupe Victoria (1824-1829), quien “impuso la práctica de participar personalmente en el acto inaugural del Congreso, pronunciando un discurso de carácter informativo”⁷.

Valencia Carmona. Derecho constitucional mexicano y comparado, 5ª edición, México, Porrúa, 2007, ps. 320-354.

⁷ Carrillo Blouin, Elsa. *Los informes presidenciales en México: 1877-1996 ¿ruptura o continuidad?*, s/e, México, UNAM, 1996, p. 115.

III.1. NORMAS CONSTITUCIONALES DEL SIGLO XIX.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, ordenamiento con el que surge nuestro país a la vida independiente, se estableció en los artículos 67 y 68 que el 1º de enero se reuniría el Congreso General y que asistiría el presidente de la Federación mexicana a pronunciar un discurso que sería contestado en términos generales por el presidente del Congreso. En las Bases y Leyes Constitucionales de 1836 y en las Bases Orgánicas de 1843 se omitió una regulación al respecto; y es hasta el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 que se restituye la vigencia de la Constitución de 1824 y, consecuentemente, la de los numerales antes mencionados.

El artículo 63 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, ratificó en sus términos lo preceptuado al respecto en la Carta Fundamental de 1824.

III.2. CONSTITUCIÓN DE 1917 Y SUS REFORMAS.

La oralidad de los informes se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, ordenamiento que estableció en el artículo 69 que el presidente de la República asistiría a la apertura de sesiones tanto ordinarias como extraordinarias del Congreso de la Unión y que, en

El Informe Presidencial

la primera, presentaría un informe por escrito sobre el estado de la administración pública del país.

En la reforma constitucional publicada el 24 de noviembre de 1923 se suprimió lo relativo a la asistencia del presidente a la apertura de sesiones extraordinarias, manteniéndose inalterado lo demás; y se observa que en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a partir del 20 de marzo de 1934, ya se puntualiza que el presidente del Congreso daría contestación al discurso del presidente de la República.

El 25 de mayo de 1979 se publicó la primera la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, la cual estableció que el 1º de septiembre de cada año se reunirían conjuntamente las dos Cámaras en el salón de la de Diputados, y antes de la llegada del Presidente se inauguraría el periodo ordinario de sesiones. El Presidente acudiría a la apertura de sesiones del Congreso y presentaría su informe, al cual el presidente del Congreso daría contestación en términos concisos y generales, y que dicho informe sería analizado por las cámaras en sesiones subsecuentes.

El 8 de abril de 1986 entra en vigor una nueva reforma al artículo 69 constitucional, que especifica que la asistencia del presidente al Congreso sería en la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo, ya que para ese entonces se habían instituido dos.

La Ley Orgánica del Congreso se modifica el 20 de julio de 1994, para señalar que antes del arribo del pre-

sidente de la República a la apertura del primer periodo de sesiones, haría uso de la palabra por no más de quince minutos un legislador federal por cada uno de los partidos políticos que concurrieran representados al Congreso, en orden creciente en razón del número de diputados por cada grupo partidista; y que además durante la presentación del informe no procederían intervenciones o interrupciones por parte de los legisladores. De igual forma se indicaba que las Cámaras analizarían el informe presentado, el cual se clasificaría en las materias de política interior, política económica, política social y política exterior; y que las versiones estenográficas de las sesiones se remitirían al presidente para su conocimiento.

Ahora bien, con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 2008, en vigor al día siguiente, se eliminó del artículo 69 constitucional la obligación del Presidente de la República de asistir a la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso de la Unión; manteniéndose únicamente la de presentar un informe por escrito sobre el estado que guarda la administración pública del país. Además se adicionó un párrafo a dicho precepto, señalándose que con motivo del análisis del informe presidencial las cámaras del Congreso pueden solicitar por escrito al presidente la ampliación de información, así como citar a los secretarios de Estado, procurador general de la República y a los titulares de las entidades paraestatales para que comparezcan y rin-

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

88

dan informes bajo protesta de decir verdad.

IV. EL INFORME DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Son muchos y muy respetables los doctrinarios y las iniciativas de reformas⁸ que a lo largo de los años han venido sugiriendo cambios y la inclusión de diversas formalidades en la presentación del informe del presidente de la República, sobre todo por la añeja crítica al llamado *día del presidente*, que fue una constante en la vida institucional de nuestro país en el siglo pasado; pero lo que también se observa es que hay una gran coincidencia en destacar lo importante que es que el presidente acuda ante las cámaras del Congreso para mantener un diálogo respetuoso que coadyuve al mejoramiento del quehacer público.

Es así, que de inicio resulta indispensable precisar la naturaleza del informe que debe presentar por escrito el presidente del País. Es evidente, de acuerdo al surgimiento y evolución constitucional que ha tenido esta figura, y sobre todo teniendo presente que estamos en un régimen presidencial en el que se busca mantener un vínculo de colaboración, respeto y control entre los poderes ejecutivo y legislativo (principio mecanicista de

frenos y contrapesos -*checks and balances*-), que a través del informe se entabla una comunicación entre dichos órganos con la finalidad de que el primero haga saber al segundo de manera detallada y pormenorizada la situación en que se encuentra la administración, las decisiones tomadas y sus motivos, los éxitos, logros, problemas, fracasos, necesidades e intenciones para mantener o modificar el rumbo de las políticas públicas a seguir; y que a su vez el segundo revise, analice, sugiera, recomiende y critique constructivamente el documento presentado, responsabilizándose en tomar las acciones que en derecho procedan.

La presentación del informe se ha considerado como una forma de control parlamentario, y efectivamente, lo es aún en un sistema presidencial como el nuestro, ya que le permite al órgano legislativo ejercer una cierta fiscalización sobre las acciones del presidente y sus subordinados, y este escrutinio si bien no produce directamente consecuencias sobre su permanencia en el cargo o el fincamiento de una responsabilidad, sí lo expone políticamente a él, a su administración e incluso al partido al que pertenezca, ante la opinión pública y la ciudadanía, que en tiempos electorales le puede pasar la factura.

Ahora bien, la supresión de la asistencia del presidente de la República a la apertura del inicio de las sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso para evitar que hiciera uso de la palabra, era innecesaria, ya que la norma constitucional establecía que

⁸ Cfr. Chávez Hernández, Efrén. "Algunas propuestas de modificación al formato del informe presidencial en México". Vid.. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, no. 105, Biblioteca jurídica virtual.

El Informe Presidencial

el presidente debía acudir a *presentar* el informe sobre el estado que guarda la administración pública no a darle lectura, pero como se mencionó con antelación⁹ desde Guadalupe Victoria, primer presidente de los Estados Unidos Mexicanos, se adoptó la tradición de que el titular del ejecutivo acudiera a la sede del Congreso y diera un mensaje a la nación, práctica que con el paso de los años fue transformándose en una cada vez más criticable celebración y homenaje a quien ocupara ese cargo.

No obstante lo anterior, el que ya no tenga que acudir el presidente del país a presentar su informe ha generado más perjuicios que beneficios, pues no solo ha marcado una mayor distancia entre estos dos poderes, sino que además ha obstaculizado la colaboración entre los mismos y ha limitado el diálogo, provocándose así tirantez en una relación que debiera ser respetuosa y de entendimiento. Pero lo más grave desde mi punto de vista, es que este aparente insignificante cambio de hecho ha propiciado que se diluya o evite asumir las responsabilidades que tienen ambos poderes, sobre todo el presidente, y así nos lo ha demostrado la experiencia de estos últimos cuatro años: semanas antes del 1º de septiembre se satura a la población con una abundante cantidad de mensajes en los diversos medios de comunicación, incluso con llamadas telefónicas a los domicilios de las personas -lo que contrario a lo esperado produce

hartazgo y falta de interés-; y por si esto fuera poco, se lleva a cabo un evento con miembros de la clase política, empresarial, diplomática, académica y religiosa, en el cual a manera de *informe* se hace una relación de cifras triunfalistas, frases nacionalistas, populistas y/o de victimización; pero preguntamos ¿dónde está el discurso serio, responsable, de fondo, veraz y de compromiso de cara a los representantes del pueblo mexicano? No existe.

Debido a la reforma aprobada por el Congreso, el presidente ya no tiene que asistir a la apertura del primer periodo de sesiones a presentar su informe y menos aún a dirigir un discurso al pueblo mexicano ante los legisladores, pues basta con que lo mande entregar, tal y como se ha venido haciendo en años recientes. Esta situación indudablemente le resta importancia y solemnidad a lo que conlleva la presentación de un informe de gobierno. Por otra parte esto también hace lucir a los miembros de las Cámaras como intolerantes, contrarios a la cortesía parlamentaria que debiera prevalecer, e indiferentes con lo que se les está entregando.

No se pasa por alto que el informe realmente se va a analizar por el órgano legislativo en sesiones posteriores, pero, se insiste, es importante que el titular del ejecutivo sienta la enorme responsabilidad que tiene y que debe asumir las consecuencias de las decisiones tomadas y actividades realizadas ante el pueblo de México representado por los legisladores, lo que se soslaya por esa incapacidad de man-

⁹ Vid. *supra* 3, p. 4.

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

90

tener un comportamiento respetuoso, de disposición a escuchar y de esforzarse por contribuir a alcanzar una meta en la que debe haber afinidad: el desarrollo del país y el bienestar de sus habitantes.

Una vez establecido que el presidente de la República debe entregar su informe *personalmente*, se hace necesario hacer un pronunciamiento respecto al formato en su recepción. Ciertamente esta problemática se resolvería en buena medida si nuestro país adoptara un sistema semipresidencial o un gobierno de gabinete como se ha propuesto por expertos en la materia¹⁰, pues así el jefe de gabinete mantendría un vínculo constante con las cámaras del Congreso, pero como todavía no arribamos a ese anhelado neopresidencialismo, se estima que bien podría fijarse en el ceremonial del Congreso el máximo de treinta minutos para el discurso del presidente al hacer entrega del informe (restringiéndose las intervenciones o interrupciones por parte de los legisladores); y un máximo de quince minutos para el discurso del presidente del Congreso al recibirlo.

Comentario aparte merece el segundo párrafo adicionado al multicitado artículo 69 constitucional, el cual se estima que debe mantenerse en sus términos, pues los legisladores realmente conocen el informe presidencial hasta que lo analizan, y es entonces cuando están en aptitud de solicitar mayor información mediante

¹⁰ Cfr. Valadés, Diego. *El gobierno de gabinete*, 1ª reimpresión, México, UNAM, 2003.

pregunta por escrito al presidente de la República, lo cual nos acerca más a un control racional del poder ejecutivo.

Pero este segundo párrafo también señala que el Congreso puede citar a los secretarios de Estado, procurador general de la República y a los titulares de las entidades paraestatales para que comparezcan y rindan informes *bajo protesta de decir verdad*. Es muy importante este último agregado, así que se debe puntualizar su significado y alcances.

Protesta, señala el maestro Martínez Morales¹¹, se puede entender como:

1. Promesa. 2. Acto de derecho público. Según el artículo 128, (constitucional) todo servidor público, sin excepción, antes de tomar posesión de su empleo, cargo o comisión, prestará la protesta de guardar la constitución y las leyes que de ella se deriven.

La protesta sustituyó al juramento de carácter religioso que aún se emplea en algunos regímenes jurídicos políticos y estuvo en vigor en México.

Debemos entender que se trata de un acto solemne de derecho público ... y que incumplir la protesta puede tener consecuencias jurídicas.

La protesta, señala el Dr. Ignacio Medina Lima:

es acción y efecto de protestar; promesa de hacer alguna cosa. Esta voz proviene del latín *protestatio-onis*".el que la hace se obliga a declarar

¹¹ *Op. Cit.*, p. 671.

El Informe Presidencial

con verdad acerca de algún hecho o circunstancia¹².

Consecuentemente, no es superfluo que los informes y manifestaciones de los servidores públicos mencionados deban rendirse bajo protesta de decir verdad, esto es, con *veracidad*, y su falta debiera producir consecuencias de derecho, pero como nuestro sistema jurídico es vulnerable en tratándose de la rendición de cuentas, y como no hay moción de censura o negativa de voto de confianza como en un gobierno de gabinete, pues tendría que analizarse casuísticamente cada incumplimiento y determinar si conforme a nuestro derecho positivo es posible fincar alguna responsabilidad.

Es oportuno mencionar que el 1º de septiembre de 2010 y el 1º de enero de 2011, entraron en vigor los Reglamentos de la Cámaras de Senadores y de Diputados, respectivamente, ordenamientos que señalan sobre los artículos 69 y 93 constitucionales, que el pleno o las comisiones pueden citar a los secretarios de Estado, procurador general de la República, titulares de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria para que den cuenta del estado que guarden sus respectivos ramos, y proporcionen información cuando se discuta un proyecto de ley o decreto o cuando se estudie un negocio que corresponda a su ramo.

¹² "Protesta de decir verdad", *vid. Diccionario jurídico mexicano*, t. P-Z. *Op. Cit.*, p. 2627.

También se regula que el pleno o las comisiones puedan solicitar información mediante pregunta parlamentaria por escrito, la cual debe ser concisa y referirse a un solo tema de interés general para permitir una respuesta directa. Tanto las preguntas como las respuestas, incluidas las del presidente de la República se publicarán en la Gaceta y en la página de internet, y se turnará a la comisión que corresponda para su análisis, valoración y, en su caso, recomendaciones. Si el servidor público citado no acude o no contesta satisfactoriamente, se podrá dirigir una queja al presidente de la República.

Se previene el envío de las conclusiones o recomendaciones al titular del ejecutivo federal, así como de los informes de resultados que presenten las comisiones investigadoras.

Adicionalmente también debe considerarse que la obligación de los secretarios de despacho de dar cuenta a las cámaras de Congreso de sus respectivos ramos surgió desde la Constitución de 1824, la cual subsiste hasta la fecha. En la actualidad esta obligación se ha ampliado pues se les pueden formular preguntas o interpellaciones¹³, y además ya también se

¹³ Las preguntas "son instrumentos de que disponen los legisladores para obtener información del Gobierno sobre cuestiones puntuales y concretas se presentan por escrito, pero su contestación puede ser, a gusto de quien interroga, en forma oral, en alguna sesión del pleno o de comisiones, o bien en forma escrita". Las interpellaciones "son interrogaciones sobre cuestiones más amplias y genéricas, relacionadas directamente con la

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

92

incluye a los titulares de la procuraduría general de la República, de las entidades paraestatales y de los órganos constitucionales autónomos¹⁴.

esencia de alguna política gubernamental, o bien, con hechos aislados, pero dotados de una gran relevancia política y social. Mora Donato, Cecilia." Instrumentos constitucionales para el control parlamentario", *Vid. Cuestiones constitucionales*, revista mexicana de derecho constitucional, no. 4, México, enero-junio de 2001, p. 59.

¹⁴ El artículo 120 de la Constitución de 1824 estableció la obligación de los secretarios de dar cuenta de sus respectivos ramos a las Cámaras, una vez abiertas sus sesiones anuales; en el artículo 89 de la Constitución de 1857 se estableció lo mismo pero se precisaba que una vez abiertas las sesiones del primer periodo. En la Constitución de 1917 el artículo 93 indicaba que una vez abierto el periodo de sesiones ordinarias los secretarios darían cuenta del estado de sus ramos, y que cualquiera de las cámaras podría citarlos cuando se discutiera una ley o se estudiara un negocio relativo a su secretaría. En la reforma del 1º de febrero de 1974 se incluyó en esta obligación a los jefes de departamentos administrativos, y a los directores generales o administradores de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. En la reforma de 7 de diciembre de 1977 se adicionó el que una cuarta parte de los miembros de la cámara de diputados y la mitad de la de senadores podrían integrar comisiones para investigar el funcionamiento de los organismos descentralizados y de las empresas de participación estatal mayoritaria, haciendo del conocimiento al presidente de la República los resultados de dichas investigaciones. Por reforma de 1º de enero de 1995 se incluyó al procurador general de la República; por reforma de 3 de agosto de 2007 se suprimió a los jefes de departamentos administrativos, y mediante la reforma del

V. DERECHO COMPARADO

En este apartado se describe someramente la relación de los poderes legislativo y ejecutivo, específicamente sobre los informes y cuentas que debe rendir el presidente y/o el primer ministro, y la recepción o auténtico control político con todas sus consecuencias que se ejerce por parte de los legisladores en diversos países del mundo, sean estados unitarios o federales y tengan un sistema presidencial, semi-presidencial, o parlamentario.

A). *Alemania*.- Es una República parlamentaria federal, cuya Constitución señala que el *Bundestag* (parlamento federal) y sus comisiones pueden requerir la presencia de cualquier miembro del gobierno federal, y estos tienen que asistir a los debates del *Bundesrat* (consejo federal) para que los tengan al corriente de la gestión de los negocios públicos.

El gobierno federal se compone del canciller y de los ministros federales. El canciller es elegido sin debate por el *Bundestag* (parlamento) a propuesta del presidente del país (este es designado por la Asamblea Federal) y dirige los asuntos del gobierno

El *Bundestag* (parlamento) puede plantear una moción de censura frente al canciller federal si elige por mayoría de sus miembros a un sucesor y solicita del presidente el relevo del canciller. El canciller puede solicitar voto de confianza parlamentaria, pero si no fuere

16 de agosto de 2008 se incluyó a los titulares de los organismos autónomos y se fijó la obligación de responder a interpelaciones o preguntas.

El Informe Presidencial

aprobada, el presidente a propuesta del canciller, puede disolver el parlamento. Este derecho de disolución expira en veintidós días o tan pronto el parlamento elige otro canciller.

B). *Argentina*.- República federal con sistema semipresidencial. Su Constitución establece que las cámaras pueden citar a los ministros del poder ejecutivo para las explicaciones e informes que se requieran. El presidente es el jefe del gobierno y puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de su administración los informes que estime convenientes. El jefe de gabinete de ministros tiene responsabilidad política ante el Congreso de la nación y tiene a su cargo ejercer la administración general del país; concurre a las sesiones del congreso y participa en sus debates pero no vota, y al inicio de las sesiones ordinarias del congreso presenta junto con los demás ministros una memoria del estado de los negocios de los departamentos. Tiene a su cargo proporcionar los informes y explicaciones verbales que cualquiera de las cámaras solicite al poder ejecutivo.

El jefe de gabinete de ministros debe concurrir por lo menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las cámaras, para informar de la marcha del gobierno, puede ser interpelado, dársele una moción de censura e incluso ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las cámaras.

Una vez abierto el periodo de sesiones del congreso los ministros deberán presentar una memoria de los

negocios de sus departamentos. Los ministros pueden concurrir a las sesiones del congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar.

C). *Brasil*.- República federal con régimen presidencial (también hay vicepresidente), establece en su Constitución que el congreso nacional tiene la facultad exclusiva de apreciar los informes sobre la ejecución de los planes de gobierno. Las cámaras o cualquiera de sus comisiones pueden convocar a los ministros de Estado para que informen sobre asuntos determinados, la inasistencia injustificada da lugar a un delito de responsabilidad.

Por su parte los ministros de Estado pueden comparecer ante cualquiera de las cámaras o de sus comisiones por iniciativa propia para exponer asuntos de relevancia de su ministerio. Las mesas de las cámaras pueden dirigir peticiones escritas de información a los ministros de estado y su negativa, no contestación en el plazo establecido o las informaciones falsas, pueden generar que se constituya un delito de responsabilidad.

Al presidente le corresponde rendir anualmente las cuentas del ejercicio anterior.

D). *España*.- Estado con monarquía parlamentaria, cuyo gobierno se compone por el presidente, vicepresidentes y ministros. Al presidente -que es propuesto por el rey ante el presidente del congreso para que lo designe éste-, le corresponde dirigir las acciones de gobierno y coordinar las de los demás integrantes del mismo. El congreso puede dar su voto de confianza o no a quien propone el rey para

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

94

presidente, pero el rey tiene facultades para disolver el congreso y convocar a elecciones.

El congreso puede dar voto de confianza al gobierno, negar dicho voto e incluso exigir responsabilidad política a través de la moción de censura. En estos dos últimos casos el gobierno deberá presentar su dimisión al rey.

El presidente, previa deliberación con el consejo de ministros, podrá proponer bajo su responsabilidad la disolución del congreso, del senado o de las cortes generales, la cual será decretada por el rey.

Está previsto que las cámaras y sus comisiones pueden citar a los miembros del gobierno y requerir información, formularles preguntas o interpelaciones, pero a su vez éstos pueden tener acceso a las sesiones de las cámaras, pueden hacerse oír en ellas e incluso solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus departamentos.

E). *Estados Unidos De América.*- Como se comentó en el apartado 3 de este documento¹⁵, la Constitución norteamericana de 1847 señala que el presidente le informará al Congreso periódicamente sobre el estado de la Unión y además recomendará las medidas que le parezcan convenientes. Es así que el presidente acude a la sede del Congreso, presenta su informe y ofrece el discurso relativo.

F). *Francia.*- República parlamentaria. El presidente de la república preside el consejo de ministros, nombra y en su caso cesa al primer ministro

y puede acordar la disolución de la asamblea nacional previa consulta con el primer ministro y los presidentes de las cámaras. El presidente se comunicará con ambas cámaras del parlamento asamblea general y senado, a través de mensajes que mandará leer y que no darán lugar a ningún debate; puede tomar la palabra ante el parlamento, pero la discusión y el debate se producirá sin su presencia, además de que no habrá votación al respecto.

El gobierno tiene a su cargo dirigir la política del país y dispone de la administración y la fuerza armada y es responsable ante el parlamento. Se establece que los miembros del gobierno tienen acceso a las cámaras y pueden ser escuchados cuando ellos lo soliciten, además cada cámara puede reunirse en sesión secreta a petición del primer ministro. El gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al parlamento que por medio de una ordenanza apruebe por un plazo limitado medidas que pertenecen al ámbito de una ley. Se determina que por lo menos una sesión a la semana estará reservada a las preguntas de los miembros del parlamento y de las respuestas del gobierno, incluso durante las sesiones extraordinarias.

El tribunal de cuentas asiste al parlamento en el control de la acción del gobierno.

El primer ministro, previa deliberación con el consejo de ministros, puede plantear a la asamblea general la responsabilidad del gobierno sobre su programa y eventualmente sobre una declaración de política general, así como sobre la votación sobre un

¹⁵ Vid. *supra* 3, p. 3.

El Informe Presidencial

proyecto de ley de presupuesto o de financiación de la seguridad social; en estos casos la asamblea juzgará dicha responsabilidad mediante una moción de censura. También puede pedir al senado la aprobación de una declaración de política general.

En el evento de que la asamblea general apruebe una moción de censura o desaprobe el programa o la política general del gobierno, el primer ministro deberá presentar su dimisión al presidente de la república

G). *India*.- República federal parlamentaria. El parlamento está compuesto por las cámaras alta (*Rahya Sabha*) y baja o popular (*Lok Sabha*).

El poder ejecutivo está conformado por el presidente de la república, el vicepresidente y el consejo de ministros encabezado por el primer ministro. El presidente de la república, es el jefe de estado y puede disolver la cámara baja (*Lok Sabha*), con el visto bueno del jefe de gobierno. El primer ministro es designado por el presidente pero debe contar con el apoyo de la mayoría en la cámara baja (*Lok Sabha*), por lo que es designado el líder del partido con mayor fuerza parlamentaria. El gobierno es responsable ante el parlamento y puede ser destituido por un voto de no confianza.

H). *Italia*.- República con un sistema de democracia parlamentaria. El presidente de la República es el jefe de estado y es elegido por el parlamento que está compuesto por dos cámaras. Puede disolver una o ambas cámaras; sus actos para ser válidos deben estar refrendados por los ministros proponentes que asumirán la responsabili-

dad de los mismos; y únicamente puede ser responsable por alta traición o violación a la Constitución.

El gobierno se compone por el consejo de ministros y el presidente de dicho consejo, es designado por el presidente de la república, éste último tiene a su cargo y es responsable de la política general del gobierno.

Cada cámara puede otorgar o revocar su confianza al gobierno, no acarrea la obligación de dimitir el voto contrario de una o ambas cámaras sobre una propuesta del gobierno

Como órganos auxiliares del gobierno están el consejo general de economía y del trabajo y el consejo de estado, los que desarrollan una actividad de asesoría y consulta; y el tribunal de cuentas que ejerce un control preventivo sobre los actos del gobierno en el ámbito financiero.

VI. CONCLUSIONES

El informe presidencial es un documento sumamente importante, que debe referir de manera integral, detallada y veraz el estado que guarda la administración pública, y por ese motivo debe ser escrupulosamente revisado y analizado por las cámaras del Congreso de la Unión.

Se recomienda volver a incorporar en el texto del artículo 69 de la Carta Fundamental que el presidente de la República asistirá a presentar el informe, pues a través del mismo se trata de dar conocer el estado que guarda la administración pública, puntualizando las actividades realizadas en un

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

96

año y sus resultados. Además, dicho documento se tiene que entregar no en cualquier lugar, sino en el Congreso de la Unión, es decir, en la representación del pueblo mexicano. Por estas razones resulta por demás evidente la conveniencia de restituir la formalidad al cumplimiento de tan trascendente obligación.

Pero esta reforma no implica que de nueva cuenta se incurra en las prácticas viciadas de antaño, por lo que en paralelo a este cambio, se tendría que regular en la legislación secundaria el ceremonial aplicable, sobre todo los tiempos que harían uso de la tribuna el presidente de la República (no más de treinta minutos) y el presidente del Congreso (no más de quince minutos). Asimismo; exhortar a los legisladores a mantener una conducta apropiada y de cortesía parlamentaria; y restringirse las intervenciones e interrupciones de los miembros de las cámaras durante el discurso del presidente del País, ya que posteriormente tendrán tiempo suficiente para analizar y discutir el contenido del multicitado informe.

La asistencia del presidente más que un acto protocolario es una forma que puede contribuir a reanudar la relación respetuosa entre estos dos poderes, a tratar de entablar un diálogo que lleve a entendimientos y acuerdos - no transacciones-, y a elevar el nivel del discurso político.

Es un legítimo anhelo el que los legisladores lleven a cabo una labor de

análisis digna, que las preguntas que le formulen al presidente sean las idóneas para conocer y evaluar el informe respectivo, y que no se aprovechen de la ocasión para denostar con una serie de opiniones o puntos de vista a la institución presidencial y a quien la representa. También se desea que el presidente de la República mejore la calidad de su discurso con realismo y veracidad, y que con objetividad sea receptivo a ideas y opiniones diferentes y que dé pronta contestación a las preguntas que le formulen.

También es necesario que en aras de la transparencia se publiquen íntegra y puntualmente en Gaceta parlamentaria las preguntas y respuestas, tal y como está establecido en los reglamentos de las cámaras del Congreso. En revisión de cuentas desafortunadamente todavía se mantiene un rezago normativo, que ojalá pronto se pueda superar.

Falta cerrar el círculo. Si se busca profundizar en el control del titular del ejecutivo en el ejercicio de su actividad, es menester fijar las consecuencias jurídicas que puedan derivar. Hemos dado unos pasos hacia lo que puede considerarse una forma de control parlamentario, pero hacen falta más y profundas reformas; por lo que en ese tenor se debe tener presente lo que acontece al respecto en otros países, ya que nos puede resultar de gran utilidad para, en su momento, implementar los cambios jurídicos necesarios.

El Informe Presidencial

VII. BIBLIOGRAFÍA

REVISTAS

97

Carpizo, Jorge. *La constitución mexicana de 1917*, 5ª edición, México, UNAM, 1982.

Carrillo Blouin, Elsa. *Los informes presidenciales en México: 1877-1996 ¿ruptura o continuidad?*, s/e, México, UNAM, 1996.

Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ª edición, México, Porrúa, 2007,

Tena Ramírez, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24ª edición actualizada, México, Porrúa, 2005.

Valadés, Diego. *El gobierno de gabinete*, 1ª reimpression, México, UNAM, 2003.

Arteaga Nava, Elisur. "El poder ejecutivo federal". *Vid. Alegatos*, no. 26, Universidad Autónoma Metropolitana, México, enero-abril de 1994, p. 23.

Chávez Hernández, Efrén. "Algunas propuestas de modificación al formato del informe presidencial en México". *Vid. Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, no. 105, Biblioteca jurídica virtual.

Mora Donato, Cecilia." Instrumentos constitucionales para el control parlamentario", *Vid. Cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional*, no. 4, México, enero-junio de 2001.

DICCIONARIOS

LEGISLACIÓN

Diccionario Jurídico Mexicano, t. I-O, 7ª edición, México, Porrúa, 1994.

Diccionario Universal De Términos Parlamentarios, enciclopedia parlamentaria de México, Cámara de Diputados, vol. I, t. I., México, 1997.

Martínez Morales, Rafael. *Diccionario jurídico contemporáneo*, s/e, México, Iure editores, 2008.

Constitución de la Nación Argentina

Constitución de la República de Francia

Constitución de la República de India

Constitución de la República de Italia

Constitución de la República Federativa de Brasil

Constitución de los Estados Unidos de América

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

98

Constitución Española	Reglamento de la Cámara de Diputados
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Reglamento del Senado de la República
Ley Fundamental para la República Federal de Alemania	Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos
Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos	

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

Margarita Palomino Guerrero*
María Paulina Sánchez Alonso**

Sumario: I Introducción. II Regulación fiscal en México de operaciones de explotación y maquila en aguas internacionales. III Concertación y cooperación para regular las operaciones en aguas internacionales. IV Conclusión. V Bibliografía.

Resumen: Las aguas internacionales o como jurídicamente se les conoce con el nombre de altamar, se identifican, como la zona que se encuentra contigua a la zona económica exclusiva, sobre la cual, el Derecho Internacional se ha preocupado por mantener cierto orden y control. En materia tributaria, se evade el cumplimiento de las obligaciones fiscales, porque no se puede establecer elemento vinculante, como fuente de riqueza, establecimiento permanente o residencia, pero sí se puede establecer un Acuerdo de Cooperación y Concertación para que se grave el procesamiento, comercialización y producción de bienes y servicios provenientes de altamar, nuestra propuesta, permitiría establecer la competencia para frenar la evasión fiscal y la devastación de los mares.

* Dra. Margarita Palomino Guerrero, catedrática y profesora adscrita al seminario de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho.

** Lic. María Paulina Sánchez Alonso, recipiendaria del Reconocimiento al Tercer Lugar nivel licenciatura del Certamen Aniversario de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal, se llevó a cabo el certamen "Premio de Estudios Sobre Justicia Fiscal y Administrativa 2011"

I. INTRODUCCIÓN.

En el marco de los festejos de la conmemoración del 75 Aniversario de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal, se llevó a cabo el certamen “Premio de Estudios Sobre Justicia Fiscal y Administrativa 2011”, con el propósito de promover el estudio e investigación sobre Justicia Fiscal y Administrativa.

El jurado estuvo integrado entre otros, por distinguidos especialistas en la materia, algunos de ellos Maestros de nuestra querida Facultad de Derecho.

Fueron diversos los trabajos que se presentaron en este certamen, entre otros, el trabajo de la Lic. María Paulina Sánchez Alonso, quien con fecha 16 de Marzo, realizó su examen profesional en nuestra Facultad, para obtener el título de Lic. en Derecho, con el trabajo intitulado: “Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales”, en esa ocasión, los miembros del sínodo le manifestaron su reconocimiento por la calidad de su investigación, lo que la motivó a participar en el Certamen del Premio de Estudios Sobre Justicia Fiscal y Administrativa 2011 convocado por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

A decir de María Paulina Sánchez Alonso, su trabajo de tesis le permitió incursionar de manera formal en la investigación, y reflexionar respecto a la necesidad de establecer a nivel internacional un Acuerdo de Concertación y Cooperación que regule las ope-

raciones en aguas internacionales, en donde las Haciendas Públicas de los Estados, se vean protegidas y logren establecer acciones que les permitan la recaudación de ingresos por esta actividad comercial que de manera arbitraria se realiza en aguas internacionales, en donde no se establece ningún protocolo, no hay respeto de los derechos humanos de los sujetos que enlistan en las embarcaciones, también conocidos como trabajadores del mar, quienes realizan actividades de maquila o procesamiento de bienes, mismos que no cuentan con seguridad social y que amenazan en caso de rechazar las arduas jornadas de trabajo bajo condiciones infrahumanas, en ser abandonados en alta mar. Todo esto, la llevó a reflexionar por qué países como Bolivia, que no cuenta con litorales, tiene una flotilla de aproximadamente 600 buques que navegan bajo su bandera, de los cuales, aproximadamente 100 se dedican a la actividad pesquera, y que mueve en promedio 800 millones de dólares anuales. Beneficio económico que nunca llega a las arcas del Estado de Bolivia, porque la actividad pesquera se realiza en la modalidad de piratería, esto genera como consecuencia la pérdida de ganancias, por que operan en aguas internacionales y aprovechan que al no existir registros de flujos marítimos, o bien de las toneladas que pescan, se benefician de ventajas arancelarias que tiene Bolivia, es decir, se dedican a exportar en nombre de este país, se trata de empresas que enarbolan el pabellón de Bolivia, pero sus operaciones las

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

101

realizan en aguas internacionales, sin dar cumplimiento a los protocolos internacionales en materia de pesca, incumpliendo además con requerimientos básicos en materia de registro de buques, incluso, hacen caso omiso de las disposiciones dictadas por la Organización Marítima Internacional, teniendo como consecuencia actividades oscuras.

Sin duda, interesante el tema que llevó a la Lic. Paulina a obtener el tercer lugar del certamen referido.

II. REGULACIÓN FISCAL EN MÉXICO POR OPERACIONES DE EXPLOTACIÓN, MAQUILA Y PROCESAMIENTO DE BIENES EN AGUAS INTERNACIONALES

Las palabras País, Territorio Nacional y México las podemos relacionar de manera directa con un determinado espacio geográfico, nos permiten delimitar la extensión y límites de nuestro Estado.

Podemos definir al territorio de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española: como "Porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc."¹, estamos frente al espacio de tierra que ocupa o comprende una Nación, provincia, etc. Otra definición es, que es el "El elemento del Estado constituido por la superficie terrestre y marí-

tima y por el espacio aéreo sobre los que ejerce su soberanía."², así podemos destacar, que un territorio no solo comprende el espacio terrestre, sino también la porción de superficie marítima y aérea, sobre las que tiene control y ejerce su soberanía el Estado de que se trate.

En el caso de territorio nacional, podemos definirlo como la base geográfica de una nación, que comprende dentro de sus fronteras, el ámbito sometido a su imperio, el cual incluye el espacio terrestre, marítimo y aéreo.

En materia tributaria y en el caso específico de México, el Código Fiscal de la Federación en el artículo 8 nos señala que para efectos fiscales debemos de entender por México, país y territorio nacional, lo que de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el territorio nacional y la zona económica exclusiva fuera del mar territorial. En este orden de ideas, es que la Constitución Federal en el artículo 42 establece que el territorio nacional se integra por, todas las partes integrantes de la federación; las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo que se encuentran el Océano Pacífico; la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marí-

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., 2001, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Pa%EDs (4 de marzo de 2010).

² De Pina, Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1973 p. 318.

timas interiores; así como el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional. Asimismo, el artículo 27 párrafo octavo de la Constitución Federal establece que la Nación ejercerá su soberanía sobre la Zona Económica Exclusiva situada fuera del mar territorial, teniendo como extensión dicha zona la de doscientas millas náuticas, en este sentido podemos entender que tanto el territorio nacional como la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial, es lo que para efectos fiscales debemos entender por México, País y territorio nacional.

Por tanto, cuando se hable de México, país o territorio nacional, estamos frente al espacio geográfico tanto terrestre como marítimo y aéreo, sobre el cual el Estado Mexicano ejerce su soberanía, lo que nos permite distinguir sobre que espacio y límites tendrá jurisdicción, aplicación y vigencia las normas tributarias mexicanas, así mismo, cuando en cualquier ordenamiento de carácter tributario, se haga referencia ya sea a México, país o territorio nacional, estaremos en el entendido de que se trata, por disposición del artículo 8 del Código Fiscal de la Federación, de todo lo que los artículos 42 y 27 párrafo octavo de la Constitución Federal nos define como territorio nacional y zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial, conceptos que si bien se utilizan como sinónimos, tienen significado distinto.

Cabe señalar que las aguas nacionales o también conocidas como mar

nacional, “constituyen el primer espacio marítimo, partiendo de la costa hacia el mar...”³, que nos permite conocer cómo es que se conforma el espacio marítimo mexicano, el cual forma parte del territorio nacional y por tanto, será el lugar donde también se aplique la legislación tributaria mexicana.

“Son aguas interiores las que se encuentran comprendidas, según la vieja expresión latina, *inter fauces terrae*. Mares interiores, lagos, lagunas, y accidentes como los brazos de mar, esteros y bahías.”⁴, son aquellas aguas que se encuentran debajo del mar territorial.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) de 10 de diciembre de 1982 define a las aguas interiores en el artículo 8 como “Salvo lo dispuesto en la Parte IV, las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado.”⁵, lo que deja claro que el límite superior de las aguas interiores será la línea que sirve de base para marcar el inicio del mar territorial.

En lo que respecta a las líneas de base o también conocidas como líneas rectas de base fueron establecidas en la legislación de Noruega las cua-

³ Trigo, Chacón Manuel, *Derecho Internacional Marítimo*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1996, p. 312.

⁴ Cervantes, Ahumada Raúl, *Derecho Marítimo*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.36.

⁵ Convención De Las Naciones Unidas Sobre Derecho Del Mar, 10 de Abril de 1982, en <http://mareius.galeon.com/aficiones1497159.html> (4 de marzo de 2010).

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

103

les servirían para desplantar, desde ellas, su mar territorial, dicho sistema funciona de la siguiente manera: “se traza una línea recta que una los puntos más salientes de la costa a los puntos exteriores de las islas, cayos y arrecifes cercanos a ella, y a partir de esa línea se mide la anchura del mar territorial. Las aguas comprendidas entre las líneas rectas de base y la tierra firme estarán sujetas al régimen de las aguas interiores”⁶, de esta forma es que poco a poco este sistema fue desplazando a la determinación de la anchura del mar territorial como lo fueron el visual, el de sonda y el de la bala de cañón, quedando solo como sistema reconocido el de líneas de base recta, como en el caso de la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua, sirviendo tales líneas como límite exterior de las aguas interiores.

La Ley de Aguas Nacionales dispone en la fracción I de su artículo 3, que las aguas nacionales son aquellas referidas en el Párrafo Quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en este sentido, dicho numeral establece que aguas serán propiedad de la Nación mexicana, siendo el caso del mar territorial, las aguas interiores, las lagunas, esteros, los lagos interiores, ríos y afluentes directos o indirectos, las de las corrientes constantes, los manantiales y las del subsuelo.

En cuanto el régimen jurídico de esta zona encontramos que las aguas

interiores están sometidas a la soberanía del Estado dentro del cual se encuentran situados.

En este sentido podemos afirmar que por aguas nacionales debemos entender aquellas que comprenden el mar territorial y las aguas interiores, en el caso de estas últimas y aunque la Constitución Federal no especifica qué tipo de aguas interiores son las que comprenden estas. Podemos concluir que se trata de los ríos, lagos, lagunas, esteros, afluentes, corrientes, manantiales y todas aquellas que contempla la Ley Federal del Mar.

Por otra parte, la zona que se sitúa contigua a las aguas interiores es la que se ha definido como mar territorial, cuya zona también es considerada parte del territorio nacional del Estado mexicano y consiste en “una ampliación del continente, en el que los países tienen el derecho sobre la navegación y explotación de los recursos”⁷, es una zona que amplía la dimensión del continente al cual se le considera parte de territorio nacional.

La Ley Federal del Mar en su Título Segundo Capítulo I regula todo lo relacionado con el mar territorial y en específico en el artículo 23 señala que “La Nación ejerce soberanía en una franja del mar, denominada mar territorial, adyacente tanto a las costas nacionales, sean continentales o insulares, como a las Aguas

⁶ Cervantes, Ahumada Raúl, *Op. cit.*, p. 43.

⁷ Biblioteca Digital- Ilce, Secretaría de Educación Pública, México, 2009, en http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/volumen1/ciencia2/24/htm/sec_20.html (5 de Marzo de 2010).

Marinas Interiores.”⁸, en este sentido dicho numeral considera al mar territorial como una franja del mar que se sitúa después de las aguas interiores, sobre las cuales el Estado mexicano ejerce su soberanía, además de ser reconocida por el mismo como parte integrante de territorio nacional.

La CONVEMAR de 1982, en el artículo 2, reconoce y define dicha zona al expresar que “La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.”⁹, por lo cual en cuanto al régimen jurídico de dicha zona el Estado ribereño ejerce su soberanía de manera plena, la cual se extiende al espacio aéreo que se encuentra sobre esta, así como al lecho y al subsuelo de ese mar, sin embargo una limitante a dicha soberanía es el derecho de paso inocente que tiene los demás Estados.

La anchura del mar territorial, de acuerdo con la CONVEMAR¹⁰ de 1982, en su artículo 3, establece que “Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de con-

formidad con esta Convención.”, por lo cual la anchura del mar territorial de los Estados será de hasta 12 millas náuticas como máximo, aunque dicha dimensión ha sido aceptada de forma general en el ámbito internacional hay Estados como Ecuador y Panamá que cuentan con un mar territorial de 200 millas náuticas, convirtiéndose en la excepción de la aplicación de las 12 millas náuticas.

México, desde el siglo XIX se preocupó por definir la anchura de su mar territorial, ya que en 1848 en los Tratados de Guadalupe-Hidalgo, se estableció como dimensión la de tres leguas fuera de la tierra, cuestión que posteriormente, por decreto de 12 de diciembre de 1969 (D.O. 26 de diciembre de 1969) se amplía dicho mar territorial a doce millas náuticas, criterio que es vigente.

En este sentido la Ley Federal del Mar en su artículo 25 señala que la anchura del mar territorial será de 12 millas marinas (22,224 metros), siendo de esta manera que dicha distancia será lo que mida el mar territorial perteneciente al Estado mexicano, de tal suerte que el mar territorial sobre el cual el Estado mexicano ejercerá su soberanía y sobre el cual tendrá derechos.

En cuanto al régimen jurídico del mar territorial, el Estado ribereño ejerce plena soberanía sobre sus aguas, su suelo, su subsuelo y el espacio aéreo del mar territorial, teniendo como única limitante el derecho que tienen los buques de los Estados extranjeros de paso inocente en dicha zona, lo cual en el caso de México

⁸ Ley Federal Del Mar, 2010, artículo 23, p. 4 en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/124.pdf> (5 de Marzo de 2010).

⁹ Convención De Las Naciones Unidas Sobre Derecho Del Mar, 10 de Abril de 1982, artículo 2 en <http://mareius.galeon.com/aficiones1497159.html> (4 de marzo de 2010).

¹⁰ *Idem*.

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

105

encuentra sustento en el artículo 29 de la Ley Federal del Mar.

Por tanto, podemos afirmar que el mar territorial es el área geográfica marina sobre la cual el Estado, en este caso el mexicano, ejerce su soberanía, dicha zona tiene una anchura de 12 millas y sobre la cual los Estados Extranjeros solo tienen derecho al paso inocente, de esta forma es que el mar territorial se convierte en una zona más sobre la cual se podrán aplicar las normas tributarias mexicanas cuando así se considere necesario.

La Zona Económica Exclusiva “Es aquella área que comprende la plataforma continental, y que se expande hasta 200 millas náuticas de litoral, para la explotación exclusiva por parte del país ribereño de los recursos naturales (marinos, minerales, petroleros etcétera).”¹¹, esta definición considera parte de la zona económica exclusiva a la plataforma continental, dentro de dicha zona el Estado ribereño tiene derecho sobre los recursos naturales que encuentre en ella, con la finalidad de protegerlos y aprovecharlos.

La CONVEMAR de 1982 en el artículo 55 establece que la Zona Económica Exclusiva es “un área situada más allá del mar territorial adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás

Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención.”¹², entonces, es aquella zona que se sitúa más allá del mar territorial, en la que el Estado ribereño ejercerá sus derechos y jurisdicción de acuerdo a lo que establece la Convención, asimismo los Estados extranjeros tendrán ciertos derechos los cuales serán regulados por la misma.

Podemos definir a la Zona Económica Exclusiva como aquella área que se sitúa más allá del mar territorial adyacente a éste, cuya extensión es de 200 millas náuticas, en la que el Estado ribereño tiene derechos y ejerce su jurisdicción, de conformidad con los lineamientos internacionales y nacionales que se establezcan para la regulación de la misma, además de que a diferencia de las aguas nacionales y el mar territorial, en esta zona los Estados extranjeros cuentan con derechos sobre la zona. Asimismo, las 200 millas náuticas que tiene dicha zona como extensión son contadas a partir de la línea de base con la que se mide el mar territorial, teniendo como límite exterior alta mar.

La inclusión de la Zona Económica Exclusiva a la legislación mexicana se da en el año de 1976 con una adición al artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la cual se establece, y quedando como párrafo octavo, que la Nación ejerce en una Zona Económica Exclusiva situada fuera del Mar territorial

¹¹ Diccionario Economía en: http://www.ecofinanzas.com/diccionario/Z/ZONA_ECONOMICA_EXCLUSIVA.htm

¹² Convención De Las Naciones Unidas Sobre Derecho Del Mar, 10 de Abril de 1982, artículo 55 en <http://mareius.galeon.com/aficiones1497159.html> (9 de marzo de 2010).

y adyacente a este, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determine las leyes del Congreso, de esta manera es que México se vuelve uno de los primeros Estados en adoptar constitucionalmente la tesis de la Zona Económica Exclusiva.

En cuanto a la anchura de la Zona Económica Exclusiva, la CONVEMAR DE 1982, señala en su artículo 57 que "...no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial."¹³, lo que deja claro que la anchura no debe exceder las 200 millas náuticas, por lo cual México adopta dicha extensión y lo establece en el artículo 27 de la Constitución Federal y en el artículo 5º de la Ley Federal del Mar.

En el ámbito de Derecho Internacional, el artículo 56 de la CONVEMAR de 1982, establece ciertos derechos que el Estado ribereño tiene en la zona económica exclusiva, los cuales fueron adoptados y adicionados por México en su Ley Federal del Mar en el artículo 46, dotando de esta forma como derechos que podrá ejercitar los siguientes:

1) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la Zona.

2) Jurisdicción, con relación a las disposiciones pertinentes de esta Ley, de su Reglamento y del derecho internacional, con respecto:

- a) Al establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras.
- b) A la investigación científica marina.
- c) A la protección y preservación del medio marino.

3) Otros derechos y deberes que fije esta Ley, su Reglamento y el derecho internacional.

Las aguas internacionales o como jurídicamente se les conoce con el nombre de alta mar, es la zona que se encuentra contigua a la zona económica exclusiva y sobre la cual el Derecho Internacional se ha preocupado por mantener cierto orden y control.

En cuanto a la definición de alta mar, termino jurídico utilizado para referirse a las aguas internacionales, se define como "...la zona en donde los Estados ribereños no tienen derechos de soberanía ni jurisdicciones especiales. La alta mar se encuentra más allá de toda jurisdicción territorial o especial de los Estados ribereños y empieza ahí dónde termina la zona económica exclusiva."¹⁴, en esta zona todos los Estados gozan de las mismas libertades y derechos, es considerada un bien común, sobre la cual nin-

¹³ Convención De Las Naciones Unidas Sobre Derecho Del Mar, 10 de Abril de 1982, artículo 57 en <http://mareius.galeon.com/aficiones1497159.html> (9 de marzo de 2010).

¹⁴ Vallarta, Marrón José Luis, *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 2006, p. 153.

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

107

gún Estado podrá apropiarse de ella, esto de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la CONVEMAR de 1982.

Asimismo, dicha Convención en su artículo 86 define lo que debemos de entender por alta mar al establecer que el alta mar comprende "...todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico."¹⁵, de esta forma todo que no sea parte de las aguas interiores, del mar territorial y de la zona económica exclusiva de un Estado, será lo que se considere como alta mar o aguas internacionales.

Podemos definir a las aguas internacionales o alta mar como aquellas partes del mar que no incluyen las aguas interiores o nacionales, el mar territorial y la zona económica exclusiva, sobre las cuales ningún Estado ejerce su soberanía ni su jurisdicción y en la cual todo los Estados gozan de las libertades y derechos que rigen sobre dicha zona, cuya importancia es trascendental para la navegación, las comunicaciones, el comercio, la pesca y es de gran ayuda para los intereses de los Estados.

En el artículo 87 de la CONVEMAR de 1982, se establece que los Estados ya sean ribereños o sin litoral, tienen las siguientes libertades:

- Libertad de Navegación.

¹⁵ Convención De Las Naciones Unidas Sobre Derecho Del Mar, 10 de Abril de 1982, artículo 86 en <http://mareius.galeon.com/aficiones1497159.html> (17 de marzo de 2010).

- Libertad de Sobrevuelo.
- Libertad de tender cables y tuberías submarinos.
- Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional.
- Libertad de pesca, con sujeción a lo que señale el derecho internacional.
- Libertad de investigación científica.

Las aguas internacionales o jurídicamente conocidas como alta mar, es la zona que se ubica mas allá de la Zona Económica Exclusiva y que no comprende a esta ni al mar territorial, ni mucho menos a las aguas interiores, es aquella zona del mar que comparte sus límites con diversos Estados, y sobre la cual ningún Estado ejerce su soberanía ni jurisdicción, teniendo como libertades las de navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías, la construcción de islas artificiales, libertad de pesca y de investigación científica. En este sentido, las aguas internacionales forman parte importante del mismo, ya que aunque en dicha zona los Estados no tiene ningún derecho de soberanía ni jurisdicción, en lo que respecta a los buques y a las personas que se encuentren en ellos los Estados si tendrán jurisdicción y soberanía sobre los mismos, resultando de importancia la necesidad de creación de disposiciones tendientes a la protección de las operaciones que se realicen en dicha zona, además de que dichas operaciones no se realicen con la finalidad de evadir o quebrantar algún tipo de disposición.

La pregunta que surge es que criterios pueden permitirle al Estado por medio del Poder Legislativo establecer las contribuciones a los buques, y dichos criterios son los considerados como punto de conexión en la relación jurídico tributaria entre el Estado y los contribuyentes.

Dichos elementos los podemos entender como “los puntos de conexión o criterios de vinculación que establecen el mejor o adecuado ‘asiento’ en la relación jurídico tributario, siendo estos aquellos que la ley de importancia como tal.”¹⁶, se trata de criterios que determinan un vínculo entre el Estado y los contribuyentes, que pueden ser entendidos como “... todos aquellos elementos o circunstancias de carácter objetivo o subjetivo, de tal relevancia que, al concurrir en la situación jurídica de una persona física o moral, provocan la sujeción de la misma a la potestad tributaria de un Estado”¹⁷, se tratan de criterios de carácter objetivo o subjetivo, que permiten el establecimiento del vínculo entre los sujetos de la relación jurídico tributaria, criterios utilizados por el Estado para la creación de diversas contribuciones.

El Estado, para el establecimiento de dichos criterios toma en cuenta, por una parte, la situación económica del contribuyente, cualquiera que sea

¹⁶ Relación Jurídico Tributaria en <http://html.rincondelvago.com/relacion-juridico-tributaria.html> (17 DE MARZO DE 2010).

¹⁷ E. Trhon, Manuel, *Régimen Fiscal de los Extranjeros en México*, 4ª ed., Colección Ensayos Jurídicos, Themis, México, 1994, p. 78.

la ubicación de la fuente de las rentas o de sus bienes, a esto se le llama criterio de sujeción personal o elementos vinculativos de naturaleza subjetiva, dentro del cual encontramos el criterio de residencia o nacionalidad; o bien, el Estado grava a las personas tomando en cuenta las rentas creadas y los bienes que se encuentren en su territorio, a lo cual se le llama sujeción real o elementos vinculativos de naturaleza objetiva o económica, de los cuales destacan el establecimiento permanente y la fuente de riqueza.

III. CONCERTACIÓN Y COOPERACIÓN PARA REGULAR LAS OPERACIONES EN AGUAS INTERNACIONALES

Diversos son los problemas que se presentan en la zona marítima conocida como aguas internacionales, dando como resultado el uso sin restricción de dicha zona, así como de los recursos naturales que la conforman, lo cual provoca pérdidas de los recursos naturales, en ocasiones de manera irreversible y en lo fiscal, se menoscaba al erario público.

Los problemas que se presentan van desde la sobre explotación de los recursos del mar, lo cual trae como consecuencia afectaciones al medio marino, así como la contaminación y la depredación del mismo; encontramos también la problemática de la piratería, el tráfico ilegal de productos como madera, el intercambio de estupefacientes e inclusive el comercio de animales en peligro de extinción; así como, la producción de bienes, con

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

109

una mano de obra barata, ya que las personas que son contratadas para la elaboración de los mismos, son sometidos a jornadas laborales muy extensas, sin contar con los derechos de seguridad social y de la protección mínima que tienen derecho; de igual manera, no solo la producción y el comercio de bienes en esta zona generan problemas, sino también a nivel global, porque al ser una zona a la que todos los Estados tienen derecho de acceder, generalmente se pueden realizar ciertas prácticas que en las jurisdicciones de los Estados se encuentran prohibidas, siendo el caso de los buques que se adentran en aguas internacionales y realizan la práctica de abortos, debido a que en su país esto se encuentra prohibido.

Son diversos los problemas que se pueden presentar en esta zona. A lo largo de la historia Organismos Internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los organismos regionales de integración, como lo son la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y los Estados mismos, han puesto en marcha una serie de mecanismos con la finalidad de contrarrestar los efectos dañinos de estos problemas, sin embargo, por lo que respecta a la afectación en materia fiscal que sufren los Estados por la producción, comercio y explotación de bienes, servicios y personas, han sido menores los esfuerzos que se han realizado, así como la regulación en dicha zona para frenar la evasión de impuestos, en consecuencia

resulta de importancia el análisis de la problemática de la evasión fiscal por medio de operaciones realizadas en aguas internacionales.

Dichos abusos, son cometidos por los Estados mediante la utilización de buques, ya que como se ha mencionado, el régimen jurídico de las aguas internacionales no se encuentra sujeto a la soberanía de ningún Estado, en él todos los Estados cuentan con ciertos derechos, pero nadie puede ostentarse como dueño de dicha zona, ni tampoco sobre los recursos marinos que en ellas se encuentren, la única forma que un Estado tiene derecho de ejercer su jurisdicción en esta zona, es sobre los buques que pasen o se encuentren anclados en ella, así como en las personas que se encuentren a bordo de los mismos.

Por lo cual, resulta de gran importancia la figura del buque, siendo este el medio por el que los Estados, además de tener acceso a aguas internacionales, llevan a cabo diversas operaciones de comercio, en ocasiones ilícito.

Así como las personas deben contar con un nombre para ser identificadas, los buques, deben contar con una bandera o pabellón que los identifique, en cuanto al otorgamiento de dicha bandera o pabellón, de conformidad con la Convención del Derecho del Mar (CONVEMAR), cada Estado establece los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a un buque, para la inscripción en un registro en su territorio y lo más importante para que tengan el derecho de enarbolar su bandera, dicha relación

deberá ser auténtica, y realmente existir. Los buques solo podrán navegar bajo el pabellón de un solo Estado, quedando sometidos en alta mar a la jurisdicción de dicho Estado, en el caso de que un buque se encuentre navegando enarbolando dos banderas de distinto Estado, en caso de un conflicto con un tercer Estado no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades y se le podrá considerar como un buque sin bandera, sin embargo, en cuanto a éste último punto surge una figura conocida como pabellón de conveniencia o bandera de conveniencia, las cuales son otorgadas por determinados países cuya legislación facilita al máximo el abanderamiento de buques, mediante una excesiva liberalización de los requisitos necesarios en los aspectos fiscales, laborales, de nacionalidad, de los propietarios y del capital, sobre el estado de conservación y seguridad del buque, entre otros.

En este sentido, encontramos que un buque con bandera de conveniencia es aquel que enarbola el pabellón de un país diferente al de su propietario, se trata de aquellos buques civiles que enarbolan la bandera de una nacionalidad distinta de la que pertenecen, derivado de la adopción de dicha nacionalidad que conviene a sus intereses, porque brindan regulación menos estricta en cuanto a seguridad y tasas fiscales, inclusive la nula existencia de impuestos y por si fuera poco la obtención de una mano de obra barata.

Estamos frente a una figura jurídica internacional que de cierta manera

permite que las empresas pertenecientes a los Estados, por medio de la utilización de la misma y sin infringir la ley evadan obligaciones fiscales o paguen menores impuestos, de los que debieran pagar, y como consecuencia de ello, afectan la recaudación tributaria de los Estados que intervienen, generándoles mayores ganancias a dichas empresas y una disminución a los Estados y sobre todo una gran afectación al particular. A manera de ejemplo, encontramos que los pabellones de conveniencia más habituales son los localizados en países como Panamá, Corea del Norte, Liberia, Seychelles, Malta, Chipre, Islas Marshall, Antillas Neerlandesas y Bermudas, todos ellos, paraísos fiscales.

La CONVEMAR, además del otorgamiento del pabellón o bandera establece la obligación del registro de los pabellones que se otorgan, cada Estado tendrá el derecho de establecer dichos registros conforme a sus reglas. Estos registros tienen como finalidad ser las instituciones encargadas del otorgamiento de la bandera a los buques que así lo soliciten, además de tener la obligación de tener control de los mismos. Cada Estado que cuente con un registro de buques también contará con un puerto de matrícula el cual será considerado con el puerto donde se tendrá por registrado el buque, dichos Estados podrán contar con uno o varios puertos de matrícula, este término es considerado un concepto jurídico, por lo tanto, un buque puede encontrarse registrado en un puerto en el que

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

111

jamás recaló¹⁸, además de que no necesariamente dichos puertos son físicos, ya que por ejemplo, en el caso de Bolivia, por ser un Estado sin litoral, su puerto de matrícula se localiza en la ciudad de La Paz y por tanto estamos hablando de una ciudad y no de una costa con un puerto.

Las empresas que solicitan el pabellón de un país distinto al suyo bajo el pabellón de conveniencia, encuentran como norma general la nula existencia de un impuesto de sociedades (como se le conoce en España) o un Impuesto Sobre la Renta (como se le conoce en nuestro País) que grave los beneficios empresariales y en su lugar las empresas navieras establecen una tasa fija que depende únicamente del tonelaje de arqueado que los buques operen, es decir, solo se fija una tasa sobre la medida de la embarcación, a este régimen especial de tributación se le conoce como *tonnage tax* o *Impuesto Sobre el Tonelaje*, lo que en este caso no grava en sí la riqueza que la empresa que maneja el buque obtiene en realidad; además, de que no se tiene un control fiscal sobre la renta de los tripulantes extranjeros no residentes y no es un requisito obligatorio la inscripción de los mismos en el sistema de seguridad social del país de bandera, dejándoles como única salida la aceptación de una cobertura

médica y de accidentes proveniente de un seguro privado, lo cual en términos de derechos de seguridad social, los trabajadores que laboran en estas condiciones se encuentran desprotegidos, todo derivado de la falta de control y paralelamente cada año las haciendas fiscales de los Estados se encuentran con pérdidas millonarias.

IV. CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que el papel de la OMC en cuanto a regulación de las operaciones en aguas internacionales, no ha sido ni es del todo completo, hasta ahora no existe convenio o norma alguna que proteja ni regule las operaciones en dicha zona, aún con la existencia de normas de origen que determinan la nacionalidad de un bien o producto, y que derivado de ello se puede interpretar que entonces al ser de una determinada nacionalidad se podrá aplicar la legislación del país al que pertenece, sin embargo, si existirá un acuerdo a nivel internacional en esa zona, entonces los posibles conflictos que pudieran suscitarse entre los Estados involucrados, se podrían de cierta forma prevenir con la existencia del acuerdo señalado.

La propuesta es que como apoyo a las normas de origen, se cree un acuerdo de cooperación internacional en materia fiscal que norme cualquier operación de procesamiento y obtención de bienes y servicios que bien se obtengan o elaboren en aguas internacionales, que pueda ser suscrito por cualquier Estado; y que

¹⁸ El significado de esta palabra de acuerdo con el Diccionario Náutico es "Llegar un barco, después de la navegación, a un puerto conocido. / Aproximarse a tierra, para reconocerla y marcar la posición.", en http://www.diccionario-nautico.com.ar/g_r.php. (9 de Abril de 2010).

así como la OMC, se ha preocupado por la armonización de las normas de origen, creemos que es necesario que mediante la creación de dicho acuerdo se despierte el interés no solo de los Estados miembros de la OMC, sino, de la comunidad internacional, por regular y cooperar en las medida de los posible para combatir las practicas que los particulares o las empresas trasnacionales, que están acostumbrados a realizar dentro de aguas internacionales, con la finalidad de disminuir y contrarrestar los daños que generan la evasión de contribuciones, así como mejorar la forma en que las haciendas públicas de los Estados puedan obtener los recursos que les corresponden de dichas operaciones, además de mejorar los mecanismos de control y fiscalización de la operaciones en alta mar, así como mejorar las condiciones de los trabajadores de los buques que se sitúan en aguas internacionales, estableciéndose en dicho acuerdo los derechos y prestaciones que legítimamente les corresponden.

En el caso que nos ocupa encontramos que a lo largo de la historia en materia de regulación de alta mar o aguas internacionales la Suprema Corte Justicia de la Nación no se ha pronunciado de manera directa sobre dicho tema, sino que por medio de distintos criterios ha hecho referencia a ciertos sucesos como por ejemplo, la nacionalidad de la tripulación de las embarcaciones mexicanas, de los accidentes en alta mar de los marineros, así como, en cuestiones de comisión de delitos contra la salud

(Narcotráfico). Pero nunca sobre las operaciones ilícitas en alta mar, de ahí la necesidad de un acuerdo de concertación y cooperación en materia fiscal que regule las operaciones en aguas internacionales, que nos permite empezar a construir los criterios necesarios que permitan el control y vigilancia así como una adecuada planeación de las operaciones que las empresas realicen en aguas internacionales.

Las operaciones realizadas por las llamadas empresas trasnacionales, realizadas a bordo de buques, la mayoría de ellos bajo pabellón o bandera de conveniencia, permiten, evadir sus legislaciones, y en general, la evasión de la ley, que da como resultado la obtención de menores costos de producción, además de la obtención de mayores ganancias y por consecuencia el incremento de sus ingresos económicos, devastando los recursos naturales y soslayando derechos fundamentales de los individuos y las nacionales, de ahí la necesidad de un acuerdo de concertación a nivel internacional, que se encuentre bajo el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y no bajo el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organismo conexo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya que se considera que las funciones de la OMC son las de mantener y procurar el comercio internacional, el establecimiento de mecanismos, disposiciones y acuerdos que ayuden a los productores de bienes y servicios, y a los exportadores;

Regulación fiscal de las operaciones en aguas internacionales

113

para que puedan realizar sus actividades. Es un organismo preocupado por establecer un campo de acción adecuado para el comercio mundial, en el cual los sujetos involucrados puedan realizar sus actividades bajo las mejores condiciones posibles, que permitan al comercio internacional avanzar de manera sustentable.

Por otra parte, la OCDE es un organismo de cooperación, como su nombre lo indica, su finalidad es coordinar las políticas económicas y sociales, de los Estados miembros, con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros en vías de desarrollo, favoreciendo la expansión del comercio, la economía y el empleo, sobre una base multilateral y no discriminatoria, se preocupa por que exista una igualdad entre los mismos, que no se cometan abusos y que exista una igualdad social en cuanto a la economía global se refiere; es por ello que la propuesta que se plantea debe pertenecer o estar bajo el marco de la OCDE.

V. BIBLIOGRAFÍA

Boríssov, Zhamin y Makárova, Diccionario de Economía Política, en <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/e/exporta.htm>.

Carrasco, Iriarte Hugo, *Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Fiscal (Primera Parte)*, Volumen 2 A-J, 2ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2003.

Cervantes, Ahumada Raúl, *Derecho Marítimo*, Ed. Porrúa, México, 2001.

De Pina, Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1973.

Diccionario Enciclopédico Espasa, Tomo 18, 8ª ed., ESPASA-CALPE, S.A., Madrid, 1979.

Diccionario Náutico, en http://www.diccionario-nautico.com.ar/g_r.php.

Edding, V. Mario, *Manejo Integrado del Ambiente*, Glosario de Términos, Chile en http://manejo.tripod.com/aguas_internacionales.htm.

E. Trhon, Manuel, *Régimen Fiscal de los Extranjeros en México*, 4ª ed., Colección Ensayos Jurídicos, Themis, México, 1994.

Glosario De Términos De La OMC en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/subvencion_s.htm.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., 2001, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=retroactivo.

Ríos, Granados Gabriela (coord.), Pérez Robles Arturo (y otros), *Diccionario de Derecho Fiscal y Financiero*, Tomo 1, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007.

Seminario de Derecho Fiscal

114

Trigo, Chacón Manuel, *Derecho Internacional Marítimo*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1996.

Vallarta, Marrón José Luis, *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 2006.

En Recuerdo de Nuestros Profesores Dr. Carlos Arellano García, Dr. Gil Gil Massa y Lic. Manuel Rosales Silva

La muerte de un buen amigo, como la
caída de un gigantesco árbol, deja un
enorme vacío.

ANÓNIMO

Sumario: I - Presentación, Dra. María Elena Mansilla y Mejía. II – Los Conflictos internacionales de leyes en materia de contratos, Dr. Carlos Arellano García. III- Derecho internacional y la integración energética en América latina. La organización latinoamericana de energía (OLADE) y su programa de cooperación energética, Dr. Gil Gil Massa. IV - Anteproyecto de posible programa para impartir clínica de derecho internacional privado, Lic. Manuel Rosales Silva

I. PRESENTACIÓN

María Elena Mansilla y Mejía*

Este año, la Facultad de Derecho y el Seminario de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México, sufrieron la pérdida de tres grandes formadores de muchas generaciones, los internacionalistas *Dr. Carlos*

* Doctorado en Derecho.- Maestría en Criminología y Especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo.- Catedrática de la Facultad de Derecho a nivel Licenciatura de las asignaturas Derecho Internacional Privado I y II y Teoría del Estado, y en la División de Posgrado de las asignaturas Derecho Competencial y Relaciones Económicas Internacionales.- Actual Directora del Seminario de Derecho Internacional y miembro del Consejo Universitario.

Seminario de Derecho Internacional

116

Arellano García, Dr. Gil Gil Massa y Lic. Manuel Rosales Silva.

Con el deseo de rendirles homenaje se ha seleccionado un artículo de cada uno de ellos sobre temas clásicos del Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público para formar parte del número 3 de "Cultura Jurídica", "Revista de Investigación Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho".

Por este medio llegará a cada lector un recuerdo de la sabiduría personal y jurídica de estos inolvidables maestros.

El artículo del *Dr. Arellano*, como especialista, del Derecho Internacional Privado, está referido al difícil problema de los conflictos de leyes en los Contratos Internacionales, tema de gran actualidad dentro del mundo de las obligaciones.

El *Dr. Gil Gil Massa*, destacado internacionalista estudia el vigente problema de los energéticos y la necesidad de su defensa y protección en América Latina.

El Maestro *Rosales Silva* gran estudioso y compilador de las resoluciones emitidas en el Derecho Internacional Privado, ofrece múltiples casos llevados ante los tribunales federales, con esto lleva a efecto la corriente actual de estudiar el derecho tanto teórica como prácticamente a través de casos.

II. LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES DE LEYES EN MATERIA DE CONTRATOS

Carlos Arellano García*

1.- CONCEPTOS

Cuando una situación concreta está vinculada con las normas jurídicas de dos o más países estamos en presencia del llamado Conflicto Internacional de Leyes.

La situación concreta vinculada con normas jurídicas de más de un Estado puede ser sencilla o compleja. Será sencilla cuando la situación concreta presente un solo aspecto cuya regulación jurídica haya de determinarse y será compleja cuando sean varios los aspectos que requieran la elección de la norma jurídica aplicable.

* Doctor en Derecho, impartió ininterrumpidamente durante cincuenta años las cátedras de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público en la Licenciatura y de Organismos Internacionales en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Impartió. Es autor de múltiples obras: Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público y Práctica Forense. La Diplomacia y el Comercio Internacional, los Refugiados y el Derecho de Asilo, y una voz Ciudadana, entre otros. Fue Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado representó a México en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, y recipiendario de la Medalla Prima de Leyes Instituta 2010-2011.

En recuerdo de nuestros profesores...

Para Jules Valery,¹ las leyes de dos diferentes países están en la presencia de razones que existen a favor de la aplicación de cada una de ellas y es necesario escoger la que deba aplicarse. Estas razones que posteriormente se denominaron “puntos de conexión”, pueden definirse como las circunstancias de hecho o de derecho que vinculan a una situación concreta con la norma jurídica de uno o varios Estados.²

El ilustre tratadista español Adolfo Miaja de la Muela³ considera que en el conflicto de leyes existen dos o más relaciones jurídicas en potencia, tantas como leyes tengan contacto con las personas, cosas o actos que figuren en el supuesto de hecho, pero mientras no se señala exactamente la ley aplicable, lo único que tenemos es una relación humana, fáctica, propia de la vida y sostiene que la relación jurídica sólo se podrá determinar cuando esté fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana. Aceptamos que la situación concreta, antes de la determinación de la norma jurídica que le es aplicable, es ambigua en lo que hace al alcance de los derechos y obligaciones de los sujetos de esa situación concreta. Los derechos y deberes de los sujetos se puntualizarán adecuadamente

en cuanto se fije la norma jurídica aplicable.

En lo que atañe a los conflictos de leyes. Foignet⁴ les atribuye dos elementos: 1.- Una conexión jurídica, es decir, algún acto jurídico, contrato, apertura de sucesión, etcétera; 2.- Ciertas circunstancias que produzcan la aplicación de varias leyes.

Es conveniente que obtengamos mayor precisión en el concepto de conflictos de leyes mediante el enunciado de los elementos que, en opinión nuestra, concurren, a saber:

- 1.- Una situación concreta que debe regularse jurídicamente;
- 2.- Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados;
- 3.- Dos o más normas jurídicas de países distintos que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

Si se trata de precisar el concepto de los conflictos internacionales de leyes, aparece muy claro el pensamiento de Martín Wolf⁵ cuando establece que el Derecho Internacional Privado se propone determinar que ordenación jurídica, entre varias vigentes a un tiempo, debe aplicarse a una relación determinada de la vida real.

¹ *Manuel de Droit International Privé*, París, París, 1914, pág. 466

² Véase Carlos Arellano García. *Derecho Internacional Privado*. Porrúa, México, 1976, 2ª edición, pág. 11

³ *Derecho Internacional Privado. Introducción y Parte General*, Madrid, 1954

⁴ *Manuel Elementaire de Droit Privé*, París, 1912, pág. 161

⁵ *Derecho Internacional Privado*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1936

En el esclarecimiento de nociones sobre los conflictos internacionales de leyes, el jurista mexicano Eduardo García Máynez⁶ marca como supuesto ineludible de los conflictos de leyes en el espacio, la coexistencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero pertenecientes a sistemas jurídicos que, en principio, poseen ámbitos espaciales de vigencia distinta.

A su vez, por ser motivo de este trabajo, recogemos el concepto de contrato que nos proporciona el conspicuo Rafael Rojina Villegas,⁷ al decir que es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Considera al contrato como una especie del género de los convenios y, define al convenio como un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales.

2.- SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES DE LEYES

La elección de la norma jurídica competente para regir la situación concreta, cuando cabe la posibilidad de aplicación de normas jurídicas de países diversos, es tarea ardua. La dificultad reside en la falta de una norma jurídica superior a las presuntas normas aplicables que regulara esa elección y también en la carencia de

⁶ *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1949, Pág. 404

⁷ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV. Antigua librería Robredo, México, 1962, Pág. 7

un tribunal con jerarquía supranacional que escogiera la norma aplicable.

Tal precariedad normativa y la falta de órganos jurisdiccionales superiores, ha propiciado una exagerada especulación doctrinal que no ha llevado a las deseadas soluciones convenientes. Por supuesto que excede los límites de este breve estudio el análisis de las variadas corrientes exegéticas, de allí que nos limitemos a exponer sintéticamente algunas premisas orientadoras hacia la solución de los conflictos internacionales de leyes.⁸

- I.- Ante el conflicto de leyes, la persona interesada en su solución, debe acudir a las fuentes formales para determinar si existe norma jurídica conflictual que elija la norma jurídica aplicable.
- II.- A falta de norma jurídica conflictual internacional que resuelva el conflicto, ha de acudir a las fuentes de derecho interno del Estado bajo cuya jurisdicción se plantee el conflicto de leyes.
- III.- Si existe una laguna legal porque, el conflicto no se haya previsto en la fuente internacional, ni en la interna, tendrá que realizarse una labor de integración y el juzgador deberá de crear la norma individualizada.
- IV.- En la creación o perfeccionamiento de las normas conflictuales, de solución del conflicto de leyes internacionales, se propenderá a

⁸ Para el examen de las corrientes doctrinales nos remitimos a nuestra obra de *Derecho Internacional Privado*, Págs. 520-581

En recuerdo de nuestros profesores...

119

la realización de los valores jurídicos y a la mejor satisfacción de las necesidades humanas.

V.- Cuando el legislador desempeña su tarea creadora o perfeccionadora de normas jurídicas, necesariamente clasifica previamente las materias sobre las que pretende legislar. En el Derecho Internacional Privado ocurre lo mismo, debe haber una clasificación por materias, tal y como lo hicieron los postglosadores, en la forma en que lo hizo Savigny, como se ha hecho en la codificación iusprivatista y de la manera como lo hacen todos los autores que han desarrollado la llamada parte especial del Derecho Internacional Privado. Por tanto, no hay normas conflictuales sobre: forma de los actos, bienes muebles, bienes inmuebles, estado civil de las personas, capacidad, obligaciones convencionales, etcétera.

VI.- No debe prevalecer un prejuicio territorialista o extraterritorialista en la elaboración o perfeccionamiento de las normas conflictuales ya sean internacionales, internas o individualizadas, De las normas en conflicto se elegirá la nacional o la extranjera según se realicen con una u otra, de mejor manera, los valores jurídicos y se satisfagan mejor las necesidades humanas.

3.- SUBDIVISIONES DE LAS MATERIAS DE CONTRATOS

Ante un contrato, que es una situación concreta compleja, por estar integrada de factores intervinientes que pueden requerir un pronunciamiento acerca de la norma jurídica aplicable a esos dichos factores, es preciso hacer una subdivisión como paso preliminar antes de la elección de la norma jurídica aplicable.

Conforme a lo anterior, en la figura jurídica del contrato, podríamos extraer, enunciativa y no limitativamente, en una subdivisión, los siguientes aspectos y factores:

- A) Forma del contrato
- B) Capacidad de los contratantes
- C) Efectos de los contratos
- D) Alcance de la voluntad de los contratantes
- E) Elementos de existencia y de validez de los contratos
- F) Naturaleza del contrato
- G) Diverso tipo de bienes a los que se refiere el contrato
- H) Cada contrato es particular

Esta es la clasificación previa que es menester realizar antes de inquirir por la norma jurídica aplicable, según indicación hecha en el punto quinto del apartado anterior.

Seminario de Derecho Internacional

120

Si nuestro deseo fuera el trato exhaustivo del tema de los contratos en cuanto a sus implicaciones iusprivatistas, tendríamos que encontrar una norma jurídica conflictual para cada uno de los aspectos y factores de subdivisión mencionados.

III. DERECHO INTERNACIONAL Y LA INTEGRACIÓN ENERGÉTICA EN AMÉRICA LATINA. LA ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE), Y SU PROGRAMA DE COOPERACIÓN ENERGÉTICA

Gil Gil Massa*

El Derecho de Gentes o Derecho Internacional Público, dentro de su esfera real: es “el conjunto de principios y reglas consuetudinarias y convencionales, que determinan los derechos y deberes recíprocos de los Estados y demás personas internacionales *en su vida de relación entre todos ellos* y la comunidad internacional; para el mantenimiento del orden y la promoción de Bien Común”.

* Fue diplomático de carrera, Ministro del Servicio Exterior Mexicano en las Embajadas en los Países Bajos, República Federal de Austria, República Dominicana y Japón, Subsecretario de la Secretaría de Energía y Minas. Profesor titular por oposición de Derecho Internacional Público en la Licenciatura y en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En su carácter, esta disciplina desarrolla una *Triple Función*:

- a) Determinar las competencias entre los Estados,
- b) Determinar las obligaciones *negativas* (Deberes de Abstención) o *positivas*, que vienen impuestas a los Estados en el ejercicio de sus competencias, con objeto de establecer un régimen de competencia reglada y,
- c) Reglamentar la competencia de los Organismos Internacionales, materia que en la época presente ha adquirido un notable desarrollo.

Sobre el principio de la Organización Internacional, se ha observado una persistencia por parte de los Estados, desde el siglo XVI, cuando aparece el Estado Moderno, autónomo, autocapaz y en relaciones de igualdad con sus semejantes.

Un enfoque general a la idea de la paz, desde el punto de vista de las relaciones entre los estados, se puede dar, al observarse que, desde las más remotas épocas, cuando estas relaciones eran extremadamente raras y accidentales y que no descansaban sobre ningún principio jurídico, había ya hombres, que desaprobaban las violencias y la guerra y anhelaban la Paz; una Paz, definitivamente consolidada sobre la *Tierra*. Esto nos revela que, la necesidad de *Armonía Y Paz* es innata en el Hombre. Ya en la antigüedad se observaban diferentes proyectos, todos ellos destinados a “lograr

En recuerdo de nuestros profesores...

121

una *Unión Organizada Entre Los Pueblos*, anhelo deseado por la *Humanidad*, ya que, no es la *Paz En Sí*, sino la *Paz Organizada Jurídicamente Lo Que Constituye El Ideal*.

La constante preocupación de México por la Paz, se refleja en su Política Exterior. Esta, la Política Exterior que por mandato constitucional dirige el Presidente de la República, mantiene principios tradicionales y esencialmente inmutables en los cuales se apoya, tales como: La Igualdad Soberana de los Estados; la Autodeterminación de los Pueblos, atributo inseparable de la soberanía; la Integridad Territorial de los Estados (Independencia y Soberanía), la *No Intervención* en los asuntos internos y externos de los demás Estados, consecuencia de la autodeterminación; *Pluralismo Ideológico*; *Integración Regional*; *Buena Fe en el Cumplimiento de las Obligaciones Internacionales Asumidas*; *Solución Pacífica de las Controversias*; *Pacifismo*; *Proscripción del Uso de la Fuerza y la Militancia Permanente Contra el Armamentismo*; *Anticolonialismo y Principio de Participación Activa y Abierta en los Organismos Internacionales, así como Cooperación Económica Internacional*.

Éstos Principios básicos y trascendentales, son, muchos de ellos, los mismos que en 1945 normaron como los más idóneos, la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, que se firmara en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrara en vigor el 24 de octubre del

propio año de 1945 y de la que México forma parte integrante como "Miembro Originario". La Política Exterior de México; siempre se ha demostrado; es una política independiente, *Abierta, Seria y Responsable* que descansa en principios semejantes *Si No* idénticos a los de la *Carta Universal*.

A partir de entonces, y esa es una de las características más significativas del Derecho de Gentes, se observa una marcada "*Institucionalización de éste*"; por la proliferación de organizaciones internacionales.

Son múltiples y de variada proyección las Organizaciones Internacionales que se han venido constituyendo, a partir del establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas. Ahora que, para que pueda hablarse de Organización Internacional, se requiere de algunos elementos básicos y que deben ser los que se mencionan:

- A) Estar compuesta por sujetos activos del Derecho Internacional Público; en otras palabras, por Estados Soberanos.
- B) Tener un carácter permanente y la facultad jurídica necesaria para ejercitar los poderes de sus organismos o mecanismos de acción.
- C) Que sus estatutos y normas, estén regidos por el Derecho Internacional Público.
- D) Que persiga objetivos definidos.

En este orden de ideas; es importante destacar que las Organizacio-

Seminario de Derecho Internacional

122

nes Internacionales pueden clasificarse tomando en cuenta dos puntos de vista:

- a) Según sus finalidades y
- b) Según su amplitud territorial

Según sus *finalidades*, las Organizaciones Internacionales pueden trazarse objetivos generales, o bien específicos y concretos. *Las primeras*, son aquéllas que en su accionar abarcan una multiplicidad de objetivos básicos, que van desde el mantenimiento de la paz, hasta la cooperación mutua para el desarrollo socio-económico. (ONU, OEA, Liga Árabe, Consejo de Europa). *Las segundas*, son aquéllas que se proponen un objetivo concreto y amplio, en las múltiples ramas del accionar internacional. Así, pueden subdividirse en:

- 1.- *Organizaciones Internacionales de cooperación Política.* (ONU, CONSEJO DE EUROPA, OEA, LIGA ÁRABE, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AFRICANOS ENTRE OTRAS).
- 2.- *Organizaciones Internacionales de Cooperación Económica* (FMI, BIRD, AID, UNCTAD, ONUDI, entre otras).
- 3.- *Organizaciones Internacionales de Cooperación Militar* (OTAN, PACTO DE VARSOVIA, entre otras).
- 4.- *Organizaciones Internacionales de Cooperación Social y Humanitaria* (OIT, OMS, FAO, entre otras).
- 5.- *Organizaciones de Cooperación Cultural Científica y Técnica*

(UNESCO, OMM, OACI, OIEA, entre otras)

Por lo que toca a su amplitud territorial, las Organizaciones Internacionales, pueden tener dimensión, *Universal y Regional*.

Las Organizaciones de Corte Universal, pueden ser englobadas en la Organización de las Naciones Unidas y sus diversos Organismos Especializados Intergubernamentales, vinculados a ella.

Las Organizaciones de Corte Regional, son aquellas que abarcan un área importante y determinada del Mundo, generalmente un ámbito continental, agrupado en varios Estados, lo que en razón de su proximidad, de la comunidad de intereses, de su afinidad espiritual, cultural, lingüística, histórica y de su grado de desarrollo, son unánime y solidariamente responsables del arreglo pacífico de cualquier disputa, que pueda surgir entre ellos; así como, del mantenimiento de la paz y la seguridad de su región, la salvaguardia de sus intereses y el incremento de sus relaciones económicas y culturales. En estas Organizaciones Regionales, se pueden destacar las siguientes: CEE, COMECOM (CAME), BID, OEA, ODECA, ALADI, MCCA, CARICOM, SELA y *Organización Latinoamericana De Energía (OLADE)*.

Es evidente que vivimos en una época de creciente regionalismo económico. Esto significa que se han venido fomentando las agrupaciones económicas regionales, la integración y otras formas de cooperación econó-

En recuerdo de nuestros profesores...

123

mica; sobre todo entre los países en desarrollo, los que, a través de esta fórmula pretenden ampliar y diversificar su comercio y su industria, estimulando así su crecimiento económico.

Las diferencias existentes entre países industrializados y países que no lo son, ha llevado a los segundo, a estructurar una estrategia fincada en la "Regionalización", ya que, a través de ésta se da una mayor identidad entre ellos y una mayor fortaleza ante los demás. Aquí cabe aplicar, ese principio tantas veces repetido de que "mal puede existir igualdad jurídica de hecho, aunque esté consagrada por el Derecho, entre desigualdades económicas"; y ésta viene a ser la explicación de la actitud solidaria, asumida en todo momento por los países menos desarrollados, que se han visto en la necesidad de continuar sus relaciones económicas, frente a los grandes bloques, procurando por ese medio, alcanzar una mayor gravitación, que la que aisladamente pueda tener cada uno de ellos.

En el ámbito universal y regional *la Energía guarda alta prioridad*. Conteniendo este renglón, por "Consenso" se arribó al texto de la *estrategia internacional del desarrollo para el tercer decenio de las naciones unidas para el desarrollo, mismo que entro en vigor el 1º de enero de 1981, aplicándose a partir de la misma fecha. la estrategia de referencia, emano del xi período extraordinario de sesiones de la asamblea general de naciones unidas*, celebrado en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York (25 de agosto, al 13 de septiembre de

1980), constituyendo a partir de su vigencia un marco, una norma para la cooperación económica internacional en los años ochenta.

La propuesta del Plan Mundial De Energía presentada por el Primer Mandatario de México Licenciado José López Portillo ante el XXXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 27 de septiembre de 1979, ha ejercido una determinante influencia en los debates internacionales en el área energética particularmente para definir la antes mencionada Estrategia Internacional Del Desarrollo que rige y orienta los esfuerzos mundiales de cooperación y en la que la energía desempeña un papel preponderante. Lo mismo se aplica al renglón de las *Negociaciones Globales* en sus diferentes áreas, tales como materias primas, comercio, desarrollo, moneda y finanzas, así como *Energía*, que se han visto estancadas. Cabe recordar que la Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno sobre Cooperación y Desarrollo, conocida como Diálogo Norte-Sur (Reunión de Cancún), de octubre de 1981 considera el área de la Energía como una de las cuestiones claves en el decenio de los ochenta, considerándolo a más como una cuestión global que como una cuestión Norte-Sur.

El Diálogo *Norte-Sur* hizo hincapié en el Plan Mundial de Energía para garantizar una transición ordenada de la época de los hidrocarburos a la era de las fuentes diversificadas de Energía, al desarrollo de fuentes de energía nuevas y renovables, al incremen-

Seminario de Derecho Internacional

124

to de las inversiones en energéticos, y a la contribución *que pueden efectuar los planes regionales, de cooperación energética, entre otros.*

Dentro de la gama de organismos regionales que tienen una gran significación en América Latina, es de destacarse la *Organización Latinoamericana De Energía (OLADE)*, en la que nuestro país participa activa y vigorosamente desempeñando un papel *trascendente.*

**La aparición de la referida Organización, coincide con los esfuerzos de numerosos países en desarrollo, para la defensa de sus recursos naturales y de sus materias primas; principio a través del cual se han dinamizado los programas de la UNCTAD, y en las Naciones Unidas se ha logrado modificar la correlación de fuerzas, frente a los países desarrollados, dando a éstos un mayor impulso, mismo que se ha reflejado en la aprobación de diversos instrumentos jurídicos relacionados con la estructuración de un *Nuevo Orden Económico Internacional.*

La Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), que tiene su sede en Quito, Ecuador, surgió como entidad pública internacional de cooperación, coordinación y asesoría, después de varias reuniones de Ministros de Energía de la América Latina, y sustenta sus propósitos y objetivos en el Convenio de Lima, suscrito el 2 de noviembre de 1973 y en vigor desde el 18 de diciembre de 1974.

En el Convenio Constitutivo de la OLADE se ha plasmado la aspiración de los países de la Región, ten-

diente a lograr la integración, protección, conservación, aprovechamiento racional, comercialización y defensa de sus recursos energéticos.

Algunos de los principales objetivos y funciones de la OLADE son:

- Aprovechar y defender sus recursos energéticos, de acuerdo a sus intereses nacionales y para la defensa de acciones, sanciones y coerciones contra cualquiera de los miembros de la OLADE, por razón de medidas que hayan adoptado para preservar dichos recursos poniéndolos al servicio de sus planes de desarrollo económico y social.
- Propiciar un desarrollo independiente en sus recursos y capacidades energéticas; así como promover una exploración, transformación y comercialización efectiva y racional de los mismos.
- Promover la creación de un organismo financiero para la realización de proyectos energéticos.
- Propiciar las formas que permitan el libre tránsito de los recursos energéticos y fomentar el desarrollo de los diferentes medios de transporte.
- Promover la creación de un *Mercado Latinoamericano De Energía.*
- Preservar los recursos energéticos mediante su racional utilización.
- Promover negociaciones directas entre los Miembros, tendientes a asegurar el suministro estable y suficiente de energéticos y pro-

En recuerdo de nuestros profesores...

125

pugnar la industrialización de los mismos.

- Estimular la ejecución de proyectos energéticos de interés común.
- Contribuir a la cooperación para facilitar entre las partes, un adecuado aprovechamiento de sus recursos energéticos.
- Fomentar el intercambio de información energética;
- Propiciar medidas eficaces con el fin de impedir la contaminación ambiental.

Todos estos objetivos de suyo; se traducen en políticas, tendientes a una *"Integración Regional en Materia de Energía"*.

Cabe mencionar que como resultado de estos esfuerzos, se emitió por los Primeros Mandatarios de México y Venezuela, el 3 de agosto de 1980, el denominado *"Acuerdo de San José"*, a través del cual se logró instrumentar un programa de cooperación energética para países de Centroamérica y el Caribe, por el que ambos países de las áreas mencionadas, otorgándoles un tratamiento preferencial del 30% sobre sus facturas petroleras y a un plazo de cinco años.

Es de señalarse que México *cuenta ya con un Programa De Energía, Metas a 1990 y Proyecciones al Año 2000*, que ha emergido del *Plan Nacional De Desarrollo Industrial*, circunscrito a su vez dentro del *Plan Global De Desarrollo* y que forma parte de los esfuerzos que se requieren para *estructurar el proyecto Plan Mundial De Energía*.

Otros logros significados, en donde la OLADE ha hecho sentir su presen-

cia como *"Vocero De América Latina"*, los constituye *su participación conjunta con CEPAL*, en la conformación de la posición regional, ante la *Conferencia De Naciones Unidas Sobre Fuentes De Energía Nuevas y Renovables* que se celebrara en Nairobi, Kenya en agosto de 1981. Esta Conferencia, respecto de la importancia de la *"Energía para el Desarrollo"*.

En respuesta a la importancia que representa la *"Energía para el Desarrollo"*, es que la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), *ha concretizado el Programa Latinoamericano de Cooperación Energética (PLACE)*, que viene a ser, uno de los esfuerzos regionales de cooperación energética más importantes entre países en desarrollo. Este Programa fue aprobado y reconocido por la XII Reunión de Ministros de la OLADE, que tuvo lugar en Santo Domingo, República Dominicana, en noviembre de 1981.

El Place es un instrumento inspirado en los principios del *Convenio de Lima, La Declaración de San José y el Compromiso de Bogotá*, relativo a la racionalización de la producción y el consumo de Energía, la II Reunión Extraordinaria de Ministros de Lina y las decisiones derivadas de las diferentes Reuniones de Ministros de OLADE.

El Place en su concepción, esta destinado a fortalecer la acción institucional de OLADE, consolidada por la *Comunidad Latinoamericana, Como El Principal Instrumento* encargado de promover la cooperación y coordinación energética entre sus Estados

Seminario de Derecho Internacional

126

Miembros y con los organismos regionales y universales.

El Place, en sus *Objetivos Concretos* pretende: *Vincular la Producción Uso de Energía a las Metas de un Proceso de Desarrollo Autónomo, y Sostenido, Ampliar y Diversificar la Oferta Energética y la Capacidad Científica y Tecnológica; así como Racionalizar la Producción y Consumo de Energía.* Estos *Objetivos* conforman un “*Compromiso Político de los Gobiernos*”, con miras, no a la creación de un nuevo organismo internacional; sino al establecimiento por voluntad de los Estados Miembros, de un “*Instrumento Político y operativo para Asegurar el Cumplimiento de los Objetivos de la OLADE.*”

Es conveniente destacar que los países de la América Latina se han pronunciado a favor del incremento de las inversiones en energéticos, tanto de fondos públicos como de fondos privados.

En tal sentido, sería de medular importancia apoyar la iniciativa de la OLADE para el establecimiento de un mecanismo financiero de ágil administración, bajo costo de operación y con los recursos necesarios para su operatividad (tal como se señala en el artículo III inciso I, del Convenio de Lima), este mecanismo podrá adoptar la modalidad de un “*Fondo Financiero Para El Desarrollo De Recursos Energéticos De América Latina.*”

El Fondo Financiero para el Desarrollo de Recursos Energéticos de América Latina se abocaría a la ejecución de los diferentes proyectos conjuntos que se desprenden de los

trabajos propios de la Organización, lo cual sin duda aseguraría, aún en caso de crisis internacional, la continuidad de los planes regionales destinados al logro de una autonomía energética.

México lucha denodadamente por realizar los fines que son propios de la Comunidad de Naciones, siempre con un concepto de Absoluta Mexicanidad, ya que sus bases se encuentran en la esencia misma de nuestra nacionalidad.

Dentro de esa idea trascendente y vital, la Diplomacia Mexicana ha actuado en forma permanente y en todos los foros, siempre defendiendo los más caros anhelos e ideas de las Naciones. Busca la conjunción del pensamiento y de la acción para forjar, proyectar y aplicar la fuerza dinámica de los pueblos, como solución positiva y eficaz ante un *Universo* en que debe prevalecer la *Razón* como *Causa Primaria* y *la Justicia Social*, como el efecto impecedero de los instrumentos jurídicos reguladores en el desarrollo de las relaciones, en el ámbito internacional.

Con invariable solidez, *México* sostiene su doctrina de paz, concordia y equidad y esos factores de hecho, constituyen las bases del *Orden En El Mundo*. Actúa conforme a sus principios e intereses superiores de la *Humanidad*. Por ello se puede apreciar con toda nitidez que nuestra política exterior ha alcanzado niveles de gran consistencia, universalidad y creciente dinamismo y autoridad.

Estamos ciertos que los principios fundamentales de la Política Exterior Mexicana son incommovibles, porque son el resultado de la experiencia his-

En recuerdo de nuestros profesores...

127

tórica de México. Estos sin duda han otorgado a nuestro país un lugar digno y respetable en el Concierto de las Naciones.

IV. ANTEPROYECTO DE POSIBLE PROGRAMA PARA IMPARTIR CLÍNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Manuel Rosales Silva*

1- DOCTRINA ANTIGUA Y CONTEMPORÁNEA CONTENIDA EN DERECHO PROCESAL MEXICANO

- 1.- Análisis y explicación de casos prácticos, sobre actualidad del pensamiento de Jacobus Balduinus, en el procedimiento civil mexicano.
- 2.- Breve explicación de sentencias definitivas, donde se invocan doctrinarios contemporáneos de Derecho Internacional Privado y su influencia en la judicatura mexicana: Store, Waecther, Savigny Mancini, Laurent, Jitta y otros autores.

* Fue maestro de la Facultad de Derecho por más de treinta años en las asignaturas de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, Abogado postulante y Miembro del Departamento Jurídico del Banco de Comercio. Escribió múltiples artículos sobre las materias que impartió, y fue Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Fue un gran compilador de las decisiones emitidas por los Tribunales Federales en materia de Derecho Internacional Privado de las cuales se da un ejemplo en su artículo.

- 3.- Territorialismo e internacionalismo en el Derecho procesal Civil Internacional Mexicano, en algunas materias: A. Civil B. Mercantil. C. Penal. D. Laboral. E. Quiebras. F. Familiar. G. Otros procedimientos.
- 4.- Tribunales competentes para conocer de conflictos entre leyes mexicanas y Tratados Internacionales, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- 5.- Algunas normas formales y materiales aplicadas en la judicatura mexicana.
- 6.- Reconocimiento en principio de algunos derechos adquiridos al amparo de una ley extraña.
- 7.- El Derecho extranjero aplicado como derecho en algunas resoluciones dictadas por jueces mexicanos, al margen del Derecho Convencional.

2- ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

- 1.- La administración de justicia de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Conflicto de jurisdicciones.
- 3.- Conflictos de competencia judicial:
a) Competencia judicial directa. B) Competencia judicial indirecta.
- 4.- Puntos de conexión en materia competencial en el Código Federal de Procedimientos Civiles y en los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades federativas.
- 5.- Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

Seminario de Derecho Internacional

128

6.- Naturaleza del exequátur y su concepto derivado de resoluciones definitivas.

El Derecho Internacional Privado como Rama del Derecho, Estados, Conflicto de Leyes de los.- El Derecho Internacional Privado tiene aplicación cuando se trata de resolver un conflicto sobre aplicación de leyes de dos Entidades Federativas diversas; porque los Estados y Territorios Federales que constituyen la República, aunque: de soberanía restringida, de acuerdo con el artículo 40 de: nuestra Carta Magna, para los efectos de sus alcances; jurisdiccionales, deben considerarse como entidades de derecho internacional, puesto que, conforme a la fracción I del artículo 121 del propio Código Fundamental, expiden: sus leyes para que sean obligatorias dentro de sus respectivos territorios, salvo los casos sancionados por los principios internacionales.- Tercera Sala.

Equiparación de Extranjeros a Nacionales. Domicilio Punto de Conexión Para Divorciarse.

Extranjeros. Su Posición ante los Tribunales.- Conforme a los principios del Derecho Internacional, los extranjeros tienen igual facultad que los nacionales de un país para recurrir a sus tribunales buscando la resolución de sus conflictos jurídicos con regnícolas o con otros extranjeros. Se ha considerado tal facultad como un derecho natural, que debe estar protegido por el jus gentium. Nuestra legislación anterior, en el artículo 106 de la Ley de Relaciones Familiares, establecía que no se podía pedir el

divorcio voluntario ni entablar demanda por ese motivo ante un juez del Distrito Federal o territorios, sino cuando los cónyuges tuvieran su domicilio en la jurisdicción de dicho juez por lo menos un año antes de la fecha de la demanda. El actual Código Civil, no menciona ya tal disposición, pero esto no significa que no se requiera vecindad de ninguno de los cónyuges para que se surta la competencia de los tribunales, pues siendo la regla citada un precepto de derecho procesal, se consignó más ordenadamente en el Código de Procedimientos Civiles, aunque sin exigirse ya un año de avecindamiento, sino únicamente el plazo legal del artículo 30 del Código Civil, conforme al cual, la residencia se considera habitual para el efecto de crear domicilio por el transcurso de seis meses en las condiciones que el citado artículo establece. A mayor abundamiento y por lo que hace a la carencia de facultad de los extranjeros no residentes en el país, para ocurrir a los tribunales de éste para la resolución de contratos no celebrados en el mismo y en el que tampoco van a surtir efectos, debe tenerse también en cuenta que la Administración de Justicia es un servicio público que el Estado presenta a los habitantes, de quienes obtiene a su vez, por medio de la tributación fiscal en general, los fondos que requiere el desempeño de tal servicio; y los extranjeros no residentes, en ninguna forma contribuyen con impuestos al mantenimiento de esa función gubernamental, y si en cambio, suponiendo esa facultad a dichos extranjeros, originaría que

En recuerdo de nuestros profesores...

129

fueran muy numerosos los juicios de esa especie, sobre todo tratándose de divorcios en los que la Legislación Mexicana es, probablemente, menos restrictiva, con el natural recargo en las labores de los tribunales y el consiguiente retardo en el substanciamiento y resolución de los juicios de los residentes en el país y que sí contribuyen al sostenimiento del servicio administrativo de justicia.- Juzgado Noveno de lo civil.

Obligaciones Reales y Personales

Competencia. Diferencia entre Obligaciones Reales y Personales Cuando se han Contraído en el Extranjero

*.- Siempre se ha seguido como principio el que las obligaciones reales se cumplimenten dentro del país en que fueron contraídas y dejando a las personales el de que vayan con el sujeto de la misma a donde quiera que se encuentre, por lo que a este respecto hay mayor amplitud en materia de competencia y bien pueden los tribunales, como en el caso de los mexicanos, dirimir la contienda que se suscite con motivo de las obligaciones contraídas en el extranjero sin menoscabo de la Soberanía del país donde se celebraron los contratos correspondientes, y además con ello se responde a una necesidad actual, de fomentar el comercio internacional.

Importancia del Artículo 15 del Código Civil para el Distrito Federal.

Leyes Extranjeras, Aplicación de **.- Conforme al Art. 15 del Código Civil

Mexicano: "Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen". Por tanto, para determinar si ha quedado probada en juicio la existencia de una Sociedad Anónima que funcionaba en España, debe acudir al Código de Comercio Español, que señala los requisitos de forma necesarios para acreditar la existencia de una Sociedad Anónima el nombramiento de representante de ésta y la eficacia de la cesión de crédito.

Es Juez Competente para Conocer del Juicio de Interdicción, el del Domicilio del Incapaz *

Síntesis: Jurisdicción.- La de los tribunales mexicanos se extiende salvo el caso de extraterritorialidad, a todos los habitantes del país, sean nacionales o extranjeros.

Estatuto personal.- Las leyes que rigen el estado y capacidad de los mexicanos, obligan a estos aun cuando residan en el extranjero, respecto de actos que hayan de ejecutarse en México.

La mujer casada sigue la condición del marido. El domicilio de éste es el de la mujer, aun cuando se halle ausente.

La Caucción Judicatum-Solvi, no se Exigía en los Juicios Donde Ambas Partes eran Extranjeras **

Competencia.- El juez del domicilio del marido es competente para conocer el juicio de interdicción de la esposa.

Estatuto formal.- Pertenecen a él los actos de jurisdicción voluntaria; en consecuencia, deben ajustarse a las leyes del lugar en que se verifican.

Seminario de Derecho Internacional

130

Naturalización.- Obtienen la cualidad de mexicanos los extranjeros que adquieren bienes raíces en la República y no manifiestan su voluntad de conservar su antigua nacionalidad.

Aplicación de los Arts. 30 fracc. III de la Constitución, 1ª frac. X de la Ley de Extranjería de 28 de mayo de 1886; 12, 20, 32 y 197 del Código Civil, 198 frac, I del de Procedimientos Civiles, y 19 y 108 del Código de Napoleón.

La Caución Judicatum Solvi no se Exigía en los Juicios Donde Ambas Partes eran Extranjeros.

Extranjería.- La Caución Judicatum-Solvi.- Es general para todos los juicios la regla de que la excepción dilatoria de arraigo personal o fianza de estar a derecho, sólo se exigirá al demandante extranjero o transeúnte, en los casos y en la forma que en el Estado o Nación a que pertenezca se exigiere a los ciudadanos del Distrito Federal.

No procede esta excepción cuando el demandado es extranjero.

Para que proceda esta excepción, supuesto que se funda en leyes extranjeras, debe probarse la existencia de ellas y su aplicabilidad al caso.

Aplicación de los Arts. 19 del Código Civil y 28, frac. VIII, 354, 357 y 938 del Código de Procedimientos Civiles.

*Ordinaria Litis y Decisoria Litis en Materia Sucesoria, en el Sistema Federal Mexicano **

Síntesis: Sucesión intestamentaria. Leyes aplicables cuando existe

un inmueble en un estado.- Cuando el único bien de la sucesión es un inmueble ubicado en un Estado, la cuestión primera que debe resolverse es cuáles leyes deben aplicarse en el conflicto planteado entre la Sucesión citada y la Beneficencia Pública de aquel Estado. La Sala basándose en la ejecutoria de la Corte, considera que para la tramitación del sucesorio, únicamente por lo que respecta al procedimiento, debe aplicarse al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Y por lo que se refiere a la transmisión del bien hereditario la ley aplicable es la del lugar de ubicación, esto es, el Código Civil del Estado.

El acervo hereditario consistía en un inmueble ubicado en Oaxaca, Oax., la apertura de la sucesión se realizó ante un juez competente en la Ciudad de México; el representante de la Beneficencia Pública de aquel Estado, formuló excepción de incompetencia, la Suprema Corte decidió que era competente el de la Ciudad de México.

Seguido el juicio en sus términos, la presunta heredera María Julieta García de Montes, demostró tener parentesco en sexto grado con la de cuius, encontrándose dentro de los supuestos del artículo 1502 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

El representante de la Beneficencia, adujo que debía de aplicarse lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, donde sólo hasta el cuarto grado sin distinción de línea, tienen derecho a heredar los parientes; esto es, para excluir a la pariente la autora de la sucesión. La intención

En recuerdo de nuestros profesores...

131

manifiesta era que, las normas de radicación del juicio trajeran aparejada la aplicación de las normas de fondo.

México, Distrito Federal a diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y uno.

VISTO el toca 348/61 para resolver la apelación interpuesta por Efraín Pérez de Alba, como representante de la Beneficencia Pública del Estado de Oaxaca, contra la sentencia de catorce de marzo próximo pasado pronunciada por el Juez Decimotercero de lo Civil de esta Ciudad, en el juicio ordinario seguido por la apelante contra la SUCESIÓN DE MARÍA GUADALUPE SALINAS POLO, y de MARÍA JULIETA GARCÍA DE MONTES: y

R E S U L T A N D O

I.- La sentencia apelada concluye con los siguientes puntos:

Primero.- El actor no probó su acción y la demandada justificó sus excepciones.- *Segundo.*- Se confirma el carácter de heredera y albacea a que se refiere el auto de fecha diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta y siete a favor de María Julieta García Montes, en el juicio intestamentario a bienes de María Guadalupe Salinas Polo....

C O N S I D E R A C I O N E S

1ª.- El apelante expresó como agravios: a)... puesto que María Julieta García de Montes no es pariente colateral en el cuarto grado de la autora de

la Sucesión demandada... el Inferior omitió declarar que no ha concurrido a la sucesión ningún heredero de los llamados a suceder... c)..., su parentesco es de sexto grado y el precepto citado sólo considera con derecho a heredar a los parientes del cuarto grado; que se violaron con esa confirmación los artículos 296, 297, 298, 299 y 300 del mismo Código Civil...

...., la fracción II del artículo 121 de la Constitución dispone que los bienes muebles e inmuebles se regirán por las leyes del lugar de su ubicación.

Ahora bien, como el único bien de la Sucesión de María Guadalupe Salinas Polo es un inmueble ubicado en la Ciudad de Oaxaca, Oax., la cuestión primera que debe resolverse es cuáles leyes deben aplicarse en el conflicto planteado entre la Sucesión citada y la Beneficencia Pública de aquel Estado. La sala basándose en la ejecutoria de la Corte relacionada antes, considera que para la tramitación del sucesorio, únicamente por lo que respecta al procedimiento, debe aplicarse el Código de Procedimientos Civiles del D.F. Y por lo que se refiere a la transmisión del bien hereditario la ley aplicable es la del lugar de su ubicación...

Con tales premisas, debe resolverse a continuación quién tiene derecho a heredar los bienes de María Guadalupe Salinas Polo: Si la ya declarada heredera María Julieta García de Montes o la Beneficiadora Pública del Estado de Oaxaca.

Desde luego, la Beneficencia multiplicada funda su derecho en el artículo 1503 del Código Civil de Oaxaca que

Seminario de Derecho Internacional

132

dispone que a falta de todos los herederos sucederá la Beneficencia Pública del Estado. De allí se desprende que la actora en el principal reconoce, como ya lo dejó establecida esta sala, que el derecho aplicable a la transmisión del inmueble es el de su Estado, y con ese derecho debe servir también para determinar la calidad de heredero de las partes en pugna por lo que no es posible aplicar respecto a una el Código Civil para el Distrito y territorios Federales y para la otra el del Estado de Oaxaca pues ambas pretenden lo mismo; ser herederos ab intestato de María Guadalupe Salinas Polo.

En tales condiciones, como el artículo 472 del Código Civil del Estado de Oaxaca dispone en su fracción I que tienen derecho a heredar por sucesión legítima a los descendientes, cónyuge ascendientes y parientes colaterales dentro del sexto grado, lo que confirma el artículo 1502 del mismo Código al establecer que a falta de los llamados en los artículos anteriores a esa, sucederán los parientes más próximos dentro del sexto grado, resulta que, habiendo demostrado María Julieta García de Montes su parentesco colateral con la de cujus, dentro del sexto grado, lo que admite, aunque sin conceder la apelante, es la señora María Julieta García de Montes quien debe heredar los bienes de María Guadalupe Salinas. La demostración del parentesco en sexto grado entre heredera y de cujus fue examinada por esta Sala encontrando que los documentos relativos merecen pleno valor probatorio conforme

al Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

No es obvio asentar que el Código Civil del Estado de Oaxaca en que se apoya esta resolución es el publicado en el Diario Oficial de aquel Estado con fecha 25 de Noviembre de 1944; que su aplicación se funda en el artículo 12 del Código Civil del D.F. y el 284 de Procedimientos Civiles.

Por todo lo expuesto y fundado se resuelve:

Primero.- Se confirma en todas sus partes la sentencia de catorce de marzo de mil novecientos sesenta y uno pronunciada por el Juez Decimotercero de lo Civil, de esta Ciudad, en el juicio ordinario de petición de herencia seguido por la *Beneficencia Pública...En Cada Estado de la Federación debe darse Entera Fe y Crédito a los Actos Públicos, Registros y Procedimientos Judiciales de los Demás; y Siendo Acto Público el Examen que un Profesor Hubo de Sufrir Para Obtener su Título en un Estado, Las Autoridades de Otros Estados no Pueden Exigirle que Llene más Requisitos.**

(*PRECEDENTE JUDICIAL DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL VIGENTE*)

ejecutoria.- México, 3 de julio de 1894.- Visto el juicio de amparo promovido ante el Juez de Distrito de Puebla por José V. Grajales, contra actos del Gobernador del Estado que se niega a registrar o dar el pase respectivo al título de abogado presentado por el recurrente para poder ejercer esa pro-

En recuerdo de nuestros profesores...

133

fesión en el Estado y cuyo título fue expedido por las autoridades respectivas del Estado de Tlaxcala: Con este acto estima el quejoso violadas en su perjuicio las garantías consignadas en los arts. 3º y 4º de la Constitución General. Visto el fallo el juez de Distrito, que negó el amparo; y

Considerando 1º : Que las exigencias establecidas por el decreto del Estado en que se fundó la autoridad ejecutora para negarse a registrar el título del recurrente, son violatorias las garantías consignadas en el art. 3º Constitucional, puesto que los requisitos que se necesitan llenar para expedir un título solo toca hacerlo a la ley orgánica del artículo antes citado; y como esa ley aun no se ha expedido por el Congreso local para que el recurrente pueda ejercer su profesión, se viola en su perjuicio la garantía ya citada.

Considerando 2º: Que el artículo 115 de la Constitución establece que en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros; y siendo el examen que necesitó sustentar el quejoso un acto público, es evidente que debe dársele entera fe y crédito, sin que la autoridad ejecutora pueda exigirle que llene otros requisitos.

Por lo expuesto, con fundamento de los arts. 101 y 102 de la Constitución y 38 de la ley de 14 de diciembre de 1882 se revocan el fallo a revisión y se declara:

La Justicia de la Unión ampara y protege a José V. Grajales contra la resolución del Gobernador del Esta-

do de Puebla, que se niega a darle el pase o registró al título de abogado que le expidieron las autoridades del Estado de Tlaxcala.

Devuélvanse los autos al Juzgado de su origen con copia de esta sentencia y archívese el toca. Así por mayoría de votos lo decretaron los CC. Presidente y ministros que formaron el Tribunal pleno de la Corte de Justicia de la Nación, y firmaron.

Sucesiones, Conflicto Competencial .- El artículo 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que cuando las leyes de los Estados cuyos jueces compitan, tengan la misma disposición respecto del punto jurisdiccional controvertido conforme a ellas se decidirá la competencia y como en el caso, los Códigos de Procedimientos Civiles de Tamaulipas y del Distrito Federal, establecen que es Juez competente, en los juicios hereditarios, aquel en cuya jurisdicción haya tenido su domicilio el causante, es evidente que la competencia para conocer debe fincarse a favor del Juez del Estado de Tamaulipas, porque de las constancias de autos se desprende que el último domicilio de la autora de la sucesión se localizó en ese Estado. Sin que obste que ésta falleció en el Distrito Federal, porque su estancia en este lugar sólo obedeció a un traslado transitorio para atenderse de una enfermedad.

Competencia civil 183/82.- Sucesión a bienes de: María Antonieta Baranda viuda de Gómez.- 24 de marzo de 1983.- Mayoría de 3 votos.- Disiden-

Seminario de Derecho Internacional

134

te: Ernesto Díaz Infante.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Víctor Hugo Díaz Arellano.

La Nacionalidad, Se Invoca para Solicitar la Nulidad de Testamento.

El Juez Sostuvo que el Derecho Extranjero no esta Sujeto a Prueba, Debiendo Aplicarlo de Oficio. El Derecho Convencional Uniformo la Solución por Vía de Equiparación de los Extranjeros a los Nacionales. El Autor de la Sucesión Dispuso de Acuerdo con las Leyes del País, Especificamente del Lugar del Domicilio Ubicado en Puebla.

Síntesis: En el Juzgado Segundo de Primera Instancia, ubicado en la Ciudad de Puebla, Pue., fue radicada la sucesión testamentaria a bienes del señor Don Carlos Gustavo Fischer de nacionalidad alemana, a solicitar del señor Don Emilio Fischer, como hijo del autor de la sucesión; como heredero y albacea.

Iniciado el juicio, el señor Don Enrique Guichenné, nieto del de cujus, promovió incidente de oposición al auto de apertura del juicio de testamentaria, esta misma persona junto con sus hermanos promovió juicio abintestato ante los tribunales de Veracruz, suscitándose contienda de jurisdicción, decidida por la Suprema Corte a favor del Juzgado de Puebla.

La oposición de los nietos a la voluntad del abuelo, se debió a que fueron excluidos en el testamento, consecuentemente invocaban la nulidad de acuerdo con la ley alemana.

Se giró exhorto a Berlín; una vez diligenciado, quedó certificado el con-

tenido de aquellas leyes, sobre la legítima de los nietos y los efectos de su exclusión en el testamento; quedando demostrada la validez de dicho testamento con las adecuaciones jurídicas.

Esta resolución es importante, porque doctrinalmente presenta notorios avances por haberse adelantado a la Segunda Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, en lo que respecta a la aplicación de oficio del Derecho extranjero (ver apéndice I).

*La Lex Sita, Prevalece Sobre la Nacionalidad, si esta Pugna con la Libre Testamentifacción **

Síntesis: El matrimonio integrado por los señores Claudia Fernández Vda. De Mier y Juan Mier, procreó a la única hija llamada Eloina Mier y Fernández, quien a su vez contrajo matrimonio con el Vicente Caso y Suárez. De este segundo matrimonio nacieron Vicente y Eloina, Caso Mier, respectivamente.

La señora Eloina Mier y Fernández, falleció en España el 9 de agosto de 1899, sin haber perdido su nacionalidad, quien ya había otorgado testamento público abierto en la ciudad de México, Distrito Federal, instituyendo como único y universal heredero a su nieto Don Vicente de Caso y Mier.

Doña Eloina de Caso y Mier de Haro, nieta excluida, adujo que tenía iguales derechos que su hermano, dado que su abuela no había perdido la nacionalidad española, debiendo el testamento sujetarse en cuanto a las solemnidades de dicho acto a las leyes de su país, que establece el sistema

En recuerdo de nuestros profesores...

135

de las legítimas, que son la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados forzosos, debiendo declararse la nulidad de la institución de herederos cuando queda preferido alguno a todos los herederos forzosos en línea recta.

No fue posible resolver a favor de la actora, porque las leyes españolas contrariaban la libre testamentifacción (ver apéndice II).

Obligaciones Contraídas en Moneda Extranjera, Pago De Las *- Es verdad que el artículo 8º de la Ley Monetaria establece que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo los casos en que la ley determina otra cosa, pero no lo es menos que ese curso legal reservado a la moneda nacional, sólo significa que no tendrá aquella moneda extranjera poder liberatorio en el país, no que no pueda circular, entendiéndose como tal el pasar de una persona a otra; el salir de un lugar para volver al mismo, como lo pretende la quejosa, tan es así que el propio precepto como atinadamente lo estimó la sala responsable, permite que dentro de la república se contraigan obligaciones en moneda extranjera, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2389 del Código Civil, casos en que aquellas se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional (única de curso legal), al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago; luego el contrato de mutuo celebrado por la quejosa en moneda extranjera total, no puede considerarse ilícito en su objeto

motivo o fin, ni contrario a disposiciones de orden público o a las buenas costumbres, sino perfectamente lícito y por lo tanto válido, por más que aquella hubiese acreditado que cubrió algunos pagos en moneda extranjera, pues se repite, siempre tuvo opción de solventar las obligaciones contraídas, en moneda nacional, de manera que al estimarlo así la indicada responsable en la sentencia reclamada, considerando además, que ningún agravio causó a la apelante el que el juez del conocimiento no hubiese examinado en forma específica, las pruebas rendidas, dado que efectivamente la litis se contrae en cuestiones de derecho. Tiene apelación la ejecutoria citada por la autoridad de segunda instancia pronunciada en el amparo directo 4836/58, promovido por Francisco Acosta Sierra y Coagraviados, el seis de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, por unanimidad de cinco votos, siendo Ponente el señor Ministro Manuel Rivera Silva, visible a fojas 153 y 154, del Volumen XXVI, Cuarta Parte, Sexta Época del Seminario Judicial de la Federación, que se transcribe: "MONEDA EXTRANJERA. MOMENTO DE LA DETERMINACIÓN DE SU EQUIVALENCIA EN MONEDA NACIONAL.- Tratándose de obligaciones de contenido patrimonial, contraídas en moneda extranjera; la autoridad judicial no puede fijar, desde luego, en la sentencia que condena a su pago, la equivalencia en moneda nacional pues tal conversión deberá hacerse en el momento mismo del pago de acuerdo con lo que dispone el artículo 8º de la Ley Monetaria".

Seminario de Derecho Internacional

136

Amparo directo 8364/81.- María Palacios Mota viuda de Suárez.- 10 de octubre de 1983.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

Procedentes:

Séptima Época:

Volúmenes 133-138, Cuarta Parte
Págs. 164 a 166 (2 asuntos)

Volúmenes 139-144, Cuarta Parte,
Págs. 85 y 86

Volúmenes 151-156, Cuarta Parte,
Págs. 221 a 2223 (2 asuntos)

Carta Poder Expedida en el Extranjero, en un País Perteneciente a la Unión Panamericana. Deben Ratificarse las Firmas de los Testigos .-* Como la carta constituye un instrumento sujeto a ratificación, no es suficiente la sola ratificación de una de las firmas, en el caso la del otorgante del poder, sino que se requiere de la ratificación de todas ellas, so pena de que la ratificación resulte incompleta. Y esto es así, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del código Civil los efectos jurídicos de los contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones del mencionado código, lo que en el asunto a estudio incluye las formalidades correspondientes a su otorgamiento, pues precisamente tales efectos no pueden producirse de acuerdo con las leyes mexicanas si, como lo disponen respectivamente los artículos 2552, fracción II y 2555, fracción III, del Código Civil, el mandato escrito otorgado en carta poder no se encuen-

tra "...firmando por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público..." y "el mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces, o autoridades administrativas correspondientes: ...III.- Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público".

Amparo en revisión 936/80.- Pepsico Inc. 27 de noviembre de 1980. Unanimidad de votos.- Ponente: Gilberto Liébana Palma.- Secretario: José Raymundo Ruiz Villalbaz.

Poderes Otorgados en un País Perteneciente a la Unión Panamericana: Sus Requisitos Documentos que Debe Mencionar el Notario Que Certifica Las Constancias Relativas Del Poder .-* Con arreglo al Protocolo sobre Uniformidad del Régimen de los Poderes, el notario que certifica las constancias relativas, debe mencionar específicamente, con expresión de sus fechas y de su origen y procedencia, los documentos de los que se infieran en forma directa y objetiva, estas circunstancias: que quien otorgó el poder fue legalmente nombrado o electo para el cargo de Secretario Ayudante; la designación por la asamblea de la sociedad, del Consejo de Administración; cuáles son las facultades que a este último órgano se le confirieron, y, por último, si entre las mismas está comprendida la facultad de autorizar del Secretario

En recuerdo de nuestros profesores...

137

Ayudante para que extendiera el poder que se exhibió en el procedimiento administrativo, pues el referido protocolo no permite que el fedatario actúe apoyándose en apreciaciones meramente subjetivas, sino que debe obrar en base en los documentos auténticos que al efecto se le exhiban.

Amparo en revisión 936/80.- Pepsico Inc.- 27 de noviembre de 1980. Unanimidad de votos.- Ponente: Gilberto Liébana Palma.- Secretario: José Raymundo Ruiz Villalbaz.

Pagaré Girado en Moneda Extranjera. Llena los Requisitos del Artículo 170 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- Es inexacto que el espíritu del artículo 170 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (pagaré) sólo pueden ser suscritos por cantidad determinada, signifique que solamente pueda girarse en moneda nacional ya que la moneda extranjera también constituye dinero con la peculiaridad de que, de conformidad con la Ley Monetaria en vigor (artículo 8º transitorio), las deudas que

en moneda extranjera se contraiga, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija al tiempo de hacerse el pago.

Amparo directo 4323/80.- La Picuda, S.A.- 3 de agosto de 1981.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo.- Secretaria: Gilda Rincón Orta.

Precedentes:
Sexta Época, Cuarta Parte:

Vol. XLIV, Pág. 133.- A. D. 5280/60.- Salvador Madrigal Moreno y Coags.- Unanimidad de 4 votos

Vol. XLVIII, Pág. 182.- A. D. 6686/60.- Salvador Madrigal Moreno y Coags.- 5 votos.

Vol.- XLVIII, Pág. 182.- A. D. 7688/60.- Salvador Madrigal Moreno y Coags.- 5 votos.

Vol. LII, Pág. 122.- A. D. 3052/61.- Salvador Madrigal Moreno.- 5 votos.

Vol. LII, Pág. 123.- A. D. 1614/61.- Salvador Madrigal Moreno y Coags.- Unanimidad de 4 votos.

Medios de impugnación en materia mercantil

Alberto Fabian Mondragon Pedrero*

Sumario.- I. Generalidades. I.1 Concepto de Medio de Impugnación. I.2 Naturaleza Jurídica. I.3 Clasificación de los Medios de Impugnación. I.4 Especies de Impugnación. II. Recursos en Materia Mercantil. II.1 Aclaración de Sentencia. II.2 Revocación. II.3 Reposición. II.4 Responsabilidad. II.5 Apelación. III. Bibliografía.

Resumen: Los Medios de Impugnación son instrumentos jurídicos regulados en las Leyes Procesales, cuya esencia u objeto es el de corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de alguna deficiencia, error o ilegalidad.

El proceso de Impugnación tiene un carácter autónomo, siendo un proceso independiente con un régimen jurídico peculiar, es decir, con sus requisitos procedimentales y efectos distintos a los de las diferentes fases o categorías del proceso en que se aplican.

Dentro de los Medios de Impugnación destacan los denominados remedios procesales, los recursos y los procesos impugnativos.

Finalizaré señalando que el recurso en Materia Mercantil permite establecer los siguientes cuestionamientos: A.- Quién o quiénes pueden interponerlos; B.- Contra qué resoluciones puede interponerse (Decretos, autos, Sentencias Interlocutorias y Sentencias de Fondo); C.- Ante quién debe interponerse (Normalmente ante el Juez de Conocimiento); D.- Qué requisitos deben de llenarse al momento de su interposición (Normalmente se interpone el Recurso por escrito y se expresan Agravios,

* Presidente de la Asociación de Colegios de Profesores de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Presidente del Colegio de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Director del Seminario de Derecho Mercantil. Titular por Oposición de las Materias de Derecho Procesal Civil, Derecho Mercantil y Títulos y Operaciones de Crédito a Nivel Licenciatura. Titular de las Materias de Formalidad del Acto Jurídico, Situación Jurídica del Empresario, Derecho Probatorio y Contratación Empresarial en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

salvo los casos de apelación en efecto devolutivo con tramitación conjunta con la Sentencia de Fondo); E.- Cómo se tramitan (En forma vertical, es decir ante el Superior Jerárquico o en forma horizontal, ante el propio Juez de Conocimiento); F.- Qué efectos producen (Normalmente revocar, modificar o confirmar la resolución judicial que se combate); G.- Finalmente las facultades para resolver, ya sea para él A quo o el Ad quem.

I. GENERALIDADES

El participar en la Revista de Investigación Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la UNAM, implica una gran responsabilidad, al ser un medio de comunicación tanto para los académicos, como para los alumnos, teniendo por objeto el presente trabajo, darle al lector una realidad tanto teórica como práctica de los Medios de Impugnación y en particular de los Recursos en Materia Mercantil.

I.1 CONCEPTO.- Iniciaré mi exposición con el concepto de Eduardo J. Couture, establece que el vocablo “*impugnar*” proviene de latín *impugno* are=*combatir* (de *pugnis*=puño). No proviene de latín *impugnatio* que era una voz de lenguaje militar y significaba “*ataque, asalto, cerco*”.

En tal virtud, considera la Impugnación “acción y efecto de atacar, tachar o reputar un acto judicial, documento, disposición testimonial, informe

de Peritos, etcétera. Con el objeto de obtener su revocación o invalidación.¹

A su vez, el Jurista José Ovalle Favela, citando a José Becerra Bautista, señala: “*El vocablo latino impugnare proviene de in y pugnare que significa luchar, combatir, atacar*”.²

Antes de entrar en materia, es pertinente destacar lo expuesto por el Jurista José Becerra Bautista, quien atinadamente considera debe manejarse el concepto “*Procesos Impugnativos*”, toda vez que siguiendo a Jaime Guasp expresa que existen procesos especiales que por razones jurídico-procesales, constituyen el reverso de la figura de los procesos de facultación y en la que puede designarse con el nombre de *Procesos de Impugnación*, los cuales no se instituyen para oponerse a la decisión del proceso principal, sino por el contrario para buscar una actividad depuradora que, si bien retrasa y demora el proceso de fondo, sirve para mejorar y aquilatar sus resultados.

De ese modo, la Impugnación del Proceso, no es la continuación del Proceso principal por otros medios, puesto que el Proceso de Impugnación tiene un carácter autónomo, es un proceso independiente con su régimen jurídico peculiar, es decir, con sus requisitos, procedimientos y efectos distintos de las correspondientes categorías del proceso a que se refiere.

¹ Couture J. Eduardo.- *Vocabulario Jurídico*. Tercera Reimpresión. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1988. Pág. 323.

² Ovalle Favela, José.- Cita a José Becerra Bautista. *Derecho Procesal Civil*. Octava Edición. Editorial Oxford.

Medios de impugnación en materia mercantil

141

En consecuencia, la Impugnación del Proceso, no es la continuación del proceso principal, por otros medios, puesto que el citado Proceso de Impugnación tiene carácter autónomo y no guarda conexión con el principal.

Así, es válido establecer que la Impugnación Procesal se convierte en virtud de esa autonomía, en un verdadero proceso mediante la Impugnación Procesal y el proceso principal no es simplemente continuado, sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto aunque ligado al anterior.³

No menos interesante, es el señalamiento que realiza José Ovalle Favela al citar a Niceto Alcalá Zamora, señalando respecto de los Medios de Impugnación, lo siguiente: “Actos Procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen total o limitado a determinados extremos y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a derecho, en el fondo o en la forma, o que refuta errónea en cuanto a la fijación de los hechos.”⁴

Eduardo Pallares, al efecto indica: “La Impugnación es el acto de impugnar, y esta a su vez, consiste en contradecir, atacar, combatir o refutar.”⁵

Continúa señalando el autor, lo siguiente: “Si bien los recursos judi-

ciales son ejemplos típicos de actos de impugnación, no son los únicos. Al lado de ellos, puede mencionarse las protestas formuladas contra alguna resolución o acto procesal, las demandas de nulidad, la excepción de competencia y así sucesivamente.”⁶

El autor paraguayo Rodolfo Duarte Pedro identifica la figura de la *Impugnación* en los siguientes términos: “Es una actividad procesal, reclamadora de una instancia de la legalidad o procedencia de un acto de autoridad; instancia que se hace valer ante la misma autoridad u otra jerárquicamente superior, o ante un Órgano Revisor específico para que califique la procedencia o la legalidad o ambas cosas, respecto del acto que se reclama.”⁷

A juicio del suscrito, siguiendo el pensamiento de Don Héctor Fix Zamudio, los Medios de Impugnación son instrumentos jurídicos regulados en las leyes procesales, cuya esencia u objeto es corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolece de alguna deficiencia, error y legalidad o ilegalidad.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN.-

Existen diferentes corrientes doctrinales entre las que destacan la de Giuseppe Chiovenda, quien niega autonomía a Medios de Impugnación frente al proceso principal, al considerar que las Impugnaciones

³ Cfr. Becerra Bautista, José.- *El Proceso Civil en México*. Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa, México 1999, Págs. 563, 564 y 565.

⁴ Ovalle Favela, José.- Ob. Cit. Pág. 226.

⁵ Pallares, Eduardo.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Vigésima Primera Edición. Editorial Porrúa, México 1994. Pág. 417.

⁶ *Idem*.

⁷ Duarte Pedro Rodolfo.- *Derecho Procesal Civil*. Tomo Segundo. Editora Liticolor, S. de R. L., Asunción Paraguay 2006, Pág. 402.

Seminario de Derecho Mercantil

142

abren únicamente fases o periodos diversos en el proceso.

A su vez, Jaime Guasp, considera que los Medios Impugnativos son procesos autónomos y en tal virtud, no se trata de un proceso principal continuado, sino que desaparece para dejar supuesto a otro distinto aunque ligado al anterior.

Considera el suscrito que esta figura adjetiva tiene una naturaleza autónoma, es decir, no es un conjunto de medidas interiores propias de cada proceso en particular, sino un proceso distinto aunque ligado al proceso principal.

1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.- Seguiré los lineamientos que en forma sistemática establecen Jose Ovalle Favela quien considera que se pueden clasificar diversos Medios de Impugnación en razón de la generalidad o especificidad de los supuestos que pueden combatir o bien, de la identidad o diversidad entre el Órgano que dictó la resolución impugnada y el que decida la impugnación.

1.3.1 IMPUGNACIÓN EN RAZÓN DE LA GENERALIDAD O ESPECIFICIDAD DE LOS SUPUESTOS QUE PUEDEN COMBATIR.- De conformidad con este criterio los Medios de Impugnación pueden ser ordinarios, especiales o excepcionales, señalando el autor:

Los Medios de Impugnación Ordinarios son los que se utilizan para combatir la generalidad de las resoluciones judicia-

les. Son, como señala Alcalá-Zamora, el instrumento normal de impugnación. Los Medios de Impugnación Especiales son aquéllos que sirven para impugnar determinadas resoluciones judiciales, señaladas en concreto por la ley. Por último, los Medios de Impugnación Excepcionales, siguiendo a Alcalá-Zamora, son aquéllos que sirven para atacar resoluciones judiciales que han adquirido la autoridad de la Cosa Juzgada.

Como ejemplo de los Medios de Impugnación Ordinarios, podemos mencionar los recursos de apelación, revocación y reposición. A través de ellos se combaten normalmente las resoluciones judiciales. Ejemplo de Medio de Impugnación Especial es el recurso de queja, el cual sólo se puede utilizar para impugnar las resoluciones que especifica el artículo 723 del Código de Procedimientos Civiles. Y, como ejemplo de Medio de Impugnación Excepcional, se puede señalar la llamada apelación extraordinaria, la cual se puede promover aún después de que la Sentencia Definitiva haya sido declarada Ejecutoriada, es decir, haya adquirido la calidad de Cosa Juzgada.⁸

Cabe mencionar que a la fecha el Recurso de Apelación Extraordinario que se encontraba previsto en el artículo 717 del Código de Procedimientos Civiles, ha sido derogado, independientemente que en diversos Estados de la República Mexicana se sigue contemplando dicho Recurso Extraor-

⁸ OVALLE FAVELA, JOSE.- Ob. Cit. Pág. 182.

Medios de impugnación en materia mercantil

143

dinario, cuyo efecto fundamental es el de la nulificación de actuaciones judiciales, cuando existió un emplazamiento ilegal, o bien, cuando se haya tramitado un proceso ante un Juez Incompetente, no siendo prorrogable su Jurisdicción o quizás haya existido indebida representación para con el actor o el demandado dentro del proceso.

1.3.2 MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE IDENTIDAD O DIVERSIDAD.- De igual manera, seguiré los lineamientos del Tratadista José Ovalle Favela, que al efecto establece:

Se considera que hay Medios de Impugnación Verticales y Horizontales, según las gráficas expresiones de Guasp. Los Medios de Impugnación son Verticales cuando el tribunal que debe resolver la impugnación (al cual se le denomina Ad quem) es diferente del Juzgador que dictó la resolución combatida (al cual se le designa Juez A quo).

Aquí se distingue, pues, dos juzgadores diversos: el que va a conocer y a resolver el Medio de Impugnación –Tribunal Ad quem- que generalmente es un Órgano de Superior Jerarquía; y el que pronunció la resolución impugnada –Juez A quo-. A estos Medios de Impugnación Verticales también se les llama Devolutivos, ya que se consideraba anteriormente que en virtud de ellos se devolvía la “Jurisdicción” al Superior Jerárquico que la había “delegado” en el Inferior.

De los Medios de Impugnación Horizontales conoce el mismo Juzgador que dictó la resolución combatida. En estos Medios de Impugnación no hay la separación orgánica entre el Juez A quo y Juzgador Ad quem; hay identidad entre el Juez que resolvió y el que conoce del Medio de Impugnación. A diferencia de los Medios de Impugnación Verticales, a los Horizontales se les llama no devolutivos, y también remedios, ya que permiten al Juez que dictó la resolución enmendar por sí mismo (remediar) los errores que haya cometido.⁹

1.4 ESPECIES DE IMPUGNACIÓN

1.4.1 REMEDIOS PROCESALES.- Aquellos que pretenden la corrección de los actos y resoluciones judiciales, por conducto del propio Juez que los emitió.

En vía de ejemplo se presenta la Nulidad de Actuaciones que en Materia Procesal Civil se encuentra regulada en los artículos 74, 76 y 78 del Código de Procedimientos Civiles y en Materia Mercantil el artículo 1080 fracción VI del Código de Comercio, precepto en el cual se regula los actos judiciales que hubiere surgido bajo intimidación o fuerza.

Es interesante dentro de los remedios procesales la figura de la “Regularización del Procedimiento” que en Materia Procesal Civil en el Distrito Federal, se decreta de oficio o a petición de parte previa vista a la contraria por tres días y siendo su efecto el

⁹ *Idem.*

Seminario de Derecho Mercantil

144

subsanan omisiones que existan en el procedimiento o para el sólo efecto de apegarse al procedimiento, siendo una figura delicada, toda vez que al amparo de este remedio procesal se realizan revocaciones a actuaciones y resoluciones establecidas con anterioridad, no obstante que adolecería de facultades el Juzgador para dejarlas sin efecto. (Ver artículo 684 Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal)

Concluiré estos ejemplos con la figura de “*La Aclaración de Sentencia*”, que en Materia Procesal Civil permite al Juez de Oficio aclarar algún concepto en las Sentencias de fondo sobre algún punto discutido en el litigio o bien, cuando la Sentencia adoleciera de obscuridad o imprecisión, con la salvedad de que no se podrá alterar la esencia de la Sentencia.

A su vez, *La Aclaración de Sentencia* en Materia Procesal Mercantil, regulada en los artículos 1331 y 1332 del Código de Comercio, se le considera un recurso, como se estudiará posteriormente.

1.4.2 RECURSOS.- Instrumentos que se pueden interponer dentro de la tramitación procesal, pero se tramitan ante un Órgano Judicial Superior, por violaciones cometidas por la autoridad en el propio procedimiento o bien, por considerar las partes en controversia irregularidad en las resoluciones judiciales respectivas.

1.4.3 PROCESOS IMPUGNATIVOS.- Se combaten actos o resoluciones

de autoridad a través de un proceso autónomo en el cual se hace valer una pretensión diversa, como sería el caso de la Nulidad de Juicio concluido o bien, el Juicio de Amparo.

II. RECURSOS EN MATERIA MERCANTIL

Los Recursos en Materia Procesal, los identificaré como una de las clasificaciones de los Medios de Impugnación, que otorga el Legislador a las partes en controversia o a los terceros, para que mediante su interposición en tiempo y forma, de ser procedente obtengan la revocación, modificación o confirmación de la resolución judicial que se combate.

Los Recursos al momento de su interposición, permiten establecer los siguientes cuestionamientos:

- Quién o quiénes pueden interponerlos (Las partes o un tercero con interés legítimo);
- Contra qué resoluciones puede interponerse (Decretos, autos, Sentencias Interlocutorias y Sentencias de Fondo);
- Ante quién debe interponerse (Normalmente ante el Juez de Conocimiento);
- Qué requisitos deben de llenarse al momento de su interposición (Normalmente se interpone el Recurso por escrito y se expresan Agravios, salvo los casos de apelación en efecto devolutivo con tramitación conjunta con la Sentencia de Fondo);

Medios de impugnación en materia mercantil

145

- Cómo se tramitan (En forma vertical, es decir ante el Superior Jerárquico o en forma horizontal, ante el propio Juez de Conocimiento);
- Qué efectos producen (Normalmente revocar, modificar o confirmar la resolución judicial que se combate);
- Finalmente las facultades para resolver, ya sea para el A quo o el Ad quem.

A continuación, se procede a realizar breves reflexiones, respecto de la tramitación de cada uno de los Recursos que se contemplan en la Materia Procesal Mercantil.

II.1 RECURSO DE ACLARACIÓN DE SENTENCIA.- Tiene como soporte jurídico el contenido de los artículos 1331, 1332 y 1333 del Código de Comercio, teniendo como características particulares las siguientes:

II.1.1 Sólo procede respecto de las Sentencias Definitivas;

II.1.2 La actuación del Juez o Tribunal se delimita a aclarar cláusulas o palabras contradictorias, ambiguas u oscuras;

II.1.3 En su actuación el Juzgador no debe variar la esencia o la sustancia de la Sentencia Definitiva;

II.1.4 El plazo para su interposición de conformidad con la fracción VI del artículo 1079 del Código de Comercio, es de tres días;

II.1.5 Tiene el efecto particular que la interposición del Recurso de Aclaración de Sentencia interrumpe el plazo para la apelación. Debiéndose entender que dicha interrupción inutiliza el tiempo corrido antes de la prescripción (Antes de la apelación) de conformidad con el artículo 1175 del Código Civil Federal.

II.2 RECURSO DE REVOCACIÓN.- El Recurso de Revocación en Materia Mercantil tiene su soporte jurídico en el contenido de los artículos 1334 y 1335 del Código de Comercio. Esta figura procesal sólo procede contra los decretos y los autos no apelables, tiene por objeto que se modifique o sustituya la resolución que se combate por otra que la parte recurrente considere legal, teniendo como elementos de identificación los siguientes:

II.2.1 Sólo procede respecto de autos no apelables o de decretos;

II.2.2 Tiene por objeto que se modifique o sustituya la resolución que se combate (decreto o auto no apelable) por otra que jurídicamente sea legal;

II.2.3 El plazo para su interposición es de tres días siguientes a que haya surtido efectos la notificación de la resolución judicial que se combate;

II.2.4 Al admitirse a trámite el Recurso de Revocación deberá darse vista a la contraria por un plazo de tres días, para que manifieste lo que a su interés

Seminario de Derecho Mercantil

146

convenga, respetando el principio de igualdad procesal;

II.2.5 El Juez de Conocimiento resolverá lo que en derecho proceda dentro de los tres días siguientes a la conclusión del plazo concedido a la contraria del recurrente para que manifestara lo que a su interés conviniera.

II.3 RECURSO DE REPOSICIÓN.- El Recurso de Reposición, de igual manera, su regulación procesal se encuentra en los artículos 1334 y 1335 del Código de Comercio, procede respecto de los decretos y autos de los Tribunales Superiores (Ad quem), aún de aquéllos que dictados en Primera Instancia podrían ser apelables. Tiene por objeto este Recurso de Reposición el obtener que se modifique o sustituya la resolución que se combate por otra que se considere legal, teniendo como elementos de identificación los siguientes:

II.3.1 Procede respecto de los decretos y autos de los Tribunales Superiores, aún de aquéllos que dictados en Primera Instancia serían apelables;

II.3.2 Tiene por objeto que se modifique o sustituya la resolución que se combate (decretos y autos dictados por el Tribunal Superior) por otra que jurídicamente sea legal;

II.3.3 El plazo para su interposición es de tres días siguientes a que haya

surtido efectos la notificación de la resolución judicial que se combate;

II.3.4 Al admitirse a trámite el Recurso de Reposición, el Ad quem deberá dar vista a la contraria por un plazo de tres días, para que manifieste lo que a su interés convenga, respetando el principio de igualdad procesal;

II.3.5 El Ad quem resolverá lo que en derecho proceda dentro de los tres días siguientes a la conclusión del plazo concedido a la contraria del recurrente para que manifestara lo que a su interés conviniera;

II.3.6 La resolución que decida si concede o no la reposición, no admite ningún otro Recurso.

II.4 RECURSO DE RESPONSABILIDAD.- El mal llamado "Recurso de Responsabilidad", en realidad es un juicio con todas sus etapas procesales que se hace valer contra el funcionario que ha incurrido en Responsabilidad Civil por actos realizados en el desempeño de sus funciones, dentro de la tramitación de un proceso.

La Sentencia que declare la Responsabilidad o absuelva de ella, en ningún caso modifica la pronunciada en el juicio que le dio origen a dicha acción procesal.

Se trata brevemente el Recurso de Responsabilidad en Materia Mercantil al regular el artículo 1348 del Código de Comercio, anterior a la Reforma del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, en cuanto a su

Medios de impugnación en materia mercantil

147

fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación, lo siguiente:

Artículo 1348. Si la sentencia no contiene cantidad líquida, la parte a cuyo favor se pronunció, al promover la ejecución, presentará su liquidación, de la cual se dará vista por tres días a la parte condenada. Si ésta nada expusiese dentro del término fijado se decretará la ejecución por la cantidad que importe la liquidación; más si expresare su inconformidad, se dará vista de las razones que alegue a la parte promovente, la cual contestará dentro de tres días fallando el juez o tribunal dentro de igual término lo que estime justo. De Esta Resolución No Habrá, Sino El Recurso De Responsabilidad

II.4.1 Al tramitarse un Incidente de Liquidación de Sentencia, con las reglas del artículo 1348 del Código de Comercio, anterior a la Reforma Procesal del 24 de mayo de 1996, la resolución que se dicta de conformidad con dicho precepto no admite más Recurso que el de Responsabilidad.

II.4.2 El Recurso de Responsabilidad, en ningún momento tuvo regulación procesal en el Código de Comercio.

II.4.3 A su vez, sin reconocer que sea supletorio el Código de Procedimientos Civiles en Materia Mercantil en la tramitación de Recursos, tratándose de la Responsabilidad en que pudieran haber incurrido Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia

inexcusables, se exige a instancia de parte perjudicada en juicio ordinario y en ningún caso la Sentencia que se dicta altera la tramitación procesal y la Sentencia firme que haya recaído en el pleito.

II.4.4 El denominado Recurso de Responsabilidad, debe cumplir con las siguientes Normas:

II.4.4.1 Se tramita en Vía Ordinaria;

II.4.4.2 Presupone que el Funcionario, contra el cual se entable ha infringido las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, con perjuicio de la persona que hace valer este mal llamado Recurso;

II.4.4.3 No puede promoverse de oficio, sino a petición de parte interesada (como sería la parte a quién perjudicó O A SUS CAUSAHABIENTES);

II.4.4.4 Es Juez Competente para conocer el Superior Jerárquico del Funcionario demandado;

II.4.4.5 La demanda debe formularse una vez que ha concluido, mediante Sentencia o auto firme el juicio en que se ha causado el Agravio;

II.4.4.6 La acción de Responsabilidad se debe hacer valer dentro del año siguiente a la Sentencia o auto firme que ponga término al pleito;

II.4.4.7 Es elemento constitutivo de la pretensión que el afectado haya interpuesto en tiempo los Recursos

Seminario de Derecho Mercantil

148

Ordinarios en contra de la resolución que se suponga causó el Agravio y le haya sido favorable y,

II.4.4.8 Que la Sentencia que declare la Responsabilidad, en ningún caso modificará la pronunciada en el juicio que le dio origen.

II.5 RECURSO DE APELACIÓN.- Es un medio de Impugnación que se interpone para que el Tribunal Superior confirme, revoque o reforme las resoluciones del Inferior que puedan ser atacadas mediante la Apelación, en términos de lo dispuesto por el artículo 1336 del Código de Comercio, debiéndose cumplir con lo siguiente:

II.5.1 PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN.- Debe hacerse valer en negocios cuyo valor exceda de \$200,000.00 M.N., por concepto de suerte principal, sin tomar en consideración intereses o accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda.

II.5.2 ACTUALIZACIÓN.- La cantidad mencionada, en cumplimiento de la fracción VI del artículo 1253 del Código de Comercio, debe actualizarse, siendo dato curioso que el precepto citado se encuentra dentro de la regulación de la Prueba Pericial, aplicándose en el año 2011 la suma de \$230,016.41 M.N.

Cabe mencionar que en el Juicio Oral Mercantil la cuantía para conocer del mismo en el año 2011, es de \$220,533.48 M.N

II.5.3 A su vez, en cumplimiento del artículo 1340 del Código de Comercio, no procederá el Recurso de Apelación en Juicios Mercantiles que se ventilen en Juzgados de Paz o Juzgados de Cuantía Menor.

II.5.4 QUIÉN PUEDE APELAR

- El litigante condenado en el fallo, si creyere haber recibido un Agravio;
- El vencedor en el litigio que no obtuvo restitución de frutos, indemnización de daños y perjuicios o el pago de costas;
- La parte que venció y obtuvo lo que solicitó, pero que considere que existen mejores elementos para haberle concedido la razón que lo podrá hacer dentro de los tres días siguientes a la fecha de que se le notifique la admisión de un Recurso de Apelación interpuesto por su contra parte respecto de la Sentencia Definitiva;
- El tercero con interés legítimo, siempre cuando le perjudique la resolución;

II.5.5 EFECTOS DE LA APELACIÓN

- Apelación en el Efecto Devolutivo con tramitación inmediata;
- Apelación en Efecto Devolutivo con tramitación conjunta con la Sentencia Definitiva;
- Apelación en Efecto Preventivo (Artículo 1344 del Código de Comercio);

Medios de impugnación en materia mercantil

149

- Apelación en Efecto Suspensivo o ambos Efectos (Artículo 1339 párrafo segundo del Código de Comercio), y
- Apelación en Efecto Adhesivo, en términos de la fracción III del artículo 1337 del Código de Comercio

rarse en la Definitiva, de conformidad con el artículo 1341 del Código de Comercio.

II.5.7 REQUISITOS QUE RIGEN LA APELACIÓN.-

II.5.6 RESOLUCIONES APELABLES.

- Las resoluciones que se dicten durante el procedimiento y la Sentencia exceda de \$200,000.00 M.N., su suerte principal, sin tomar en consideración los intereses y demás accesorios, con la actualización a que hace referencia la fracción VI del artículo 1253 del Código de Comercio y que en el año 2011 es la suma de \$230,016.41 M.N.;
- Autos, Interlocutorias o Resoluciones que decidan un Incidente;
- Cuando lo disponga el Código de Comercio (para que proceda la apelación contra Autos, Sentencias Interlocutorias o Sentencias Definitivas, ya sea en efecto devolutivo o en efecto suspensivo se requiere disposición especial de la ley, de conformidad con el párrafo quinto del artículo 1339 del Código de Comercio;
- Controversias cuya cuantía sea indeterminada, siempre serán apelables en cumplimiento del artículo 1339 bis del Código de Comercio, y
- Apelación de los Autos si causan un gravamen que no pueda repa-

- Deberá hacerse valer en tiempo;
- Deberá formularse por escrito;
- Es un Recurso Ordinario que se hace valer contra un auto, Sentencia Interlocutoria o Sentencia Definitiva;
- El objeto de la Apelación es la Revocación, Modificación o Confirmación de una resolución recurrida que le causa Agravio;
- El Recurso de Apelación deberá formularse a petición de parte interesada y no se abre de oficio;
- Presupone dos instancias y se tramita ante el Superior Jerárquico;
- El Recurso abre una segunda instancia y no un nuevo juicio;
- El Recurso no tiene por objeto exigir responsabilidad al Juzgador que dictó la resolución recurrida, sino obtener la revocación o modificación de la citada resolución recurrida, y
- La Apelación presupone que la hace valer, quien sufre un agravio por causa de la resolución recurrida.
- Concluiré señalando que las Reflexiones Jurídicas que contiene esta investigación, le permitirá al lector fortalecer sus conocimientos en Materia Procesal Mercantil, con motivo de las Reformas que

se efectuaron los días 17 de abril y 31 de diciembre del año 2008.

Duarte Pedro Rodolfo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo Segundo, Editorial Liticolor, S. de R.L., Asunción Paraguay. 2006.

III. BIBLIOGRAFÍA

Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*, Décima Sexta Edición.- Editorial Porrúa, México 1999.

Ovalle Favela, José.-*Derecho Procesal Civil*. Octava Edición. Editorial Oxford, México.

Couture J., Eduardo. *Vocabulario Jurídico*.- Tercera Reimpresión. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina 1988.

Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Vigésima Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1994.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

Juan Andrés Hernández Islas*

Sumario: I. Planteamiento y Ubicación. II. El Problema. III. Nociones Básicas para la Construcción de la Parte General de un Derecho Penal Universal. IV. La Dualidad en Alemania. V. De la Dualidad a la Trilogía. VI. Historicidad de la Dualidad. VII. La Trilogía. VIII. La Tricotomía: Delito, Responsabilidad, Penas-Medidas de Seguridad IX. Justificación. X. La Dualidad en Argentina. XI. Definición de Derecho Penal. XII. La Dualidad en Chile. XIII. La Dualidad en España. XIV. La Dualidad en Italia. XV. Conclusiones. XVI. Bibliografía.

Resumen: La dualidad alemana: Delito y Pena, será cuestionada para verificar si en realidad dos elementos son suficientes para abarcar todos los temas del Derecho Criminal.

Las bases del Derecho Criminal: el Delito, la Responsabilidad, así como las Penas y Medidas de Seguridad; tres esferas teorizadas dan como resultado: una Teoría del Delito, una Teoría de la Responsabilidad y una Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad, componentes o integrantes del Derecho Criminal Mexicano.

En todo sistema jurídico penal, estos tres elementos se ubican en la legislación tanto sustantiva como adjetiva penal, de ahí, que serán aspectos elementales para el Fiscal o Ministerio Público, el Abogado Defensor y el Juez.

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM; catedrático del posgrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; expositor en las Casas de Cultura de la Suprema Corte de Justicia; ponente internacional en la Universidad de la Habana y Supremo Tribunal Popular ante Jueces Penales de la República de Cuba; y en la Universidad de Talca, Santiago de Chile. Juez Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

I. PLANTEAMIENTO Y UBICACIÓN

Debido a la diversidad de ideas, criterios o incluso intereses políticos, siempre han existido obstáculos y dificultades para la construcción de un verdadero y Auténtico Derecho Penal; ubicamos problemas en temas de: la Parte General, la Parte Especial; la Sustantiva y la Adjetiva o procesal.

El presente estudio se enfocará única y exclusivamente a la base del sistema: La Parte General del Derecho Penal, que sentará las bases que darían pie, para la elaboración de un Código Penal mundial y sobre todo, que abarque a la Comunidad Europea; y por qué no ambicionar un Código *Penal Universal*.

II. EL PROBLEMA

Ubicar el problema es sencillo: La Dualidad de conceptos: Delito y Pena; ha causado muchas dificultades de estudio y enseñanza, atendiendo al particular punto de vista que se adopte; con la Trilogía: Delito, Responsabilidad y Penas, se pretenden aclarar varios problemas; las tres ideas o conceptos, serán temas en los que verse todo estudio o conocimiento del Derecho Penal.

Una vez admitida la trilogía, se debe enfocar el estudio a cada elemento propuesto; así se justificará una *Teoría del Delito*; una *Teoría de la Responsabilidad* y la *Teoría de la Pena*; última teoría que, paradójica-

mente, ha sido la más antigua de que se tienen referencias de estudio.

Enfocada la estructura básica de una Parte General de Derecho Penal, dará la pauta para la restructuración de la parte especial y consecuentemente, la procesal. Todo problema tiene solución, si atendemos a la estructura de su sistema; de ahí: De la Dualidad a la Trilogía.

III. NOCIONES BÁSICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PARTE GENERAL

DE UN DERECHO PENAL UNIVERSAL

Las dificultades se pueden superar si atendemos al principio universal de unidad.

La tarea no resulta nada fácil; al respecto se han planteado diversidad de cuestiones, que magistralmente el Doctor Kai Ambos, las refiere: “*Con respecto a la parte general, las diferencias van desde la construcción del concepto del Delito, hasta el papel de la justificación para la exclusión, atenuación o exculpación de la responsabilidad penal y las diversas concepciones acerca de quién puede ser considerado como autor de un delito.*”¹

A continuación haremos referencia a la Dualidad y a la Trilogía, con el objeto de ser más concisos y objeti-

¹ Ambos, Kai. *Fundamentos de la Imputación en Derecho Internacional Penal*, coedición, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, México 2009. pág. 41.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

153

vos en los temas que debe analizar el Derecho Penal.

IV. LA DUALIDAD EN ALEMANIA

GÜNTER STRATENWERTH

El profesor Stratenwerth, refiere: “La función del Derecho Penal como una parte específica de todo el orden jurídico, está determinada por su objeto, el comportamiento criminal, así como por las consecuencias jurídicas previstas para el mismo. De ambos elementos se deducen, al mismo tiempo, los límites del Derecho penal, con respecto a otras ramas jurídicas.”²

CLAUS ROXIN

Cuando inicia su obra Derecho Penal, parte general, Tomo I, que lo intitula: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Comienza con una sección 1ª titulada: Fundamentos. 1. El Derecho Penal en sentido formal. Definición y delimitación.

I.- La sanción (pena y medida) como criterio formal de definición del Derecho Penal y la Doble Vía del sistema de sanciones. “El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presump-

² Stratenwerth, Günter. *Derecho Penal Parte General, I El Hecho Punible*; Traducción de la 2ª Edición Alemana (1976) de Gladys Romero, Título original en alemán: STRAFRECHT, Allgemeiner Teil i Die Straftat, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires 1999. pág. 1.

tos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.”³

HENTIG HANS VON

Capítulo I, denominado Antiguos Sujetos Pasivos de la Pena. A) Responsabilidad Colectiva.

“El círculo de los sujetos pasivos de la pena rebasó en otros tiempos con mucho al individuo vivo, imputable, que actúa culpablemente.”⁴

V. DE LA DUALIDAD A LA TRÍLOGIA

Resolver el problema, no resultará fácil, sin embargo, en base al principio de armonía se logrará. El problema es de origen, Aristóteles lo puso de manifiesto cuando al analizar el objeto por sus causas distinguía la “causa material” como todo aquello de que está hecha una cosa. Llama “causa formal” aquello que la cosa va a ser.

³ Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, Madrid 1997. 1071 págs.

⁴ Hentig Hans Von, *La Pena, Formas Primitivas y Conexiones Histórico-Culturales*, Volumen I, traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Editorial Espasa Calpe, Madrid 1967. (pág. 15)- 471 págs.

Llama “causa eficiente” aquello *con que está hecha* la cosa. Y llama “causa final”, el propósito, el fin para el cual está hecha la cosa.

El problema han sido las causas eficiente y final; esto es con qué elementos está formado el Derecho Penal y Cuál es el propósito o finalidad; a este respecto el maestro Hans Welzel diseñó su Teoría de la Acción Final. Nótese que “La finalidad” es una de las cuatro “causas” que conforman la Teoría Causal; esto es, la finalidad es parte de la Causalidad.

En el presente estudio, se referirá hacia la *Causa Eficiente*: ¿Con qué elementos se conforma el Derecho Penal?; Una vez justificada la Tríada, la finalidad será buscar la armonía y buen entendimiento entre los mismos.

VI. HISTORICIDAD DE LA DUALIDAD

DELITO Y PENA

Ambos elementos fueron profundamente resaltados por César Bonessana, Marqués de Beccaria en su magna obra: “Dei Deliti e delle Pene”. Para la fecha en que se publicó, causó mucho revuelo debido a las ideas anacrónicas del momento.

La Dualidad desde tiempos memoriales ha sido justificada plenamente: El Ying y el Yang, con el cual explicaban la existencia de dos caracteres o fenómenos sobre los cuales se encontraba el equilibrio de las cosas.

EL DELITO Y LA PENA

Tal parece que ambos conceptos, a lo largo de la historia del Derecho penal, han propiciado problemáticas de estudio en la dogmática, porque los tópicos relativos al sujeto implicado en el delito, los analizan en este.

VII. LA TRILOGÍA

DELITO, RESPONSABILIDAD Y PENA

Importancia de la Tríada en lo cotidiano:

Una Tríada, es un conjunto de tres cosas o aspectos especialmente vinculados entre sí: en este estudio se propone; El Delito, La Responsabilidad y La Pena.

Es ampliamente conocida, la necesidad de 3 puntos de apoyo para sostenerse en equilibrio; es tan importante que, si en un papel dibujamos tres puntos no alineados y trazamos la mediatriz de cada segmento, éstas se cruzan en un punto, de este mismo podemos trazar una circunferencia desde el centro del punto de corte de las mediatrices.

La demostración tiene que ser más convincente y conducirá a un saber científico penal.

En efecto, todo saber proviene de un conocimiento preexistente, será científico cuando conozcamos las causas que lo originaron.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

155

VIII. LA TRICOTOMÍA: DELITO, RESPONSABILIDAD, PENAS-MEDIDAS DE SEGURIDAD

BASES: Fundamento, el apoyo principal del Derecho Criminal.

IX. JUSTIFICACIÓN

Se busca armonizar los conceptos que conforman al *Derecho Penal Europeo*, basadas en la dualidad Delito y Pena; los cuales han causado problemáticas y caos en las ideas; con el firme objeto, de estructurar un *Derecho Penal Universal*. Si es Universal, debe atender, comprender y ser común a todo conocimiento, científico y profano, sin exceptuar alguno. Se debe extender al mundo, a todos los países, a todos los tiempos; por su estructura, naturaleza y sencillez, sea capaz de ser aceptado y adaptado por la ciencia. Esto es, se propondrán tres ideas universales, El Delito, La Responsabilidad y Las Penas, conceptos formados por la abstracción representada en la mente, los cuales se reducirán a unidades en común, reales a las vivencias cotidianas llevadas a los foros criminales. Así surge la idea, de una *Ley Penal Universal*, que será válida en cualquier sistema jurídico.

El Derecho penal en la Unión Europea en cuanto a su finalidad específica, debe atender a establecer los principios conformadores del Derecho Penal, que lo organicen, haciendo frente y resolviendo los problemas de

su conformación normativa y los problemas de cooperación y asistencia judicial y policial lo que con el patrocinio del programa europeo AGIS ha dado lugar a varias publicaciones.

En Derecho penal internacional. Tres han sido los espacios de atención preferente: a) La sistemática general de la sistemática general del Derecho penal internacional, tal y como se ha realizado con la elaboración del Código de Derecho penal Europeo e Internacional encargado por el Ministerio de Justicia.

Si buscamos los grandes manuales de Derecho Penal, en ellos encontramos varias opiniones, la mayoría apunta a una dualidad, pero no son del todo convincentes.

X. LA DUALIDAD EN ARGENTINA

RAÚL ZAFFARONI

Así, una aproximación hacia la trilogía, la encontramos en la espléndida obra del Dr. Raúl Zaffaroni⁵, cuando trata el tema de una aproximación a la noción de derecho penal: Teorías del derecho penal, del delito y de la pena; todo en el ámbito de las leyes penales; más concretamente refiere:

Lo primero que debe hacer, por ende, es delimitar su objeto de conocimiento, es decir, definir cuáles son las leyes

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2ª Edición, Editoriales Ediar y Temis, Buenos Aires, 2006. págs. 23 y 24.

que constituyen su objeto (¿qué es, de qué se ocupa y para que lo hace?). Esta primera pregunta la responde la teoría del derecho penal. En segundo lugar debería establecer en qué casos y bajo qué presupuestos se habilitan el ejercicio del poder punitivo (la imposición de penas). Esta segunda pregunta la responde la teoría del delito. Por último, debe ocuparse de la pena, no como concepto (cuestión que sirvió para delimitar el objeto en la teoría del derecho penal), sino como respuesta que la agencia jurídica debe proporcionar, responsabilizándose por la filtración del poder punitivo en una manifestación concreta y en cierta cantidad (¿qué pena y hasta qué medida?). Esta tercera pregunta la responde la teoría de la responsabilidad penal (que no es responsabilidad de la persona criminalizada, sino de la agencia jurídica que es la que puede o no responder con la pena.

En efecto, vislumbra tres elementos, pero aclara que la teoría de la responsabilidad no se refiere a la persona; en este sentido se disiente, porque de esas ideas, se pueden extraer simple y sencillamente una Teoría del Delito, una Teoría de la Responsabilidad (Penal y Social) así como una Teoría de la Pena.

La idea de la tríada que se busca con el presente estudio, parece visualizarse en el índice de su obra, Manual de Derecho Penal⁶; el doctor Zaffaroni la divide en tres partes, la primera la denomina: Teoría del Derecho Penal,

la segunda: Teoría del Delito y la tercera parte la intitula: Teoría de la Responsabilidad Punitiva.

Finalmente: se pueden encontrar los tres elementos de la propuesta en estudio, los encontramos en el índice alfabético de voces, de su obra, letra T, vocablo:

“Teorías:

- agnóstica y negativa de la pena: 54
- de la acción esperada: 444
- de la adecuación social: 303, 389
- de la causalidad (vid Causalidad)
- de la culpabilidad: 526, 572
- estricta de la culpabilidad: 573
- limitada de la culpabilidad: 543
- normativa de la culpabilidad: 593
- de la imputación objetiva: 305
- de la pena: 761
- de la responsabilidad: 24, 763, 773
- de la unidad del hecho: 671
- de los elementos negativos del tipo: 302
- de los roles de Jakobs: 305, 308
- del conflicto: 279
- del delito: 24, 296, 762
- del desvalor puro de acción: 303...”⁷

Como se observan los tres puntos subrayados bien pueden coexistir, sin que se colapsen entre sí, basados siempre y en todo momento, en la Ley Penal.

Con la noción o idea derivada de la Tríada, los tres elementos se deben contener en la definición del Derecho Penal, así se puede establecer:

⁶ Op. Cit. Cfr. Índice, págs. XI a XXXVII.

⁷ Ibidem. Op. Cit. pág. 787.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

157

XI. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL

Podemos aventurarnos y aportar una Definición de lo que significa el llamado “Derecho Penal” porque a nuestro parecer debe llamarse *Derecho Criminal*: “Conjunto de conocimientos y disposiciones legales, relativos al estudio del delito, la responsabilidad y las Penas”.

Lo anterior se explica de la siguiente forma:

Cuando se menciona: “al conjunto de conocimientos”, se infiere a la doctrina o dogmática, estudios científicos sobre la materia.

Por otro lado, las “disposiciones legales”, son la Constitución Política, los Códigos Penal y de Procedimientos Penales y en general, toda la legislación relativa a la materia, incluso la Jurisprudencia.

El Delito. Primer elemento de la tríada, base o fundamento de todo conflicto penal.

La Responsabilidad: Si el sujeto es imputable, será penalmente responsable cuando se demuestre su culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional y recibirá como retribución o castigo, una pena. La responsabilidad puede ser social, esto es, cuando el sujeto es adolescente o inimputable.

La pena, es la consecuencia de la declaración de responsabilidad penal en la comisión de un delito; en un sistema dual, se cuenta además con las Medidas de Seguridad.

Tal parece, que el enfoque de la trilogía, no ha sido percibido o analizado por la dogmática de ciertos países.

XII. LA DUALIDAD EN CHILE

POLITOFF LIFSCHITZ SEGIO

“El derecho penal –sustantivo o material- puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que asocian a un hecho determinado (el delito) una determinada pena y / o medida de seguridad como consecuencia.”⁸

LABATUT GLENA GUSTAVO

Se inicia con una noción de derecho penal e inmediatamente se aprecian dos elementos: El Delito y la Sanción.

“El derecho penal es la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción.”⁹

Una aproximación no muy clara, pero que deja entrever tres elementos es cuando se da la explicación sobre el Derecho Penal de manera científica, refiere: “*Apreciado científicamente es*

⁸ Politoff Lifschitz Segio, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*; segunda edición, editorial jurídica de Chile; Santiago de Chile Enero 2008. pág. 613

⁹ Labatut Glena Gustavo; *Derecho Penal I*, novena edición actualizada por Julio Zenteno Vascas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006. pág. 3.

*el conjunto sistemático de principios relativos al delito, al delincuente y a la reacción social.*¹⁰

Finalmente se posiciona en dos elementos cuando se trata el tema de las denominaciones que ha recibido el Derecho Penal, o Derecho Criminal y se advierte: *“Por lo demás, la sinonimia entre ambos términos es completa, ya que lo único que formalmente los separa es el acento sobre uno y otro de sus elementos básicos: el delito o la pena (sanción), elementos inseparables, pues lo caracteriza al delito es la pena que el poder social impone”*.¹¹

XIII. LA DUALIDAD EN ESPAÑA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

“Desde esta perspectiva, el delito constituye una amenaza a la integridad y estabilidad del sistema y la expresión simbólica de una falta de fidelidad al mismo; la pena, en cambio, restablece la estabilidad del sistema, expresando simbólicamente su superioridad y robusteciendo la confianza de los ciudadanos en él.”¹²

Así como apreciamos el anterior planteamiento, es la generalidad en toda la dogmática penal española.

¹⁰ *Ibidem.* pág. 3.

¹¹ Labatut Glenda Gustavo. *Op cit.* pág. 4.

¹² Muñoz Conde Francisco; *Derecho Penal y Control Social*, reimpresión de la 2ª edición, editorial Temis, Bogotá Colombia 2004; págs. 119 y 120.

XIV. LA DUALIDAD EN ITALIA

Es interesante apuntar hacia Italia, para poder observar la metodología de su dogmática penal, que en cierto sector, han rechazado las ideas alemanas.

GIUSEPPE MAGGIORE

El Tomo I, el maestro Maggiore, lo inicia con una Parte Primera, El Derecho Penal, Parte Segunda, El Delito; en el Tomo II continúa con la Parte Tercera, La Pena; y culmina con la Parte Cuarta, Las Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles.¹³

Si atendemos al contenido relacionado con la Parte Segunda, relativa al Delito, en primer lugar lo divide en Dos Secciones; la sección primera, a su vez la subdivide en un Capítulo I, relativo al concepto del delito; el capítulo II, es el relativo a la acción; el capítulo III, lo intitula: Antijuridicidad y Justificación, el capítulo IV lo destina al tema de la Culpabilidad; la Sección Segunda a su vez la subdivide en un Capítulo VI destinado a la Tentativa, un capítulo VII que es el de la coparticipación en el delito; el capítulo VIII relativo a la unidad y pluralidad de delitos; finalmente el capítulo IX lo destina a la reinciden-

¹³ Maggiore Giuseppe; *Derecho Penal*, traducción de José J. Ortega Torres, Título del Original Italiano Diritto Penale, quinta edición, Bologna, 1951-1952 (Editor N. Zanicelli) Editorial Temis, Bogotá 1985. Tomo I, pág. 642, Tomo II, pág. 485.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

cia, habitualidad y profesionalidad del delito y la tendencia a delinquir.

Como podemos apreciar, en el contenido del Delito, se aprecian temas de la Responsabilidad como es la Culpabilidad y la coparticipación.

XV. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, se ha justificado y demostrado que es mejor la trilogía: Delito, Responsabilidad, Penas y Medidas de Seguridad, para un mejor entendimiento humano.

Se demostró que en dos elementos: Delito y Pena, se pretende abarcar todo lo relacionado a la Responsabilidad, como es, la Imputabilidad, la Culpabilidad, desde luego el dolo, la culpa y todos esos aspectos de Autoría y Participación, que deberán de forma parte de la inclusión de un elemento llamado: Responsabilidad.

Esto será muy importante para la argumentación, sobre todo, del Defensor en la actualidad para la incursión de los Juicios Orales, La argumentación en los Juicios Orales es determinante para las personas que se encuentran involucradas, esto es, necesaria para el fiscal o Ministerio Público, el Defensor Penal, incluso para el imputado y el propio Juzgador.

En primer lugar, es importante la argumentación para quien formula la consignación.

Básicamente el representante social debe tener muy presente qué argumentará. Para ello, es necesaria la ubicación en esa etapa inicial, los dos primeros aspectos de

mi trilogía. El Delito y la probable Responsabilidad.

Así, vislumbrado en primer lugar el Delito, deberá exponer todos aquellos elementos de prueba que giran en torno a su acreditación, como son, la denuncia o querrela, a las cuales debe asignarles un valor jurídico determinado, el cual, nunca tendrá el carácter de testimonio, porque la declaración o postura de un testigo, debe ser fundamentalmente imparcial, y en el caso del denunciante o querellante, no puede fijarse tal postura, porque su depositado necesariamente es parcial, consecuentemente no resulta hábil conforme a las reglas procesales.

Con lo anterior, estamos en desacuerdo cuando en determinadas resoluciones, valoran la denuncia o querrela conforme a las reglas del testimonio.

Una vez presentada y valorada la denuncia o querrela, es necesario que vaya enlazada con medios de prueba, sean testimonios, dictámenes periciales, inspecciones y demás elementos, de los cuales el Ministerio Público se basará para el argumento. Además debe tener ciertos elementos para acreditar la Responsabilidad del probable responsable, indiciado o mas propiamente, imputado, de conforme a la reforma constitucional.

Sobre los argumentos de fondo, debe consultarse mi obra Mitos y realidades de la Teoría del Delito.

El defensor tiene una gran misión con la argumentación, significará exponer con toda precisión, claridad y sencillez frases, oraciones, expresiones, que enlazadas arrojarán un excelente

Seminario de Derecho Penal

160

argumento. Al igual que el representante social, le corresponde ubicar los dos aspectos mencionados de la trilogía, pero en su aspecto de la no acreditación o no configuración. En efecto, el defensor debe argumentar circunstancias tales, que versen sobre los aspectos excluyentes del delito, que la mayoría de los códigos penales hacen referencias, además de las causas de exclusión de la responsabilidad.

La integración del Delito, para la argumentación jurídica.

El Delito, primer elemento de la trilogía del Derecho Criminal, es determinante para tener éxito en una consignación. En la legislación procesal se conoce mejor como Cuerpo del Delito, sin embargo, tal nombre ha causado por confusión, preferimos denominarle el probable delito, así como también debemos de acreditar la probable responsabilidad. Todo es probable, durante la averiguación previa y el proceso, se expondrán elementos para su conformación o desintegración. Sólo en sentencia, el juzgador ya tendrá un panorama amplio sobre el particular y podrá determinar si se conformó el Delito y si quedó plenamente demostrada la responsabilidad, sea social o penal del imputado.

El defensor podrá argumentar alguna causa de ausencia de voluntad para la no acreditación del primer elemento del delito, en sus modalidades de haber actuado por hipnosis, sueño, sonambulismo, movimientos reflejos, caso fortuito en su modalidad de Vis mayor o Vis absoluta.

En el orden de la tipicidad, podrá argumentar el defensor, la no acredita-

ción o falta de alguno de los elementos que integran el delito.

Conformación de la responsabilidad para argumentar.

El segundo aspecto de la Trilogía es la Responsabilidad, esto es, determinar si el sujeto implicado en los hechos, tuvo alguna participación.

Es común observar en la práctica, el descuido a esta figura por ambas partes, esto es, tanto por el Ministerio Público como por el defensor.

En este apartado, se verificará si el sujeto relacionado con los hechos, actuó con dolo o culpa, si lo realizó por sí, llevándolo a cabo sirviéndose de otro, de manera conjunta etc.

Causas de exclusión del delito que debe referir el Defensor.

Muchas ocasiones, el abogado defensor desconoce las causas que excluyen o eliminan el Delito. Así tenemos la ausencia de conducta o voluntad, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, en algunas veces ciertos tipos de consentimiento, eliminan el delito como tal.

Causas de exclusión de la Responsabilidad.

Sobre el particular deben anotarse circunstancias concretas como la Defensa Legítima, el Estado de Necesidad, el Cumplimiento de un Deber, el Ejercicio de un Derecho, en ciertas legislaciones, se contempla la Obediencia Jerárquica, el error invencible tanto de tipo, como de prohibición, el desconocimiento de la ley, la no exigibilidad de otra conducta.

Las llamadas Excusas Absolutorias:

En este apartado, deben apuntarse aspectos en los cuales, no obstante

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

161

existe delito, se acredite la plena responsabilidad penal del implicado, por determinadas circunstancias lo liberen de pena, por considerar que la pena, la sanción es innecesaria. Existen causas generales y particulares.

Las causas generales que liberan de pena, pueden darse cuando el sujeto activo haya sufrido consecuencias graves en su persona, presente senilidad avanzada o un precario estado de salud.

En cuanto a las causas particulares que liberan de pena, la propia ley determina los casos específicos como la liberación de pena a quien por acción culpable, comete homicidio o lesiones a un pariente consanguíneo.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

Como referencia a este breve artículo, a continuación, enlistaremos ciertos libros que tienen que ver con la Dualidad; otros dejan entrever los tres elementos de propuesta.

Ambos, Kai. *Fundamentos de la Imputación en Derecho Internacional Penal*, coedición, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, México 2009.

Bacigalupo, Enrique. *La noción de autor en el Código Penal*. Buenos Aires, 1965.

— *Principios de Derecho Penal*. Parte General. 4ª edición, Madrid, 1997.

Baratta, Alessandr. *Integración-prevenición: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. CPC 24 (1984).

Baumann, Jürgen. (22 de junio 1922 en Essen, † 26 de noviembre 2003 en Tubinga) Jurista Alemán.

Bustos Ramírez, Juan. *El estado actual en el Derecho Penal*. En: José Cerezo Mir/Rodrigo F. Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos M. Romeo Casabona (eds.), *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999.

— *Obras completas. T. I. Derecho Penal*. Parte General. Lima 2004.

Cancio, Manuel, ¿“Derecho penal” del enemigo? En: Cancio/Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

Carnevali Rodríguez, Raúl. *Hacia la conformación de un Tribunal penal internacional*. Evolución histórica y desafíos futuros. RUCN 10 (2003).

— *Las Políticas de Orientación a la Víctima encaminadas a la luz del Derecho Penal*.

Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho penal español*. Parte General. T. II. Teoría jurídica del delito. 6ª edición. Madrid 1998.

Seminario de Derecho Penal

162

- *Curso de Derecho penal español. Parte General. T. III. Teoría jurídica del delito/2.* Madrid 2001.
- Cobo del Rosal, Manuel. Vives Antón, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición, Valencia, 1999.
- Daza Gómez, Carlos. *El funcionalismo, hoy. Criminalia* (Academia Mexicana de Ciencias Penales) Año LXV, nro. 3 (1999).
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en Derecho Penal.* Barcelona, 1991.
- Faraldo Cabana, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas.* Valencia, 2004.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo.* Sobre la normativización del dolo. CPC 1998.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal.* Madrid, 1966.
- Gómez Benítez, José Manuel. *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites).* ADPCP 1984.
- Hernández Plasencia, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal.* Granada, 1996.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal. La Ley y el delito.* Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Autoría y Participación.* Madrid, 1996.
- López Peregrín, María del Carmen. *La complicidad en el delito.* Valencia, 1997.
- Muñoz Conde, Francisco. *Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal.* RP 5 (2000).
- Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General II,* 2ª edición. Buenos Aires, 1978.
- Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno.* Parte General, Santiago de Chile, 2003.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española.* T. 2 (H-Z). 21ª edición. Madrid, 1992/1997.
- Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción.* Buenos Aires, 1991.
- *Dogmática del hecho punible y ley penal.*
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al DPC.* Barcelona, 1992.

Dogmática penal alemana: de la dualidad a la trilogía

163

- *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires, 1998.
- *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2ª edición, Madrid 2001.
- Stratenwerth, Günter. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, El Hecho Punible; Traducción de la 2ª Edición Alemana (1976) de Gladys Romero, Título original en alemán: Strafrecht, Allgemeiner Teil I Die Straftat, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires 1999.
- Velásquez V., Fernando. *Derecho Penal*. Parte General. 3º edición. Bogotá, 1997.
- *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2º edición. Bogotá, 2004.
- Vives Antón, Tomás S. *Comentarios al CP de 1995*. Vol. I (Arts. 1 a 233). Valencia, 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV. Cárdenas Ediciones; Buenos Aires, 1982.
- *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 6ª edición, Buenos Aires, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.

Principios procesales en el comercio internacional

Carlos H. Reyes Díaz*

Sumario: I. Introducción. II. Fragmentación Del Derecho Internacional. III. Principios Procesales. IV. Acceso a los Mecanismos. V. *Forum Shopping*. VI. Transparencia. VII. Acuerdo de Voluntades. VIII. Evitar Duplicidad de Foros. IX. *Lis Alibi Pendens* y *Res Iudicata*. X. Garantías Procesales. XI. *In Dubio Mitius*. XII. Agotamiento de Recursos Internos. XIII. Contrastes Entre la Jurisdicción Nacional y la Internacional. XIV. Reflexiones Finales. XV. Fuentes De Consulta.

Resumen: El derecho procesal comercial internacional ha experimentado un crecimiento inusitado en las últimas décadas. La creación desmedida de mecanismos de solución de controversias comerciales se ha constituido no sólo como una alternativa de la jurisdicción nacional, sino, en muchos casos, en la primera opción de los litigantes que cada vez encuentran en sus contrapartes a ciudadanos y empresas extranjeros, debido al convulsionado mundo en plena globalización. Los principios procesales que aplican todos estos tribunales tienen rasgos similares, al tiempo que comparten características con los tribunales nacionales. La armonización de estos principios es una alternativa posible para la coexistencia de todos estos tribunales de la también llamada “justicia alternativa”.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

En los primeros años del siglo XXI, resulta evidente que el mapa de la comunidad internacional como se conoció por mucho tiempo, ya no es el mismo. En la segunda mitad del siglo XX, los Estados dejaron de ser los únicos actores de las relaciones internacionales; ahora se duda incluso que sean los principales. Esta situación se manifiesta de múltiples maneras.

En el campo del derecho comercial internacional, comandado por la OMC en el ámbito multilateral, resulta claro que los Estados no son los únicos que pueden ser Miembros de dicho organismo, ya que, como lo establece el artículo 33 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT en inglés), pueden ser Partes Contratantes (hoy Miembros de la OMC) los Estados o “Territorios Aduaneros” distinto(s) del Estado que disfrute de completa autonomía en la dirección de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el mismo GATT, podrá(n) adherirse a él (...) en las condiciones que fije el gobierno representante de dicho territorio y las demás Partes Contratantes por mayoría de dos tercios (hoy por consenso). Dentro de aquellos Miembros de la OMC que no tienen el carácter de Estado, se encuentran los territorios aduaneros de la Unión Europea (con personalidad jurídica independiente de la de sus miembros); Hong Kong, China (independiente de China); y el “Taipei Chi-

no” compuesto por Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu¹.

Todos los Miembros de la OMC, Estados o no, pueden y tienen celebrados acuerdos comerciales con diferentes socios de todo el mundo. El hecho que refleja una realidad comercial contundente es el que, a la fecha, todos los integrantes de la comunidad internacional tienen tratados bilaterales o han suscrito tratados multilaterales en materia comercial. Si se toma en cuenta que cada tratado establece sus propios mecanismos de solución de controversias, en muchos casos específicos, en otros remitiendo a procedimientos como el de la OMC, entre otros, queda en evidencia la fragmentación del derecho internacional comercial.

Son precisamente los procedimientos de solución de controversias comerciales los que han influido en la reconfiguración de los mapas mundiales en este inicio de siglo, como será explicado más adelante. El estudio de los principios procesales que gobiernan las relaciones comerciales internacionales es una tarea interesante, ya que no existen tribunales que resuelvan más conflictos internacionales al año que los tribunales comerciales, liderados por la OMC, pero seguidos por tribunales como la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), además de tri-

¹ Todos los miembros de la OMC www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

Principios procesales en el comercio internacional

167

bunales regionales como el TLCAN y el de la Unión Europea.

Estos tribunales son de variada manufactura, pero comparten principios procesales fundamentales para resolver conflictos. Estos principios no difieren completamente de los principios nacionales, pero tampoco son esencialmente los mismos. Quizá en la armonización de estos principios procesales se encuentre la solución a problemas como el de la fragmentación del derecho internacional.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL²

Algo que debe entenderse antes de tratar los principios procesales en la solución de conflictos internacionales es la llamada fragmentación del derecho internacional, porque es precisamente de ella que nacen nuevos principios procesales. Se dice que el derecho internacional se ha fragmentado porque en décadas recientes han proliferado organismos internacionales, acuerdos comerciales, tratados y organismos sobre derechos humanos, derecho comercial, derecho de las inversiones, derecho del mar, derecho ambiental, entre una variedad

muy amplia de materias que se han “independizado”, por decirlo de alguna manera, del tronco común del derecho internacional general.

Estas materias, una vez creadas, reclaman su propia independencia y autonomía técnica y operativa respecto de la comunidad internacional que les dio origen. En otras palabras, a mediados del siglo pasado la Organización de las Naciones Unidas (ONU) era el organismo internacional por antonomasia, el centro neurálgico de las relaciones internacionales, la fuente creadora de tratados y organismos subsidiarios que conformaban las ramas del centro natural que era la misma ONU. El derecho internacional general nacía y se desarrollaba en la ONU y esta organización, por su parte, se apoyaba en el derecho internacional como su herramienta más importante para cumplir sus objetivos, específicamente, el logro de la paz mundial después de la cruenta etapa de la Segunda Guerra Mundial³.

Pero la creación de estos organismos internacionales (OCDE⁴, FMI⁵, BM, entre otros) y la celebración de una cantidad muy numerosa de tratados multilaterales, bilaterales, regionales, etc., ha propiciado un desbordamiento de normas e instituciones incapaces de ser controladas por la

² Para mayor información sobre este tema, ver: *Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, en: Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de la Comisión de Derecho Internacional, Organización de las Naciones Unidas, 58 Período de Sesiones, mayo-agosto, 2006.

³ Sobre este tema, ver: Jackson, John H. *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*. Marcial Pons, Madrid, España, 2009.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

⁵ Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial.

Seminario de Derecho Procesal

168

ONU, de manera que se les ha debido soltar cada vez más, creándose por ello un universo multidisciplinario difícilmente reversible en el corto plazo.

A la separación de estas disciplinas del centro del derecho internacional general, se le conoce como fragmentación. De las materias que antes eran una parte del derecho internacional y que hoy reclaman y, en muchos casos, han logrado su independencia, pueden mencionarse los derechos humanos, el derecho del mar, el derecho ambiental, y el derecho comercial, entre muchos otros. Por otra parte, temas como la salud pública, el terrorismo, la clonación y otros, pueden tratarse desde una perspectiva comercial o de derechos humanos, y las controversias derivadas de la aplicación de sus normas pueden resolverse en tribunales mundiales como la Corte Internacional de Justicia, o en tribunales especializados como el de la OMC o los de derechos humanos, o en tribunales regionales, como el del TLCAN o la Corte Europea.

Para algunos contendientes, la posibilidad de someter sus conflictos a diversas instancias, nacionales o internacionales, regionales o multilaterales, representa una ventaja. Para otros, un riesgo latente de duplicidad o multiplicidad de procedimientos que atiendan causas iguales o similares que deriven en resoluciones contradictorias o bien, múltiples resoluciones para un mismo problema.⁶

⁶ Sobre este tema, resulta interesante la opinión de Linton, Suzannah y Dr. Kebede Tiba, Firew, en: *ARTICLE: SYMPOSIUM: INTERNATIONAL JUDGES: The Internatio-*

Es por ello que resulta fundamental en estos días estar concientes de que los caminos del derecho internacional ya no siguen una misma línea lógica, que las diferentes materias han creado nuevos sistemas independientes imposibles de ignorarse. Pretender regresar al camino de un derecho internacional general cada vez parece más una utopía, pero tampoco resulta conveniente observar la dispersión de materias, organismos y tribunales sin tomar medidas al respecto. El derecho debe tener cierta libertad de acción atendiendo a sus propias disciplinas, porque ello permitirá seguir abriendo brechas del conocimiento especializado, pero debe tenerse presente que todas estas disciplinas transitan sobre caminos jerárquicamente similares. Decía *Marco Bronckers* en el año 2001, ya no sobre la ONU, sino ahora sobre la OMC, que si este organismo se está convirtiendo en el nuevo vehículo para la gobernanza global, debe quedar claro que “este vehículo no debe viajar sin un mapa del camino y debe considerar el tránsito de otros vehículos”.

Lo anterior puede traducirse en dos aspectos, el primero, que el mapa del camino debe ser uno que permita llegar a donde todo el sistema internacional busca llegar, a la convivencia pacífica, y el segundo, que si en el camino se encuentra con otros vehículos, deberán realizarse esfuerzos suficientes para transitar sin percances, es decir, persiguiendo en todo momento

nal Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals. The University of Chicago, Chicago Journal of International Law, USA, 2009.

Principios procesales en el comercio internacional

169

la armonización del derecho, no tratando de establecer la jerarquía entre un sistema y otro, porque esto cada vez es más complicado.

La búsqueda de la jerarquía de normas y de tribunales es una característica de los sistemas jurídicos nacionales, pero no puede conseguirse en el ámbito internacional por múltiples razones que se expondrán más adelante.

III. PRINCIPIOS PROCESALES

La OMC tiene su propio mecanismo para solucionar controversias⁷ a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), órgano que reporta al Consejo General de la OMC. El OSD debe velar por el respeto que sus 153 Miembros deben observar de los acuerdos multilaterales y plurilaterales que constituyen la base jurídica de este organismo.

No obstante su labor, actualmente⁸ la OMC reconoce la existencia de 297 acuerdos comerciales regionales, entre acuerdos que constituyen áreas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos con

cláusula de habilitación⁹. Muchos de estos acuerdos cuentan con mecanismos específicos de solución de controversias para la interpretación y aplicación de sus propias disposiciones. En muchos casos, estos mecanismos son un reflejo de los procedimientos ante la OMC, en otros reflejan normas similares a las nacionales, pero en algunos casos existen reglas particulares distintas, como en los procedimientos internos del capítulo XIX del TLCAN, los procedimientos del Tribunal Permanente de MERCOSUR¹⁰, y los correspondientes al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Todos los mecanismos encargados de resolver controversias comerciales internacionales, sin embargo, tienen principios procesales comunes como las etapas oral y escrita, derechos de audiencia y de debido proceso legal, entre otros que de igual forma son comunes a los procedimientos nacionales y a aquellos que no son comerciales.

Para el propósito de este trabajo, el análisis quedará suscrito a los principios procesales específicos de los

⁷ Información muy precisa sobre este mecanismo puede encontrarse en: Yerxa, Rufus y Wilson, Bruce: *Cuestiones clave del sistema de solución de diferencias de la OMC. Los primeros diez años*, Secretaría de la OMC, Ginebra, Suiza, 2007.

⁸ Información actualizada a julio de 2011, en www.wto.org/

⁹ Estos acuerdos son los que se celebran con la finalidad de otorgar un trato especial y diferenciado, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo. Estos acuerdos forman parte del derecho del GATT/OMC a partir de la decisión del 28 de noviembre de 1979, del propio GATT, como resultado de la Ronda Tokio de negociaciones.

¹⁰ Mercado común del Sur, constituido por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, por el Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991.

tribunales de comercio internacional, sin que por ello se pretenda decir que los demás tribunales no los apliquen, en algunos casos así será, aunque en otros no.

El principio base del comercio internacional es la autonomía de la voluntad de las partes. Las normas existentes en el comercio internacional se aplican, en su mayoría, cuando las partes no han optado por alguna regla diferente, es decir, de manera supletoria. Pero esta autonomía de las partes puede verse reflejada en varios aspectos, algunos que se mencionan a continuación.

IV. ACCESO A LOS MECANISMOS

El primer paso que debe definirse para solucionar una controversia consiste en determinar el foro que va a resolverla. En tiempos no muy remotos, el camino a seguir por el demandante para iniciar un procedimiento no tenía complicaciones, las jurisdicciones nacionales se encargaban de resolver todas las controversias siguiendo principios de derecho conflictual, como los de “*locus regit actum*” (el lugar donde acontece la situación que deriva en conflicto es el que rige el acto), “*lex rei sitae*” (específico para bienes inmuebles, será competente el juez y aplicable el derecho del lugar en donde se encuentre el bien), “*lex loci celebrationis*” (el derecho y jurisdicción competente serán los del lugar en donde se haya celebrado el contrato o cualquier acto jurídico), “*lex loci delicti commissi*” (derecho y tribunal compe-

tentes serán los del lugar en donde se cometió el delito), entre otros. Siguiendo estos principios, se definía claramente la jurisdicción que debía conocer y resolver cualquier controversia, así como el derecho aplicable tanto al fondo como al procedimiento aplicable en cada caso concreto.

Con el avance y proliferación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, estos principios dejaron de ser eficaces para definir la jurisdicción y el derecho aplicable porque fueron sustituidos por la voluntad de las partes, aunque no en todos los casos.

Se le conoce como “disponibilidad del derecho” cuando las partes en un procedimiento tienen la libertad de elegir el foro que consideren más adecuado para que resuelva su controversia, así como el derecho sustantivo y adjetivo que prefieran o consideren propicio para ser aplicado al caso concreto. Hay materias que no son disponibles por las partes, es decir, que no pueden elegir ni el tribunal, ni el derecho que será aplicable para solucionar su controversia. Esto sucede de manera general (salvo algunas excepciones) con la materia penal, la fiscal, la constitucional, la familiar, entre otras. Si una persona comete un delito en perjuicio de otra, no es dable al reclamado o a la voluntad de ambas partes elegir un tribunal diverso de aquel del lugar en donde se cometió el delito (*lex loci delicti commissi*), porque son materias de “orden público”. Este orden público es el limitante más importante para que las partes puedan o no disponer del derecho y varía de país en país.

Principios procesales en el comercio internacional

171

V. FORUM SHOPPING¹¹

Ante la libertad de los litigantes para elegir un foro en lugar de otro para que resuelva su conflicto (sujeto a esa disponibilidad del derecho de la que ya se ha hablado), se ha formado una teoría conocida como “*forum shopping*”. Su denominación surge del anglicismo que refiere a que las partes pueden elegir entre una variedad de procedimientos, entre nacionales, extranjeros o internacionales, que pueden conocer de la controversia y dirimirla válidamente, es decir, emitir una decisión válida, obligatoria e inapelable ante otras instancias por el afectado por la misma.

La figura de *forum shopping* ha sido abusada cuando los contendientes deciden ejercer con libertinaje su derecho a acceder a tribunales alternativos a los nacionales para solucionar su conflicto; es decir, cuando el reclamante decide acudir no a uno, sino a varios tribunales para plantear una misma controversia para buscar que alguno de ellos resuelva a su favor. A esto se le ha conocido como “*forum hopping*”, en clara alusión a la “esperanza” que se tiene de que al menos un tribunal encuentre justificada su causa y resuelva a favor de sus intereses.

Existe un principio procesal relacionado con el acceso a la jurisdicción de un tribunal, por el cual se dice que el tribunal mismo es el que tiene la facultad para decidir si tiene jurisdicción o no. A este principio se le conoce como “*competencia de la competencia*”. Esto no se refleja en las jurisdicciones nacionales que tienen claramente definida su competencia, de manera que ejercen jurisdicción en las materias y en los casos que expresamente les confieren las leyes y demás ordenamientos nacionales. En los tribunales internacionales que carecen de permanencia, es decir, que se crean para conocer de una controversia y, al resolver, desaparecen, es generalmente la voluntad de las partes la que define tanto jurisdicción como derecho aplicable.

En su caso, un tribunal puede tomar la decisión de no ejercer jurisdicción por considerar que no es el foro más adecuado para resolver el conflicto específico sometido a su análisis, en cuyo caso se aplica el principio de “*forum non conveniens*”. Este principio sugiere que un tribunal se abstiene de conocer de un asunto por considerar que no es el foro más adecuado o existe un tribunal más conveniente para conocer del asunto planteado. En este caso, las partes deberán buscar una nueva alternativa para resolver su conflicto. No debe entenderse por este principio que el tribunal decida no resolver una controversia por carecer del conocimiento suficiente para hacerlo, ya que esta no es una facultad del tribunal. El principio de “*iura novit curia*” dispone que el juez está obliga-

¹¹ Un autor que ha trabajado intensamente este tema, así como en general, el de conflicto de normas en el derecho internacional, es Joost Pauwelyn, específicamente en su obra “*Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to other Rules of International Law*”, Cambridge University Press, New York, USA, Fifth printing, 2006.

do a resolver porque se supone que conoce del derecho, por esta misma razón se dice que los tribunales piden “dame los hechos, que yo te daré el derecho”; dos principios completamente distintos entre sí.

VI. TRANSPARENCIA

En el comercio internacional, un principio que ha surgido recientemente es el de transparencia. Los procedimientos llevados a cabo ante tribunales nacionales o ante arbitrajes comerciales, nacionales o internacionales, tienen cierto grado de confidencialidad porque protegen intereses particulares, generalmente empresariales, cuya divulgación podría poner en riesgo las ganancias económicas de dichas empresas, así como su reputación.

En las jurisdicciones nacionales, generalmente se tienen reglas definidas en ordenamientos jurídicos y administrativos para proteger los expedientes de particulares en controversia. Por su parte, en arbitrajes y demás mecanismos alternativos internacionales, las reglas varían. Conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no hay una disposición expresa en materia de confidencialidad, salvo por lo dispuesto por el artículo 20(7) que autoriza expresamente al Tribunal Arbitral a tomar medidas para proteger secretos industriales e información confidencial. No hay una regla general de confidencialidad porque se entiende que las partes tienen la última palabra en todas las reglas de procedimiento, debido al principio de auto-

mía que priva en todas las etapas del arbitraje privado, aunque se sobreentiende que todas las etapas arbitrales serán confidenciales de facto, incluyendo el laudo, a menos que las partes dispongan lo contrario.

En los arbitrajes mixtos, en los que una de las partes es un particular y la otra un Estado representado por una de sus autoridades gubernamentales, la confidencialidad queda sujeta estrictamente a la información confidencial de la empresa, no así para el Estado, es decir, todo el proceso debe ser transparente en la actividad gubernamental por razones de publicidad que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos, es una regla complementaria de la rendición de cuentas y de acceso a la información pública gubernamental, principios que se han ido armonizando en épocas recientes en muchos países, dentro de los que puede contarse a México. El arbitraje por excelencia en esta materia es el arbitraje de inversiones, que se realiza a cargo del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial. Aunque es necesario precisar que la transparencia es algo reciente en este procedimiento. El primer caso que permitió que la audiencia oral fuera abierta al público fue el de *Methanex*, apenas en junio de 2004.¹²

Lo mismo ha sucedido en los procedimientos de solución de controversias del TLCAN, capítulos XIX y XX, por las mismas razones de la participación del

¹² Ver: González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 287.

Principios procesales en el comercio internacional

173

Estado como contendiente, la información es pública y las audiencias también, con algunas restricciones.

En la OMC, desde 2005 se permitió la publicidad de las actuaciones, con excepción de las audiencias en la etapa de consultas, todas las demás actuaciones son públicas, aunque carentes del interés de las partes y terceros en el procedimiento porque, como lo dice González de Cossío, “no es tanto que se quiera saber el contenido de lo ventilado sino la percepción de secrecía lo que propicia la crítica”.¹³

VII. ACUERDO DE VOLUNTADES

El arbitraje se fundó en la premisa del acuerdo de voluntades, tanto para las normas procesales como para las sustantivas. Ante la falta de acuerdo de las partes se aplican las normas del Centro Arbitral ante el cual se presenta la controversia. En los otros como en los paneles del capítulo XIX, se ha discutido mucho si existe acuerdo o no, porque la solicitud de establecimiento de un panel la realizan los importadores y exportadores afectados por la resolución de la autoridad investigadora que determina la cuota compensatoria derivada de la existencia de una práctica desleal de dumping o de subvenciones. Pero, en ningún momento se le pregunta a la autoridad investigadora (su contraparte) su aceptación para participar en el procedimiento ante paneles. La discusión es porque hay quienes opinan que el

acuerdo de voluntades constituye un acto previo a la controversia, otorgado por los países firmantes del TLCAN, vigente desde 1994, de manera que la controversia puede resolverse por un panel sin necesidad de otorgar el consentimiento al momento de que surja cada controversia. Sea cual sea la respuesta, a la fecha no ha habido ningún panel que rechace su jurisdicción por falta de acuerdo de voluntades de las partes en controversia.

En la OMC, es necesario que se agote el procedimiento de consultas para que un panel pueda analizar el caso. Lo que analiza un panel de la OMC es si un país violó o realizó alguna acción que produjo una circunstancia de anulación y menoscabo de los derechos concedidos por los acuerdos de la OMC. El acuerdo de voluntades está contenido en la membresía al propio organismo, porque dicha membresía implica la adopción de los acuerdos multilaterales, dentro de los que se encuentra el Entendimiento de Solución de Diferencias, ordenamiento que dispone las normas generales del procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

VIII. EVITAR DUPLICIDAD DE FOROS

Es un principio de buena fe en el derecho internacional el hecho de que las partes traten de resolver sus controversias por medios pacíficos, como también lo es que, al elegir el mecanismo que consideren más adecuado para resolver sus diferencias, no intenten iniciar nuevas reclamacio-

¹³ *Ibid.*, Nota a pie 47.

nes ante otros foros (como ya se explicó anteriormente con el *forum shopping*). A este principio se le conoce en latín como “*Una via electa non datur recursus ad alteram*”, que significa que una vez electo un camino procesal se elimina la posibilidad de acceder a otro procedimiento.

Algunos tratados establecen disposiciones específicas sobre la obligación de no acudir a otro foro cuando se ha iniciado una controversia ante uno previo; otras disposiciones obligan a que se inicien controversias ante foros específicos y no ante otros; otros más impiden aceptar solicitudes sobre materias que no son de su jurisdicción. Lo más importante en cualquier controversia es la solución mutuamente aceptada por los contendientes. Por lo mismo, es impensable que pueda lograrse el acuerdo y comprobar buena fe cuando uno de ellos inicia controversias simultáneas ante varios foros para resolver una misma diferencia.

Se dice que, para determinar el foro más conveniente para resolver una controversia, debe tenerse presente la “conexión substancial”. Esta conexión se refiere a los vínculos que existen entre el foro y las partes, o respecto del negocio materia de la controversia, de manera que si un conflicto se presenta entre un mexicano y un estadounidense, sobre un bien inmueble ubicado en México, DF, sería ilógico y carente de conexión substancial que la controversia tuviera que ser resuelta por un tribunal internacional con sede en París. Es verdad que las partes tienen la última palabra y si deciden hacerlo así, no habrá inconveniente, pero el tribunal

estará muy alejado del lugar en el que se encuentra el inmueble, realizará las actuaciones procesales en un idioma distinto al de las partes (o, en su caso, deberá contratar intérpretes y traductores), coordinará las audiencias en el lugar de su sede, entre otras circunstancias que harán que se incrementen los costos irremediablemente con cargo a las partes.

Es por lo anterior, que los tribunales en algunas ocasiones son proclives a declinar su jurisdicción a favor de un foro más adecuado para conocer y resolver algunas controversias cuando hay más puntos de conexión en otro foro.

El artículo 2005, párrafo 1 del TLCAN dispone que “...las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor¹⁴ (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante”. Esta es una clara disposición de exclusión de foros, aunque debe aclararse que esta disposición está contenida en el capítulo relativo a las controversias que surgen entre Estados contenido en el capítulo XX. La razón de que esta disposición no aplique a las controversias derivadas del capítulo XIX, es porque las controversias del capítulo XX y las de la OMC son esencialmente similares, no así las controversias sobre prácticas

¹⁴ Actualmente, todos los acuerdos en el marco de la OMC.

Principios procesales en el comercio internacional

175

desleales, en las que las controversias no son entre Estados, sino entre importadores y exportadores, por una parte, y la autoridad investigadora nacional (gobierno), por la otra.

El mismo TLCAN, en su artículo 2005, párrafos 3 y 4, dispone que las controversias que surjan en materia de medio ambiente y conservación (párrafo 3) y las relacionadas con el sector agropecuario y sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, así como también sobre normalización (obstáculos técnicos al comercio), sólo podrán ser resueltas conforme a los mecanismos establecidos por el TLCAN; es decir, no podrán plantearse ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Estas disposiciones buscan dejar sin posibilidad a las partes para litigar sus asuntos en un foro ajeno al de América del Norte, sólo en las materias establecidas en el propio tratado.

En materia de prácticas desleales, la exclusión de foros no se da respecto del TLCAN y de la OMC, sino del TLCAN (capítulo XIX) y de la jurisdicción nacional y así lo dispone la Ley de Comercio Exterior. En otras palabras, cuando la autoridad investigadora nacional emite su resolución por la que determina la imposición de cuotas compensatorias definitivas, derivadas de la existencia de prácticas desleales de comercio, puede recurrir dicha resolución ante los tribunales nacionales o solicitar el establecimiento de un panel binacional, pero nunca ambas simultáneas. La razón de lo anterior, es porque el panel debe solicitarse dentro de los 30 días posteriores a la emisión de la resolución, en tanto que el recurso

de revocación establecido por la Ley de Comercio Exterior para combatir dicha resolución se interpondrá después de 30 días de su publicación y no antes, de manera que es temporalmente imposible iniciar ambos procedimientos de manera simultánea.

Por desgracia, no puede establecerse una barrera temporal en todas las situaciones por las que puedan iniciarse conflictos simultáneos, debido a la gran cantidad de foros que hay en el mundo, muchos de ellos competentes para resolver controversias de los mismos países o sobre las mismas materias.

De cualquier forma, sigue vigente la premisa por la que, plantear una misma controversia ante dos o más tribunales, es una violación al principio de buena fe que se deben los países y, ya específicamente, los contendientes en una controversia. Por ello, siguen buscándose fórmulas para evitar esta duplicidad o multiplicidad de procedimientos paralelos.

IX. LIS ALIBI PENDENS Y RES IUDICATA

Las figuras de litispendencia y cosa juzgada en el comercio internacional¹⁵ han sido objeto de análisis frecuente por los tribunales, precisamente debido al *forum shopping*. De

¹⁵ Más sobre este tema desde la perspectiva mexicana, en: Rodríguez Jiménez, Sonia. *Conexidad y Litispendencia Internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

Seminario de Derecho Procesal

176

manera simple se puede decir que la litispendencia (*lis alibi pendens*) establece que un tribunal no puede conocer de un caso por existir un tribunal alterno que está conociendo de la misma cuestión, es decir, hay un litigio pendiente de resolverse ante otro tribunal, sobre la misma cuestión que se presenta ahora ante otro tribunal.

Lo mismo sucede con la cosa juzgada (*res iudicata*), por la cual no existe un litigio pendiente de ser resuelto ante otro foro, sino que ya fue resuelto y ha causado estado por una decisión de otro tribunal. Ante la inconformidad de la parte afectada por la resolución de aquel tribunal, ésta inicia un nuevo procedimiento ante otro foro para buscar el beneficio no alcanzado previamente. Esta es la muestra más clara del *forum hopping* (que no *shopping*), sobre el que ya se discutió previamente.

Hasta ahora parece no existir mayor problema, la premisa es contundente, si un tribunal conoce de una controversia, otro tribunal debe de abstenerse de conocer y resolver ese mismo conflicto. Pero existen requisitos de procedencia de estas dos figuras, que complican ese supuesto inicial.

Para que pueda decirse que un tribunal debe de abstenerse de conocer de una controversia por cualquiera de los dos supuestos anteriores, deben cumplirse tres supuestos:

a) Que exista identidad de partes. El reclamante y el reclamado, con ese mismo carácter, deben ser los mismos en ambas controversias.

b) Que la materia de la controversia sea la misma. Es decir, ambos tribunales conocen sobre una investigación por prácticas desleales, el incumplimiento de contrato, la violación del trato justo y equitativo, etc.

c) Que sea la misma causa de acción. Cada tratado establece el procedimiento a seguir ante una eventual controversia, es decir, el mismo tribunal es el que conoce de ambas controversias.

En un escenario en el que existía un solo tribunal nacional o, en su caso, un tribunal internacional especializado en un tipo especial de controversias, era natural que fuera ese mismo tribunal el que conociera de casos de duplicidades, pero con la actual multiplicación de foros alternativos, no es tan fácil.

El ejemplo más claro de la complejidad de esta situación lo aportan los casos presentados ante TLCAN y OMC, pero no son los únicos. Hay casos presentados ante el tribunal del Mercosur y la OMC, entre la OMC y el Tribunal Internacional del Mar, por mencionar sólo algunos.

En algunos casos presentados ante el panel del capítulo XIX del TLCAN y el tribunal de la OMC, no se cumplió con los supuestos de la litispendencia y cosa juzgada antes referidos, por las siguientes razones:

a) Las partes en el TLCAN eran los importadores y los exportadores, combatiendo la resolución de la

Principios procesales en el comercio internacional

177

autoridad investigadora nacional, mientras que en la OMC las partes en la controversia sólo pueden ser los Estados, los que defienden intereses de sus propios nacionales en estos procedimientos.

- b) La materia de la controversia siempre deriva del análisis supuestamente incorrecto que hace la autoridad investigadora nacional conforme a su propio derecho nacional, para determinar la existencia de una práctica desleal de comercio; en tanto que, ante la OMC, la materia de la controversia consiste en determinar la violación de los acuerdos del propio organismo o las circunstancias que, sin violar disposiciones, anulan o menoscaban derechos concedidos a las partes por los mismos acuerdos de la OMC.
- c) La causa de acción es evidentemente distinta, en el TLCAN la controversia la resuelve un panel binacional, en tanto que en la OMC, la controversia la resuelve el Órgano de Solución de Diferencias, previa decisión de los grupos especiales y, en su caso, del Órgano de Apelación.

En el caso del Pez espada,¹⁶ una controversia entre la Unión Europea

¹⁶ Las consultas en la OMC iniciaron en el año 2000; las partes alcanzaron un acuerdo provisional y suspendieron los procedimientos ante ambos tribunales en 2001. Un resumen muy preciso del caso puede encontrarse en *Linton, Suzannah*, Op. Cit., p. 15.

y Chile, dos tribunales conocieron del asunto, el de la OMC y el Tribunal Internacional del Mar. El primero, por violaciones de Chile a disposiciones de acceso a mercados garantizadas por Chile conforme a los acuerdos de la OMC, por impedirle a la Unión Europea capturar el pez espada en aguas territoriales del primero. El Tribunal Internacional del Mar conoció del asunto a solicitud de Chile, por supuestas violaciones de la Unión Europea ante la captura indiscriminada de una especie protegida en el ámbito internacional.

En este caso, tampoco se cumplen las circunstancias previstas para la litispendencia y la cosa juzgada, sino acaso, de lo que *Linton* denomina “*Multiple Institution Engagement (MIE)*”, o “Múltiples Instituciones Involucradas”, por las siguientes razones:

- a) Las partes, aunque las mismas en ambos procedimientos, no tenían su mismo carácter en ambos. Ante la OMC, la Unión Europea era la reclamante y Chile el reclamado, mientras que ante el Tribunal Internacional del Mar, era completamente contrario su papel en el conflicto.
- b) La materia de la controversia ante la OMC consistía en la violación de disposiciones comerciales de acceso a mercados, en tanto que en el Tribunal Internacional del Mar, la materia era la violación de disposiciones internacionales sobre conservación de especies marítimas protegidas.

c) La causa de acción tampoco requiere de mucha explicación en este caso, dos tribunales completamente ajenos entre sí, que resuelven temas distintos, sin vínculo aparente entre ellos (de ahí la denominación de MIE).

Este caso advierte una complejidad mayor que el anterior porque en el anterior, todavía podría pensarse en la posibilidad de que un tribunal cediera su jurisdicción a favor de otro por tratarse de normas comerciales afines, lo que tampoco sería correcto por tratarse de reclamaciones distintas. Pero, en este último caso, sería impensable que cualquiera de los dos tribunales cediera su jurisdicción a favor del otro (por un supuesto *forum non conveniens*) porque ambos tribunales revisan cuestiones distintas: normas comerciales y normas ambientales, la decisión de los dos foros no podría interferir jurídicamente con la del otro.

El problema, sin embargo, se hubiera presentado para los pescadores del pez espada si un tribunal le hubiera dado la razón a la Unión Europea para que continuara pescando, mientras el otro hubiera prohibido su captura en aras de beneficiar a la especie protegida, como lo solicitaba Chile. Si, jurídicamente, ambas decisiones no se tocan, en el terreno de los hechos esta situación no habría tenido una salida fácil para los tribunales.

X. GARANTÍAS PROCESALES

Todos los procedimientos de solución de controversias comerciales internacionales comparten con los procedimientos nacionales la premisa del respeto por los derechos procesales de las partes, derechos variados que van desde el acceso al procedimiento, a presentar escritos, a presentarse en la audiencia oral, a presentar y desahogar pruebas, a tener una revisión completa y objetiva de las mismas, a una decisión fundada y motivada sobre el fondo de la controversia y (esto no en todos los casos) la posibilidad de apelar la decisión.

Los cambios que se dan en los procedimientos internacionales son derivados de la naturaleza misma del mecanismo, pero en ningún caso se busca dejar en estado de indefensión a las partes. Debe tenerse presente que estos mecanismos surgieron como alternativas de los procedimientos nacionales, por lo tanto siguen la misma línea que éstos, pero por obvias razones no pueden ser idénticos a los procedimientos nacionales (al menos no a todos, aunque generalmente son más afines al país o países que lo proponen), por el contrario, se crean con criterios que armonizan, por decirlo así, procedimientos de diversos países en general, para hacer un sistema que pueda ser conocido y operado por los litigantes en igualdad de circunstancias.

Principios procesales en el comercio internacional

179

XI. IN DUBIO MITIUS¹⁷

Este es otro principio procesal de extracto puramente comercial internacional, por el cual se entiende que, si un país debe de adoptar una medida restrictiva del comercio en aras de salvaguardar intereses nacionales más valiosos, debe de, primero, considerar todas las alternativas posibles para afectar lo menos posible los intereses de sus socios comerciales, al tiempo que proteja sus intereses de manera efectiva.

Es común que, ante una situación en la que los países pretenden proteger intereses comerciales, ambientales, de salud pública, entre otros, realicen un cierre total de las fronteras a determinadas mercancías, en perjuicio de uno o varios mercados internacionales. Sin embargo, el cierre total de las fronteras pudiera ser la medida adecuada considerando el daño o amenaza, pero también podría ser una medida desproporcionada, con fines eminentemente proteccionistas.

En situaciones como la anterior, el tribunal deberá de tomar en consideración el daño causado o la amenaza de daño que pretenda causarse, para resolver si, bajo su criterio, el país que adoptó la medida restrictiva no tenía a su alcance medidas alternativas que

¹⁷ Para mayor información sobre este tema, ver: Larouer, Christophe J. In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts, (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22

fueran menos lesivas a los intereses comerciales de su contraparte y que cumplieran al mismo tiempo con salvaguardar sus propios intereses nacionales de manera efectiva.

Esta es la razón de aplicar un principio que a la letra dice textualmente “en caso de duda, aplica la medida menos restrictiva posible”, similar al *in dubio pro reo* que se aplica en materia penal en beneficio de los derechos del acusado del orden criminal.

El Órgano de Apelación de la OMC se ha pronunciado en varios casos sobre este tema, siendo el de Hormonas a la Carne de Bovino, un caso entre Estados Unidos y Canadá como reclamantes, contra las entonces Comunidades Europeas, como demandadas, donde se emitieron precedentes sobre este principio.¹⁸

XII. AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS

En algunos casos seguidos ante tribunales comerciales internacionales se exige el agotamiento previo de los recursos internos nacionales para que el tribunal internacional pueda resolver y su decisión sea conforme a derecho, como en los tribunales que resuelven conflictos en materia de inversiones, como el del CIADI.

Este principio, no obstante lo anterior, es cada vez menos común. Los

¹⁸ Los precedentes del Órgano de Apelación de la OMC sobre este principio, pueden encontrarse con las denominaciones WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, ambos en: www.wto.org/

tribunales internacionales de comercio se crearon para fungir como alternativas reales a los tribunales nacionales y por esta razón es que se han multiplicado exponencialmente. Sería ilógico pensar en el necesario y obligatorio agotamiento de recursos internos como requisito para acudir a tribunales internacionales, porque sería como duplicar la litis en perjuicio de los contendientes.

Lo mismo sucede con la homologación nacional, por la que se requiere del aval de un tribunal nacional respecto de la decisión de un tribunal internacional para que tenga efectos jurídicos válidos en el país en el que ha de ejecutarse la resolución. Dicen los que saben, que la homologación representa para las partes la necesidad de ganar dos veces el caso, una ante instancias internacionales y la otra ante las nacionales. Un claro disuasivo por los altos costos que implica, además del tiempo invertido.

Se entiende, quizá, que en las controversias sobre inversiones sea necesario el agotamiento de recursos internos por la participación del Estado como contraparte del inversionista, quien generalmente es el demandante por acciones del Estado contra sus inversiones. El agotamiento en estos casos es necesario porque el inversionista debe tener los argumentos suficientes para concluir que el Estado ha violado sus intereses y para ello no debe quedar duda de que las instituciones del Estado, dentro de las que se encuentran los propios tribunales, han violentado los derechos inherentes a la inversión privada. Cuando el

sistema nacional deja sin opción al inversionista, éste debe de tener una alternativa en una jurisdicción ajena a la de su contraparte para lograr la imparcialidad y objetividad necesaria. Pero en otras controversias no se dan las mismas condiciones, sin que por ello se convierta en una carga procesal para las partes.

XIII. CONTRASTES ENTRE LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LA INTERNACIONAL

Sin duda, los conflictos comerciales internacionales encuentran en los foros alternativos independientes una salida más satisfactoria para las partes, que el litigio en tribunales nacionales. Nadie se somete al tribunal de su contraparte de manera voluntaria y sin dudas previas sobre su imparcialidad. Pero ambas instancias tienen particularidades muy definidas importantes de ser destacadas, como las siguientes, entre otras:

1. **Jerarquía de fuentes.** Los tribunales nacionales se basan en un sistema de jerarquía de normas bien definido. Los tribunales internacionales carecen de estas fuentes, en el ámbito internacional los tratados tienen la misma jerarquía y esta discusión se limita exclusivamente a las normas de *ius cogens*.
2. **Jurisdicción obligatoria.** En los sistemas jurídicos nacionales existe una jurisdicción obligatoria para la solución de las controversias en

Principios procesales en el comercio internacional

181

las que interviene alguna entidad del Estado, constituida por los tribunales de la federación. Por el lado internacional, se conoce a los arbitrajes por un lado, y a la mediación y demás medios autocompositivos, como justicia alternativa; sin embargo, es necesario precisar que el mecanismo de la OMC (aunque algunos no lo consideren así) no es una instancia alternativa para las partes, sino una instancia obligatoria, debido a que ningún tribunal en el mundo, excepto el OSD, tiene facultades para resolver una controversia derivada del incumplimiento de los acuerdos multilaterales y plurilaterales de la OMC. Que puede entenderse como parte de la justicia alternativa por no ser nacional es cierto, pero al mismo tiempo no porque no es un foro que sule a los tribunales nacionales, sino una instancia con vida propia y una jurisdicción exclusiva, a la par de la que tienen los tribunales estatales.

3. Revocación de decisiones. Los tribunales nacionales, precisamente debido a la jerarquía anterior, tienen facultades para revocar decisiones de otros tribunales nacionales. Los tribunales internacionales carecen de facultades para revocar decisiones de otros tribunales internacionales y, por supuesto, tampoco de tribunales nacionales. Esto se debe a que no hay una estructura jerarquizada en el ámbito internacional, por la que se disponga que algunos

tribunales internacionales estarán por encima de otros arbitrales o semijudiciales, ni viceversa. Esta es una característica exclusiva de los sistemas nacionales.

4. Jurisprudencia. Las decisiones de los tribunales nacionales llegan a ser obligatorias para casos posteriores bajo ciertas circunstancias. Los tribunales internacionales no operan generalmente con la premisa del *stare decisis*, es decir, lo que resuelven sólo obliga al caso específico, no a posteriores casos. En algunos casos, como en la OMC, las decisiones se constituyen en precedentes no obligatorios para casos posteriores, pero sí como referentes importantes que generalmente son citados para respaldar criterios y argumentar. Con estos precedentes se conforma la llamada “jurisprudencia de la OMC”.

5. Centralización de normas. Los sistemas jurídicos nacionales tienen una clara sistematización de sus normas, todo su marco normativo deriva de un proceso definido, en el que participa el poder ejecutivo y el legislativo, con sus variantes dependiendo el sistema presidencia o parlamentario. En el sistema internacional, no existe tal unificación, el derecho internacional deriva del acuerdo entre Estados distintos entre sí para celebrar tratados, un mismo acuerdo para establecer la doctrina y los principios, pero no existe un organismo

central por el que se creen las normas, como sucede en los sistemas nacionales.

XIV. REFLEXIONES FINALES

El procedimiento de solución de controversias en el comercio internacional no nació de manera espontánea por ideas de teóricos internacionalistas, sino como una adaptación fusionada de los mecanismos nacionales. Por lo tanto, aunque las reglas varían en cierto grado, los principios procesales prevalecen y, en algunos casos, se crean nuevos como “*in dubio mitius*”.

Algunos principios como el de transparencia son resultado de la exigencia de la comunidad internacional en los años recientes y hoy forman parte indispensable de cualquier procedimiento en el que intervienen autoridades gubernamentales, con algunas excepciones muy específicas, como la audiencia en etapa de consultas en la OMC. No ha sido así en los arbitrajes comerciales privados, porque los particulares prefieren conservar su discrecionalidad por razones comerciales y a falta de un interés público, la voluntad de los litigantes es y ha sido la que prevalece.

El comercio internacional en general, y la solución de sus controversias en lo particular, es una disciplina que el derecho ha ido moldeando con mayor énfasis desde mediados del siglo pasado. Al día de hoy, son más las controversias comerciales las que se resuelven en el mundo que las de

cualquier otra materia, por tribunales de muy diversa naturaleza, nacionales e internacionales, jurisdiccionales, arbitrales, o incluso *sui generis*.

Las controversias comerciales, no obstante lo anterior, se desarrollan y resuelven sin la intervención del Estado nacional y, al no existir un orden supremo internacional, el cumplimiento de resoluciones queda depositado en la buena fe y la voluntad de los Estados, los que, al incumplirlas, son acreedores de sanciones económicas que pueden traducirse en el pago de montos en dinero o en el cierre temporal de las fronteras a ciertos productos. El Estado no queda fuera de ninguna manera de los procedimientos internacionales, porque la ejecución de estas resoluciones necesariamente cae en el ámbito territorial de alguno de los Estados, y el procedimiento de ejecución no es competencia de los tribunales internacionales, por lo mismo, existe una necesaria comunión entre ambos sistemas, el nacional y el internacional, para que los procedimientos comerciales internacionales sean efectivos. Así ha sido por muchos años ya y siguen siendo procedimientos efectivos.

Esta efectividad en los procedimientos internacionales queda de manifiesto si se toma en cuenta que muchos temas que por su naturaleza no son de competencia de la OMC, se han incorporado recientemente como los temas ambientales, de salud pública, de propiedad intelectual, entre otros.

Un sistema procesal internacional basado en normas claras, que respete los principios procesales acordados por la comunidad internacional, en los

Principios procesales en el comercio internacional

183

que prevalece la buena fe y el cumplimiento efectivo de las resoluciones de los tribunales, es un sistema de mayor impacto mundial que, aunque no pretende sustituir al nacional, se constituye como una alternativa muy efectiva para resolver conflictos económicos, tan recurrentes y a la alza en estos tiempos.

XV. FUENTES CONSULTADAS

Cámara de Comercio Internacional, en México: www.iccmex.mx/

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI): <http://icsid.worldbank.org/>

Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, en: Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de la Comisión de Derecho Internacional, Organización de las Naciones Unidas, 58 Período de Sesiones, mayo-agosto, 2006.

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 287.

Jackson, John H. *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*. Marcial Pons, Madrid, España, 2009.

Larouer, Christophe J. *In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts*, (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22

Linton, Suzannah y Dr. Kebede Tiba, Firew, en: *Article: Symposium: International Judges: The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals*. The University of Chicago, Chicago Journal of International Law, USA, 2009.

Pauwelyn, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, USA, Fifth printing, 2006.

Organización Mundial del Comercio: www.wto.org/

Rodríguez Jiménez, Sonia. *Conexidad y Litispendencia Internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

Yerxa, Rufus y Wilson, Bruce. *Cuestiones clave del sistema de solución de diferencias de la OMC. Los primeros diez años*. Secretaría de la OMC, Ginebra, Suiza, 2007.

El Código Teodosiano

Sara Bialostosky Barshavsky*

Sumario: I.- Introducción, II.- Los precursores de la Codificación, III.- Esbozo biográfico de Teodosio II. IV.- Hacia la preparación de Código Teodosiano. Su contenido. V.- Importancia histórico-jurídica. VI.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

Corría el mes de Abril de 1985 cuando asistiendo a un Congreso Internacional de Derecho Romano en Buenos Aires, tuve la oportunidad de no sólo conocer al ilustre romanista Agustín Díaz Bailet, profesor emérito de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, sino de conversar con él mientras tomábamos un “mate”, nuestra plática se orientó a hacer un análisis de la situación de la enseñanza de nuestra mutua disciplina en la Facultad de Derecho de la UNAM, a la importancia que tenía el conocimiento y aplicación de las fuentes tanto para los investigadores y maestros así como para los alumnos. Al respecto, me comentó que en 1964, había él, junto con otros dos catedráticos, realizado la primera traducción en español del Código Teodosiano, tomando como base la traducción en alemán que en 1905 hiciera Teodor Mommsen, con el aparato crítico de Konveo Krueger, y a continuación añadió, que si estaba yo interesada en revisarlo y tomar algunas notas, podría yo acudir a la Biblioteca de la Facultad de Derecho, sede del mencionado Congreso y pedir que se me facilitara el ejemplar impreso para que lo fotocopiara.

* Miembro Propietario del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, Profesora por oposición nivel “C” de las materias de Derecho Romano I y II, mismas que impartió por más de 40 años; recendaria, entre otras distinciones, del Diploma y Medalla IUS de la Facultad de Derecho (fue la primera mujer en recibirlos) y de la Presea Sor Juana Inés de la Cruz en la segunda entrega de éste premio, Doctora Honoris Causa por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Miembro del Jurado para el Premio Universidad Nacional.

Seminario de Derecho Romano

186

Lamentablemente sólo pude obtener las primeras cuatro hojas, debido a que se descompuso la fotocopidora y me fue imposible obtener el resto, pues esa misma noche regresé a México. Las citadas cuatro hojas que tengo en mi poder se refieren al Índice– Sumario, notas sobre la traducción y algunos lineamientos sobre el mismo Código.

Esos primeros datos atrajeron mi interés y con el correr del tiempo, con ciertos lapsos de interrupción, he seguido investigando, añadiendo nueva bibliografía y ahora he considerado que es el momento de escribir algunas reflexiones a las que me he dedicado estos dos últimos años.

El Código Teodosiano, publicado el 15 de Febrero del año 438 y promulgado por Valentiniano III con fuerza obligatoria para el Imperio de Occidente; es mencionado casi siempre por la mayor parte de los romanistas, autores y profesores que imparten la materia de Derecho Romano, señalando su antes y su después, sin darle, salvo contadas excepciones, la importancia que tuvo como Derecho Positivo en su época y que tiene actualmente, no sólo como fuente, sino también como documento histórico-jurídico invaluable, tanto para el Derecho Romano Privado como para el Público al que dedica por cierto, la mayor parte de sus libros, Títulos y Constituciones.

Sirva la presente comunicación como un primer paso para adentrarse en esa joya que por razones no siempre jurídicas sino de otra índole, como podrá constatar el lector al adentrarse en el contenido, del menciona-

do Código que se le ha dejado en el olvido y en ocasiones vituperado y se dediquen ustedes a hacer su propia investigación.

II. LOS PRECURSORES DE LA CODIFICACIÓN

Después de más de mil años de evolución, el Derecho romano se encontraba en un momento crítico respecto a su contenido y a su forma de expresión.

La primitiva Ley de las XII Tablas, ya para entonces obsoleta y en parte olvidada; fue superada como sabemos por las *leges*, los *plebiscita*, por el *edictum perpetuum* y por los comentarios de un gran número de juristas. Pero, ninguna de estas fuentes ni siquiera todas ellas en conjunto, contenían el cuerpo completo del Derecho romano.

Poner en orden todo el caos que existía y sistematizar el Derecho, se convirtió en una necesidad.

Cicerón soñaba con un sistema universal del Derecho¹. César² más práctico, planeó un esquema comprensivo de codificación que en caso de haber vivido más, pudo posiblemente anticiparse a Justiniano y quién sabe si no a Napoleón³. El rescripto de Adriano

¹ Así lo establece en la Rep. *Non exit alia ley Romae, alia Athenis, alia nune, et alia posthae, sed apud omnes gentes, et omni tempore, una lex sempiterna et inmortalis, contenebet.*

² Ver Plutarco. Life of Cesar.

³ Así Lobenger Ch. *The evolution Of Roman Law*. From before Twelve Tables to the C.I.C. Library of Congress. Second Printing.

El Código Teodosiano

187

(129 d.C.) que ordenó la consolidación de los *edicta*, bien puede considerarse como un paso importante hacia la codificación.

Si bien en ningún período de la evolución del Derecho romano es permisible poner “murallas chinas” entre el antes y el después, entre el período arcaico, el preclásico, clásico y posclásico, considero si que siendo nuestra disciplina precedida por el método histórico⁴ a partir de sus fuentes; hemos creído necesario en este trabajo, referirnos a la innovación que hiciera Dioclesiano en el campo del Derecho público dividiendo el Imperio en la *pars Orientis* y *pars Occidentis*, dos Césares y dos Augustos, fortaleciendo al ejército a las órdenes del mismo emperador. Desde el punto de vista económico su sistema absolutista se plasmó en el célebre *edictum Diocletiani de pretiis serum venalium*⁵ tratando de controlar la vida económica del imperio, dictando la pena de muerte a sus transgresores, promoviendo persecuciones contra los cristianos, etc., hechos todos estos que muestran la visión absolutista de una monarquía orientalizada que tenía el poder imperial, en la cual, la metodología de los juristas romanos, basada en la casuística, el *ius*, la elaboración jurídica

racional y en último término la retórica como afirma Kasser⁶ no tenían cabida.

Por lo tanto la conocida frase “*quod principii placint legem habet vigorem*” marca sin lugar a duda que la fuente principal del derecho, por no decir la única, serán las constituciones, las *leges*. Época en que según Guarino⁷ aumenta la connotación de “vulgarismo y *diritto privato postclassico*”⁸.

Como sabemos el poder normativo de los emperadores, las *leges*, adquirió una importancia preponderante en el desarrollo del Derecho, las que recibieron el nombre genérico de *constitutio principis*, Gayo 1.5 señala “*quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit*”. Pomponio y más tarde Ulpiano, eso señalan que la *constitutio principis est lex*. Los juristas se ahogaban en el anonimato de la corte imperial. El silencio de la jurisprudencia en esta época llamada posclásica no es casual, parecería que para estos juristas las obras de sus predecesores eran difíciles de entender y por lo tanto se dedicaban a epitomar y abreviar las obras de los clásicos.

Dominan en esta época dos colecciones de *leges*, los Códigos⁹ Gregoriano y Hermogeniano realizados por particulares en la época de Dioclesia-

⁴ Bialostosky Sara, artículo, “Historia Dogmática: Dicotomía que ha resuelto la romanística contemporánea”. *Revista de la Facultad de Derecho* No. 243-2055.

⁵ Storia 318. Este edicto según Arangio Ruiz, significó el escándalo más colosal que jamás haya emitido una autoridad pública.

⁶ Kasser. Zur Methode.

⁷ Guarino. Labeo, 61966 p.99ss.

⁸ De Francisci ubica este período de la historia jurídica como derecho vulgar. Para Pugliese el derecho vulgar es una abstracción no una categoría dogmática, sino una categoría histórica. En Milano. 1956, p. 117 ss.

⁹ Llamados códigos por la forma de libro en que venían transmitidos, no como conjunto general de normas de Derecho.

Seminario de Derecho Romano

188

no. Considero importante señalar que si bien la mayor parte de los autores le restan el carácter oficial a los mencionados Códigos; actualmente hay diversidad de opiniones al respecto, cuya bibliografía me permito señalar¹⁰.

El primero de estos Códigos, el Gregoriano fue redactado en Oriente, quizá en el 292. Esta colección fue destinada especialmente para la práctica forense y contenía solamente rescriptos, siendo el más antiguo el de Septimo Severo del 196 divididos en 15 libros y títulos, siguiendo el orden de los *libri digestorum* de la jurisprudencia clásica que como sabemos es el mismo del Edicto del pretor.

El segundo de ellos, se publicó en el 295, siguiendo el mismo método del anterior. Recogió todos los rescriptos de Dioclesiano entre 293 y 294. Posteriormente se les fueron añadiendo las Constituciones de los últimos años de

¹⁰ Según la opinión de Mommsen, ambos autores eran maestros de Berito, considera lo contrario, debido a que ambos autores formaban parte de la cancillería imperial. Frezza. Corso 506 nt. 10. Confronta las críticas anteriores. Honores, S.D.H. I, 28 (1962) considera que el material del C. Gregoriano procede de una colección oficial de Constituciones y por tanto nacido en la cancillería oficial Liébs. *Hermogenians iuris epitomae iurisprudens im.* Diocletians (1964), sugiere que los autores eran funcionarios imperiales en la administración central, quienes tenían a su cargo la elaboración de las *leges*. Idea que admite De Marine Avonzo. Crit. Test. 73-71. Considero importante señalar que Berger en su famoso *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. 1968, señala que Justiniano les otorga el carácter público al referirse a ellos como fuentes de su Código.

Dioclesiano (295-304) de Constantino y Licinio (314-323) de Valentiniano y Valente (364-365).

Los Códigos Gregoriano y Hermogeniano fueron reconstruidos a través de un epítome, contenido en la *Lex Romana Wisigotorum*, la *Lex Burgundiorum*, *Fragmenta Vaticana*, *Collatio*. Ambas colecciones adquirieron mucho renombre a partir de que Justiniano las reconociera como fuentes de su propio Código¹¹.

III. ESBOZO BIOGRÁFICO DE TEODOSIO II

Flavio Teodosio II, nieto de Teodosio I el Grande e hijo de Arcadio, nació el año de 401¹² y fue nombrado emperador de Oriente, el 1° de mayo del 408. Estuvo al frente del Imperio hasta el 450, año en que murió, dos días después de haberse caído de un caballo.

Acorde al testimonio de algunos historiadores de su época, su padre en su testamento nombró al rey persa Arcadio Yesdigerges, como su tutor, debido a que Teodosio sólo conta-

¹¹ Así Berger A. en su multicitada *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Voces. C. G. y C. H.

¹² Sobre la fecha de su nacimiento, las fuentes no concuerdan. Según A. Wenger. *Revue étud bysant*, nació en el año 51 y fue nombrado Augusto en el 54. Kruguer. *Bysant* 4. *Quand est né l'empereur Theodose* fija su nacimiento el 1° de abril del año 401. Esta fecha es también la señalada en el *Novissimo Digesto Italiano* y es la que hemos aceptado en este trabajo.

El Código Teodosiano

189

ba con 8 años y temía le quitasen el trono.

El pupilo fue educado en las letras y en las artes. Se le dio el sobrenombre de “el calígrafo” por el arte que tenía de copiar los libros sagrados y la poesía.

Los historiadores de la Iglesia¹³, resaltaban el poco interés que tenía por los asuntos de Estado, su profunda fe y la frecuencia de su ayuno así como de la costumbre de cantar los salmos, en compañía de su hermana Pulqueria¹⁴ dos años mayor que él, quien fuera proclamada Augusta a la edad de 15 años, el 4 de julio de 414, y regente de su hermano; motivo por el cual despidió a Antíoco y a Antemio; *praetores prefectos*, que habían fungido como regentes de él. A partir de entonces, Pulqueria se hizo cargo del palacio imperial al que dio un carácter monástico. Los mencionados rezos y cánticos se oían día y noche.

La influencia que tuvo sobre Teodosio, se reflejaba en su modo de hablar, vestir, andar, montar a caballo y sobre todo en su conversión como un piadoso cristiano y su animadversión hacia paganos y judíos.

Tal tradición historiográfica, apoyada por algunos historiadores modernos, tiene probablemente explicación, no tanto en una profunda y completa valoración de la obra de Teodosio, sino en la circunstancia de haber sido nombrado emperador a tan temprana edad, tenía tan solo 7 años, por

lo que fue necesario, como ya señalamos substituirlo como dirigente del poder, primero por el prefecto del pretorio Antemio¹⁵ y posteriormente por su famosa hermana Pulqueria, proclamada Augusta en el año 414. Quien durante su período como tal, adquirió enorme poder político; a pesar de su sexo era tratada con la misma deferencia que los hombres en el poder. Eventos importantes ocurrieron durante su período y el de Teodosio como Emperador. Sobre todo su poder se reflejaba en cuestiones religiosas¹⁶, era conocida su actitud y el crecimiento de su postura antisemita, misma que influyó en Teodosio. Ambos iniciaron leyes en contra de la religión y liturgia judías, en la Ciudad de Constantinopla.

Cabe señalar que antes del período Teodosio-Pulqueria, las sinagogas eran consideradas propiedad privada y eran protegidas por el gobierno imperial; a partir del mencionado dúo se publicó una ley prohibiendo su construcción y autorizando la destrucción de las existentes.

El 7 de junio de 421, Teodosio se casó con Athenais hija de un filósofo y profesor griego que enseñaba Retórica. Debido a que su nombre era pagano al contraer matrimonio tomó el nombre cristiano de Eudoxia, quien educada en Atenas era especialista en literatura y artes.

¹⁵ R. E. Voz Antemius. 1, 2 col. 2365.

¹⁶ Así Kenneth Holum en *Theodosian, Empresses women and imperial Dominion in Late Antiquity*. Univ. of California, Press.

¹³ Sozomen en su *Ecclesiastic History*.

¹⁴ R. E. Ensslin. Voce. Pulcheria 232, Col. 1954-63.

La rivalidad entre Pulqueria y Eudoxia se hizo presente, debido según algunos autores¹⁷ por el apoyo que Eudoxia daba abiertamente al Nestorianismo¹⁸ doctrina y prácticas teológicas que Pulqueria rechazaba abiertamente.

Los historiadores modernos, no conformes con la simpleza anecdótica de los escritores de la Corte y la visión unilateral de algunos eclesiásticos, han podido modificar el juicio tan negativo que se hacía de Teodosio II, considerando tanto su obra legislativa, debido a que al llegar a la mayoría de edad tuvo la sensibilidad suficiente para resolver los problemas del Derecho y de la Ciencia Jurídica, así como de la enseñanza de la misma.

Teodosio II tomó las riendas del Imperio; algunas de las enseñanzas de su hermana fueron olvidadas. Se volvió afable, cariñoso y parecería ser que su preocupación se inclinaba más a la especulación que a la acción, y así sus riquezas de espíritu se dirigieron a promover el año de 425 la organización de la Escuela de Cons-

tantinopla¹⁹ concebida como centro y monopolio estatal de la enseñanza de todas las disciplinas, excepto la teología. Los maestros eran todos titulares, calificados además como funcionarios públicos, reconocidos por su conocimiento en la doctrina, la elocuencia y el Derecho. A los alumnos se les exigía concentración y consagración.

Teodosio tuvo la concepción exacta de cuánto significaba en la historia humana el Derecho. Consecuentemente propuso un pensamiento científico superior: ordenar un sistema de Derecho: el Código Teodosiano, como él mismo propuso se llamara.

Por lo que respecta a sus propias prácticas antisemitas, bien pudieron haberse inseminado en su personalidad, por la reconocida influencia de Pulqueria, cuya especial aversión contra la cultura y el pueblo judío, era manifiesta²⁰

Por lo que respecta a sus propias prácticas antisemitas, bien pudieron haberse inseminado en su personalidad, por la reconocida influencia de Pulqueria, cuya especial aversión

¹⁷ Kenneth Holum. Al respecto es importante señalar que los conflictos de la Iglesia estaban representados por los 2 obispos Nestorio en Constantinopla que por cierto era de origen judío y Cyrilo en Alejandría. Respectivamente al Concilio de Efeso que representan el Nestorianismo y el Monophysismo. Ver Ledesma Jesús... " *El Cristianismo y el Derecho Romano*. Edit. Porrúa. Universidad Iberoamericana p. 135 y sgts.

¹⁸ Doctrina que niega la unidad de las dos naturalezas de Cristo. Misma que condenó el Concilio de Efeso en 431.

¹⁹ C. Th. 14, 9, 3 y 6, 21,1 del año 425. Sobre la fundación y características de la Escuela de Constantinopla, ver L. Bréhier. *Notes sur l'histoire de l'enseignement supérieur à Constantinople*, Byzantine, 3, 1926 p. 73 y sgts.

²⁰ A la muerte del emperador Teodosio II y con la llegada al trono de su hermana Pulqueria, quien posteriormente se casó con el Senador Marciano, se convocó a otro Concilio, ahora en Calcedonia (451) en cuya 5ª sesión, entre otras cosas, se condenó la doctrina de Nestorio y se declaró la doble naturaleza, divina y humana de Cristo.

El Código Teodosiano

191

contra la cultura y el pueblo judío, era manifiesta²¹.

Permanece a partir de la presente investigación, como un planteamiento hipotético, el hecho de que Pulqueria efectivamente haya sido la responsable del antisemitismo de Teodosio II y sus sucesores.

IV. HACIA LA PREPARACIÓN DEL CÓDIGO TEODOSIANO. SU CONTENIDO

A partir de las compilaciones de *leges* contenidas en los multicitados Códigos Gregoriano y Hermogeniano, Teodosio II, quien gobernaba el Imperio Romano de Oriente, ordenó en el año 429 a.C., reunir y clasificar una compilación de constituciones imperiales, es decir *leges*, a partir de Constantino en adelante; estuvieran o no vigentes, incluyendo las suyas, ordenándolas en Libros, Títulos, Constituciones y en su caso, Fragmentos,²² así como la inclusión de una recopilación

²¹ A la muerte del emperador Teodosio II y con la llegada al trono de su hermana Pulqueria, quien posteriormente se casó con el Senador Marciano, se convocó a otro Concilio, ahora en Calcedonia (451) en cuya 5ª sesión, entre otras cosas, se condenó la doctrina de Nestorio y se declaró la doble naturaleza, divina y humana de Cristo.

²² El Código Teodosiano debe citarse de la siguiente manera:

La primera cifra, en número romano, indica el libro; la siguiente en número arábigo que indica el título, la tercera la constitución y en su caso, el número siguiente, indica el fragmento. Ejemplo: C. Th. I, 1, 6,5.

ción de las respuestas de los jurisconsultos, es decir, los *iura*.

Para tal efecto nombró una comisión integrada por ocho juristas, encabezado por Antíoco, que hasta entonces fungía como *Quaestor sacrii palatii*²³.

Dicha comisión, por varios motivos o probablemente, porque el proyecto era monumental o por la poca idoneidad de la misma, no pudo cumplir con su objetivo²⁴.

De esa manera, el Código Teodosiano quedó conformado con las constituciones vigentes, recopiladas en 16 libros, subordinadas en títulos, ordenadas en base al tradicional plan del Edicto del pretor, incluyendo los ya mencionados rescriptos (*iura*).

El Código Teodosiano, se publicó en Oriente, el 15 de febrero de 438 y fue comunicado al *praefectus pretorio*²⁵ de Occidente, donde reinaba Valentiniano III.

²³ Durante el período bizantino eran los funcionarios civiles de más alto rango, se dedicaban principalmente a asesorar a los empleados en las áreas jurídicas que les correspondían. Se les seleccionaba entre las personas que se consideraban experto en la técnica y práctica jurídica.

²⁴ Frezza, considera que por su falta de preparación. Ver Corso 507. Posición contraria expresa de Marini Avonzo. Crit. Test. 94. Al respecto ver Archi. Teodosio II e la sua codificación. Nápoles, 1976. Considerado el mejor biógrafo de Teodosio II.

²⁵ Jefe de la unidad militar de la residencia imperial. Servían como guardias personales del emperador. Los prefectos adquirieron mucha influencia política debido a que siempre estaban en contacto personal con los emperadores. Se les asignaban

Seminario de Derecho Romano

192

A partir de entonces, el Código Teodosiano tuvo carácter oficial y entró en vigor el 1º de Enero de 439 en ambas partes del Imperio, lo que significó que los textos de los Siglos IV y V solo podían ser alegados en la forma dada por el propio Código²⁶. Cabe señalar que la misma necesidad de sistematización que presentaban las *leges* en la época posclásica se sentía también en los *iura*.

La Ley de Citas de Valentiniano III de 426, fue otro eslabón importantísimo en la evolución compilatoria del Derecho Romano, misma que se incluyó bajo la autorización de Teodosio II, en su propio Código, como ya hemos señalado.

Ante la decadencia de la actividad jurisprudencial, los emperadores mencionados, mediante una Constitución (I.4,3) del 9 de Noviembre de 426, diri-

funciones administrativas y judiciales y sobre todo criminales, a partir del Siglo III. Algunos juristas notables como Papiniano y Ulpiano fueron en su época *praefectos pretores*. Se consideró a los *P.P.* como el rango más alto dentro de los funcionarios y eran los asesores de los emperadores en materia civil, militar y penal.

²⁶ C. Th. I.1.6.1. "... y para que esté ceñido por la brevedad y luzca con claridad, conferimos a los que han de emprender ésta obra, facultad de quitar las palabras superfluas, de agregar las necesarias, de cambiar las ambiguas y de enmendar las impropias, de modo que sobresalga cada constitución, esclarecida de éstos modos. Dada el décimo tercer día anterior a las calendas de enero en Constantinopla bajo el XV consulado de Nuestro Señor Teodosio Augusto y el IV de Nuestro Señor Valentiniano Augusto. (20 de Agosto de 435).

gida al Senado de la Ciudad de Roma, fijaron el valor de la *iura* y el uso de las obras de los juristas clásicos de los siglos II y III en la que se establece que:

... los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo fueran confirmados, de tal modo que la autoridad que acompaña a Paulo, Ulpiano y a los otros, acompañe a Gayo y se reciten las lecturas de toda la obra de éste.

Consideramos [continúa la citada Constitución] que también debe ser confirmada la doctrina de aquellos cuyos tratados y sentencias, todos los ya citados, mezclaron en sus obras como las de Scaevola, la de Sabino, Juliano y Marcelo y de todos aquellos a quienes ellos citaron, siempre que sus libros por causa de los incierto, de su antigüedad, sean confirmados por la confrontación de los Códigos. Pero cuando se citen sentencias diferentes, prevalezcan el número de autores; si el número fuere igual, predomine la autoridad de aquel grupo en que se encuentre Papiniano, varón de excelente ingenio, quien además prevalece sobre cada uno en particular y cede ante dos.

Preceptuamos también, como hace ya tiempo se estableció, que sean invalidadas las notas de Paulo y Ulpiano opuestas a las obras de Papiniano. Más cuando se citen sentencias pares de aquellas cuya autoridad se estima par, la moderación del que juzga elija a quien se debe seguir.

Preceptuamos también que tengan siempre validez las Sentencias de Paulo...

El Código Teodosiano

193

Dada el séptimo día anterior a los *idus* de noviembre, en Ravena bajo en XII Consulado de Teodosio y el II de Valentiniano, Augustos, Nuestros Señores [7 de Noviembre de 426]

Me permito reiterar, como seguro es del conocimiento de nuestros lectores, que Gayo en vida no gozó del *ius respondendi*, mismo que adquirió en la mencionada Ley de Citas, reconocida como ya se ha señalado, como el Tribunal de los Muertos, que por cierto, dio vida a “*Gaius Noster*” a tal grado que Justiniano lo utilizó como pauta principal para sus Instituciones.

Debemos señalar que las prerrogativas que adquirieron los juristas señalados (precisamente el *ius respondendi*) eran las únicas que podían tenerse en cuenta en los litigios, tanto por las partes, como por los jueces; quienes podían fundar sus sentencias basadas en el orden de prelación que ya mencionamos.

Cada cita debía ser confirmada por medio de la exhibición original correspondiente, requisito que, dadas las obvias dificultades que presentaba, debió tener poca vigencia en la práctica.

CONTENIDO

El contenido del Código Teodosiano es el siguiente:

El libro I se ocupa de las fuentes y de los funcionarios imperiales, los libros II al IV del derecho privado siguiendo el orden del edicto perpetuo, los libros V al VIII de diversas

materias de derecho privado y público, el libro IX de Derecho Penal; los libros X y XI trataban de la Hacienda, tributos y *munera* municipales; los libros XII al XV legislan sobre la ciudadanía y las corporaciones; el libro XVI y último al derecho canónico en formación.

V. IMPORTANCIA HISTÓRICO-JURÍDICA

Todo sistema jurídico, tiene desde su génesis, una base económica, política y religiosa, mismas que van cambiando y obedecen principalmente a las necesidades de la comunidad.

Procesos de laicización y secularización, quien lo duda, le dan su impronta a todo sistema jurídico.

Por lo que respecta al Derecho Romano, por una u otra razón, como lo señalé al iniciar la presente investigación, se ha relegado el estudio del Código Teodosiano, el que sin llegar a duda puede considerarse como el inicio de una compilación de *leges* de los primeros emperadores cristianos; cuyo estudio por cierto, no puede circunscribirse solo al análisis de las constituciones en él incluidas. El Código Teodosiano tiene implícita en su estructura como ley vigente, la doctrina de los clásicos a través de la mencionada Ley de Citas. De los fragmentos que componen el Digesto, casi las dos terceras partes provienen de los jurisconsultos en ella señalados. Así mismo, le dio fuerza al *ius respondendi* y a la doctrina de Scaevola, a la de Sabino, a la de Juliano y Marcelo.

Según Arangio Ruiz²⁷ hay una analogía notable entre la constitución de Teodosio y Valentiniano C. Th. I. 4,3 y el pasaje de Gayo Inst. 1,7 éste hecho revela por parte de la comisión compiladora del C. Th. una manifestación concreta y nueva de la tarea de búsqueda y depuración de los escritos que Teodosio había ordenado en la constitución de 429 y en éste caso de las Instituta de Gayo.

Muchos fenómenos jurídicos que pueden pasar desapercibidos, o no los comprendemos que se dan en el derecho posclásico, como el *in dubitum pro reo* o el *favor debitoris*, etc. Pueden tener su origen en esa influencia de la filosofía cristiana, que sirvieron de precedentes a la legislación justiniana.

El Código Teodosiano introducido en Occidente en la, época de las invasiones germánicas, ejerció con los dos códigos anteriores, las novelas post teodosianas, una gran influencia directa e indirecta a la vez sobre la legislación bárbara. La Ley romana de los visigodos (*Lex romanae visigothorum*) denominada también Breviario de Alarico, es una abreviación del Código Teodosiano, mismo que se convirtió en la fuente principal del Derecho Romano en Occidente, hasta que fue abrogado por el Código de Justiniano que se promulgó en Occidente mucho más tarde, hacia el siglo XIII, cuya puerta de entrada fue sin duda el Código Teodosiano.

El estudio de otras fuentes jurídicas a partir del medioevo puede ayudarnos a comprender la importancia del Derecho Público Romano, al que Teodosio dedica once de los últimos libros de su propio código.

No puedo dar fin a ésta investigación sin recalcar que la tendencia individualista de que se acusa al Derecho Romano dio un viraje muy amplio “socializándose” con la aparición del *defensor civitatis*” instituido en el C. Th. I. 29,5 en el cual se le da al citado funcionario el cometido de proteger al pueblo. Por disposición del 27 de abril de 364 los emperadores Valentiniano y Valente dispusieron que dicho funcionario se encargara, entre otras cosas de proteger a lo pobres²⁸.

El Código Teodosiano representó no solo el sistema vigente de fórmulas jurídicas, presenta además manifestaciones trascendentes de la vida de una época. Por lo tanto es válido considerarlo en el ámbito de los siglos IV y V, siglos de oposición, síntesis y definición, resultado de un proceso complejo, tanto como una fuente y un documento histórico invaluable.

Sin embargo los estudios del Código Teodosiano, a pesar de ser citado por casi todos los romanistas, son bien escasos. La crítica histórica juzga a Teodosio II según el principio interpretativo del cesaropapismo.

No podemos soslayar que el Código Teodosiano debe entenderse y estudiarse como una fuente para del Dere-

²⁷ Arangio Ruiz, V. *Storia del Diritto Romano*. Cap. XIV P. 338. Ed. Jovene. Napoli. 1937.

²⁸ Ledesma Uribe, José de Jesús. *El cristianismo en el Derecho Romano*. Porrúa. México. 2007.

El Código Teodosiano

195

cho Romano público y privado y también para el Derecho Contemporáneo.

Si alguno de los lectores de este *excursus* decidiera profundizar o continuar con la temática de ésta investigación, los *desiderata* de la autora se verán más que satisfechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arangio Ruíz, Vincenzo. *Storia del Diritto Romano*. Ed. Jovene. Nápoles. 1937

Archi, Giangualberto. *Teodosio II e la sua codificazione*. Nápoles. 1976

Berger, Adolph. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. USA

Biondi, Biondo. *Il Diritto romano cristiano*. Milán. 1952

Bréhier. *Notes sur l'histoire de l'enseignement supérieur à Constantinople, Byzantine*. 1926

Francisci, Pietro de. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*. Milán. 1956

Gaudemet, J. *L'eclipse dans l'empire romain*. París. 1958

Hollum, Kenneth. *Theodosian Empresses. Women and Imperial Dominion in Late Antiquity*. Berkeley. 1982

Ledesma Uribe, José de Jesús. *El cristianismo en el Derecho Romano*. Porrúa. México. 2007

Lobengier, Chistopher. *The evolution of the Roman law*. Colorado. 1987

Martino, Francesco de. *Storia della Costituzione romana*. Vol V. Nápoles. 1967

Volterra, Edoardo. *Intorno alla formazione del código teodosiano*. B.I.D.R.1980

Novissimo Digesto Italiano. UTET. 1955. Torino. Italia

R.E. Pauly-Wissowa. (Se encuentra en el Instituto de Investigaciones Filológicas). Voces Antemius y Pulcheria.

Bialostosky Barshavsky, Sara. "Historia o Dogmatica: dicotomía que ha resuelto la romanística contemporánea". Revista de la Facultad de Derecho. No. 243. 2005

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Weimar. (En la hemeroteca de la Facultad de Derecho).

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales

Lilia García Morales*

Sumario: I. Introducción II. Concepto III. Objetivo y Características IV. Diálogo Social. V. La Negociación Colectiva en los Contratos de Trabajo VI. Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de Contratación Colectiva VII. Consideraciones Finales VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

México enfrenta enormes retos y nuevos y difíciles desafíos ante fenómenos mundiales que están afectando principalmente a nuestra economía nacional, tales como la globalización que implica un mercado de libre comercio, frente a un sistema neoliberal que están provocando en nuestra sociedad graves problemas económicos y sociales que afectan a las fuentes de empleo y consecuentemente a los trabajadores; pues estos fenómenos económico-políticos han provocado: inflación, desempleo, bajos salarios, polivalencia, contratación atípica y en general nuevas formas de organización del trabajo frente a un sistema desregularizador, es decir, existe una realidad laboral flexibilizadora de las condiciones de trabajo que implican la anulación y el deterioro de los principios del Derecho del Trabajo en detrimento de la vida y de la dignidad de la clase trabajadora. Ello aunado a lo anacrónica y desfasada ley laboral de 1970 que actualmente nos rige.

Contra el panorama de explotación que ha vivido la clase trabajadora a lo largo de la historia y de la lucha constante por el reconocimiento de los derechos

* Licenciada en Derecho egresada de la Facultad de Derecho de la UNAM. Asesora del Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor Definitivo por oposición en Derecho Individual del Trabajo por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra en Derecho por el Instituto de Posgrado en Derecho Laboral.

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

198

fundamentales como son: la limitación de una jornada laboral, el pago de un salario justo y remunerador, el derecho a disfrutar de descansos, entre otras condiciones laborales y ante la fijación unilateral de éstos por el patrón en perjuicio del trabajador; éste ha tenido la necesidad de organizarse para luchar por el reconocimiento jurídico de sus derechos. Y así derivada de una condición innata del hombre de asociarse, experimenta que la “*unión hace la fuerza*” y se agrupa formando en un principio coaliciones, asociaciones profesionales y posteriormente sindicatos para contrarrestar esa fijación unilateral y desventajosa de condiciones laborales por parte del patrón.

Es así como surge el Derecho Colectivo del Trabajo en donde encontramos una triangulación entre las principales instituciones esto es el sindicato, al Contrato Colectivo de Trabajo y la Huelga, cuya existencia no se concibe el uno sin el otro, de ahí que, algunos juristas patronales le llaman “*El triángulo diabólico*” por el impacto de estas figuras en las fuentes de trabajo.

La lucha de la clase trabajadora por defender sus intereses comunes y lograr de *iure* mejores condiciones de trabajo y la actitud patronal de preservar sus intereses económicos, han generado múltiples conflictos de ahí, la importancia que reviste la figura de la “*Negociación Colectiva*” figura *sine qua non* para la solución de los conflictos de trabajo que día con día se viven en las relaciones laborales.

La negociación colectiva juega un papel relevante no solo en el ámbito individual sino principalmente en el

Derecho Colectivo en donde se fijan, se pactan o ajustan las condiciones de trabajo dando solución a dichos conflictos.

Desafortunadamente la “*Negociación Colectiva*” es una figura que no cuenta con una reglamentación específica dentro de nuestro sistema jurídico que permita resolver de manera justa y equilibrada los grandes o pequeños conflictos laborales a través de técnicas o procedimientos previamente establecidos.

II. CONCEPTO

El término *Negociación Colectiva* indica un proceso que permite que las condiciones de trabajo y de empleo se fijen de común acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. En el mundo del empleo, la Negociación Colectiva brinda un medio para defender los intereses de los trabajadores y para mejorar las condiciones del nivel de vida del hombre que trabaja.

El Diccionario Jurídico Mexicano concibe a la Negociación Colectiva como “el conjunto de acuerdos de carácter extrajudicial que concertan los representantes de los factores de la producción, trabajo y capital, respecto de conflictos internos de organización y administración que surgen en las relaciones laborales de las empresas o negociaciones, discusiones relacionadas con asuntos de disciplina interna, distribución de labores, cumplimiento y observación de los contratos de trabajo, que llevan a cabo comisiones integradas con los

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

199

representantes de los trabajadores y de los patronos. Pláticas en las que se convoca tanto a sindicatos como a empresarios para encontrar soluciones a problemas de trabajo”¹

Desde los orígenes del Derecho del Trabajo los trabajadores han buscado instrumentos que puedan contrarrestar la fuerza del patrón y así es como se manifiesta la necesidad de utilizar su fuerza organizada en grupo, de asociarse y dialogar para obtener el respeto y el incremento de sus condiciones laborales y el poder tener una vida digna.

La Negociación Colectiva también llamada convención colectiva de trabajo que es una de las instituciones más complejas en el Derecho Laboral, que surge a principios del siglo XX ya que, se convirtió en el fenómeno que posibilitó a los sindicatos (asociación de trabajadores) para la fijación, conservación y revisión de las condiciones de trabajo. Recordemos que antes de la Negociación Colectiva era el empresario quien fijaba unilateralmente las condiciones en que los servicios deberían ser prestados. Nace en un proceso de composición de intereses que incluye todo tipo de discusiones sobre políticas laborales relacionadas con ciertos sectores de trabajadores.

Es a partir del reconocimiento del derecho a los trabajadores de formar sindicatos como nace la figura de la Negociación Colectiva que se traduce

en los convenios, pactos o acuerdos que celebran las organizaciones sindicales de trabajadores y los empresarios para fijar las condiciones de trabajo en una o varias empresas o establecimientos.

Cabe señalar, que la Organización Internacional del Trabajo es el organismo que más empeño ha puesto para ofrecer un concepto de negociación colectiva ajustado a la realidad jurídica actual y así la define como el conjunto de acuerdos a los que puedan llegar empleadores individuales o representantes de organismos patronales con representantes sindicales, con la finalidad de establecer un convenio escrito; es, en suma la colaboración de los dos sectores del fenómeno productivo: el capital y el trabajo.

III OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS

La expresión Negociación Colectiva comprende todos los acuerdos que conciertan los representantes de los factores de la producción, es decir tiene lugar entre un empleador, un grupo de empleados o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por la otra, con el fin de:

- Iniciar una contratación colectiva
- Revisar un convenio vigente
- Modificar un convenio
- Fijar las condiciones de trabajo y empleo
- Exigir ciertas prestaciones económicas

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. L-O, México 1982, Pág.181

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

200

- Suspender o modificar contratos
- Mejorar el diálogo social a nivel de empresa
- Mejorar la productividad de la empresa
- Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores
- Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores o lograr todos estos fines a la vez.²

La finalidad de esta institución es llegar a un acuerdo en cuanto a las condiciones laborales aplicables a la generalidad de los trabajadores del ámbito en el que se circunscribe la negociación (contrato o convenio colectivo de trabajo); lo que se busca es llegar a un arreglo o acuerdo de buena fe entre las partes. Cabe señalar, que en la mayoría de las veces como medida de presión para llegar a la negociación y hacer cumplir los acuerdos cuando consideran que no han sido respetados, los trabajadores pueden ejercitar el derecho de huelga, aunque coincidimos con el laboralista Rolando Murgos T. quien afirma que “dentro de la negociación colectiva, para alcanzar el resultado derivado de un acuerdo entre las partes, pueden utilizarse diversos medios (trato directo, conciliación o mediación). No necesariamente la negociación colectiva supondrá la utilización de la autotutela (huelga) que implica la identi-

² Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *Negociaciones colectivas en los países industrializados*, OIT, Ginebra, 1974, Pág. 37.

ficación de un acto de conflictividad, pero no podrá olvidarse que la huelga, como instrumento nivelador del poder de negociación gravitará en todo caso en la negociación, sea que se ejerza o no”³

La Negociación Colectiva es un mecanismo para fortalecer y mejorar las condiciones en que los trabajadores desempeñan sus actividades, pues es obligación de los sindicatos llegar a acuerdos con los patrones para mejorar el nivel de desempeño del trabajador y por consecuencia mejorar, incrementar y optimizar la producción de las empresas haciendo que éstas tengan un mayor crecimiento y así proporcionar a sus trabajadores las mejoras que ellos requieren; cabe señalar, que nuestra ley laboral prevé la negociación colectiva respecto de los salarios (revisión salarial anual) y la revisión general de las condiciones contenidas en el Contrato Colectivo de Trabajo (negociación colectiva de las prestaciones generales) y que se prevé se debe realizar cada dos años.

En el ámbito internacional la Negociación Colectiva es una manifestación particular del diálogo social, que está considerado como un derecho fundamental integrante de la libertad sindical. Mundialmente este derecho se encuentra garantizado en los Convenio 98 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por lo tanto, la negociación colectiva es

³ Cit por. De Buen Lozano, Néstor, et al, *Memoria del VII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. “Conciliación”*, Talleres Gráficos, Mexicali, B.C., 1995, Pág. 119

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

201

la forma habitual de regular las condiciones de trabajo en las empresas mediante un convenio colectivo típico que es el producto de esa negociación, de un procedimiento esto es, el pacto social propiamente dicho.

En la práctica ha sido norma de las relaciones laborales que antes de intentar cualquier acción judicial ante los tribunales jurisdiccionales correspondientes, se procure que las partes en conflicto busquen el propósito de llegar a un arreglo que ponga fin al conflicto y que corresponda a los intereses y pretensiones de cada uno de los actores.

La Negociación Colectiva tiene como *objetivo*:

- *Iniciar* una contratación colectiva
- *Revisar* un convenio vigente
- *Modificar* un convenio
- *Fijar condiciones* laborales especiales
- *Exigir* ciertas prestaciones económicas.
- *Suspender* o modificar contratos
- *Mejorar* el diálogo social a nivel de empresa

La mayoría de las legislaciones prevén la Negociación Colectiva como el medio a través del cual se deben resolver los conflictos tanto individuales como colectivos de trabajo, desde un ámbito extrajudicial hasta en los procedimientos laborales; en México sí se prevé esta figura jurídica, pero no se encuentra regulada con precisión en nuestra legislación no obstante que, si existen en nuestra legislación medios que permiten resolver

problemas internos en las empresas para evitar que desemboquen en graves conflictos que pongan en peligro la existencia misma de la empresa; la estabilidad de la fuente de trabajo; que provoquen situaciones de choque entre trabajadores y patrones; que se atente contra la productividad y que se causen graves daños económicos al país. De ahí que, en la actualidad los gobiernos se han preocupado por instaurar medios conciliatorios que se encarguen de esta función, si los interesados por sí mismos no pueden avenir y encontrar bases para solucionar los conflictos. Luego entonces, la negociación puede abarcar todos los aspectos derivados de las relaciones laborales tales como: salarios, jornada, descansos, vacaciones, licencias, capacitación profesional, categorías y promociones, despidos y en general cualquier otra condición de trabajo.

El primordial objetivo de las Negociaciones Colectivas es la celebración del *Contrato Colectivo de Trabajo*, este documento es el mecanismo por medio del cual quedan establecidos todos los acuerdos y mejoras que se obtuvieron en el diálogo social, es la materialización de la Negociación Colectiva. En muchas ocasiones lograr la firma de un contrato colectivo de trabajo no es tan sencillo, pues no basta con que se lleve a cabo la Negociación Colectiva de manera legal y con todas sus características, hay puntos en los que los patrones o sus representantes no coinciden con los sindicatos, por circunstancias propias de las peticiones hechas, por lo que, los sindicatos usan su recurso

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

202

o medio de presión que es la “huelga” para exigir la firma del Contrato Colectivo de Trabajo.

Para el desarrollo de esta institución colectiva se han impuesto diferentes métodos y sistemas que varían de país en país con el propósito de ser uniformes y congruentes con las políticas sociales globalizadas que tiendan al acercamiento de trabajadores y empresarios para solucionar su desavenencias de tal forma que el fomento a la convención privada ha ganado terreno no solo en el ámbito de las relaciones individuales sino colectivas de trabajo, de ahí que la propia OIT en su Sexagésima Séptima Reunión de la Asamblea, que tuvo lugar en Ginebra en 1981, aprobó el convenio número 154 que contiene reglas sobre negociaciones colectivas de todo orden y en donde se palpa el interés de impulsar *los acuerdos particulares y evitar en lo posible la intervención de las autoridades jurisdiccionales*.

En México la legislación laboral de 1931 incluyó como formas de negociación bipartita, la convención colectiva (artículos 42 a 58); el Reglamento Interior de Trabajo (artículos 101 a 105) y las demás comisiones mixtas, que según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podían ocuparse de funciones económicas o sociales, pero no jurisdiccionales, para decidir sobre conflictos o litigios habidos entre las partes (Tesis No. 106 del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975 del Semanario Judicial de la Federación, Pág. 103)

Actualmente en nuestro país el método tripartita es la forma de solu-

ción de los conflictos laborales en México la cual se ha ido incrementando día con día; siendo la Negociación Colectiva en este contexto la forma habitual de regular las condiciones de trabajo en las empresas, aunque, no podemos hacer a un lado los criterios jurídicos emitidos por nuestros más altos tribunales laborales, que han generando graves confusiones y complejas opiniones respecto a esta institución.

Así también, referimos a la forma más común de Negociación Colectiva que se da con la sola intervención de las partes o sus representantes, con el fin de solucionar sus diferencias previas al surgimiento de un conflicto colectivo. Se trata de una acción recíproca de diálogo y que prevalece principalmente en las relaciones individuales de trabajo.

El arreglo directo tiene varias características entre ellas: Es una solución directa; basta la intervención de las partes y un deseo de negociar la solución de sus diferencias surgidas de las relaciones laborales. Esta forma es extrajudicial pues no interviene dependencias jurisdiccionales.

IV. DIÁLOGO SOCIAL

Antiguamente era una práctica común que el patrón expidiera un reglamento de fábrica en el cual de manera unilateral éste fijaba las condiciones de trabajo que regirían en la empresa, pudiendo el patrón modificarlas a su arbitrio en cualquier momento lo cual determinaba

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

203

el estado de indefensión en el que se encontraban los trabajadores.

El constituyente de Querétaro a pesar de su gran espíritu social, no vislumbró con claridad en el texto constitucional una reglamentación precisa de esta figura tan imprescindible en el Derecho Colectivo, que es la Negociación Colectiva, sin embargo, sí establece el derecho de libertad sindical sin condiciones es amplísimo y es ahí donde se germina la Negociación Colectiva a través de la cual los sindicatos pueden alcanzar sus fines que son el estudio, el mejoramiento y la defensa de los intereses de sus agremiados. No es comprensible la existencia de la libertad sindical en ausencia de la Negociación Colectiva o de la Huelga.

Es la Ley Federal del Trabajo de 1931 que pone fin a esta situación incorporando en su texto y reconociendo la figura del *Contrato Colectivo de Trabajo*.

Negociar colectivamente es una medida de equilibrio entre los factores de la producción y que consiste en que el patrón y los trabajadores se sienten frente a frente a dialogar sobre el orden laboral que regirá en la empresa o establecimiento, es decir, que a través del diálogo social puedan de manera conjunta determinar las condiciones de trabajo bajo las cuales se prestará el servicio.

La Negociación Colectiva es una manifestación de la voluntad de los grandes sectores, trabajadores y patrones, que convergen en un diálogo social y esta considerado como un hecho fundamental básico inte-

grante de la libertad sindical, es una institución democrática que conlleva un cúmulo de ideas encaminadas a la realización de la justicia social. La negociación es un acceso a la paz social.

Esta figura tiene una gran trascendencia y un gran impacto en las relaciones individuales de trabajo, pues recordemos que el Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Social, donde debe imperar precisamente el "diálogo social" entre los sectores productivos para fijar a través de la Negociación Colectiva las condiciones bajo las cuales debe prestarse el servicio. Los trabajadores como clase social, como factor de poder, lucharon abiertamente hasta conseguir sentarse a la mesa de negociaciones, para discutir, de igual a igual con el patrón las condiciones de trabajo.

El derecho de Negociación Colectiva (materializada en el Contrato Colectivo de Trabajo), junto con el de sindicación y la huelga conforman la trilogía indisoluble de los derechos colectivos y son los instrumentos que el constituyente puso en manos de los trabajadores para la defensa de sus intereses como clase social.

El derecho a negociar colectivamente las condiciones de prestación de servicios laborales *no tiene un fundamento constitucional expreso* en ninguno de los apartados del artículo 123 constitucional, sin embargo, podemos inferir su regulación legal de la siguiente manera: por lo que respecta al Apartado "A" cuando en el tercer párrafo del artículo en comen-

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

204

to se menciona "...y de manera general, todo contrato de trabajo", se comprende no solo el contrato individual sino también el colectivo. La libertad de sindicalización, consagrada en la fracción XVI, carecería de sentido en ausencia de la facultad sindical de negociar las condiciones de trabajo.

De lo anterior podemos afirmar que en la Ley Federal del Trabajo se infiere la regulación de la Negociación Colectiva en los artículos del 386 al 403 en lo que se refiere al Contrato Colectivo de Trabajo, y del 404 al 421, en cuanto al contrato-ley. La ley laboral mexicana no establece con precisión para los trabajadores organizados colectivamente el momento de la negociación, la etapa de preparación previa a la celebración del contrato, los procedimientos a seguir para establecer los acuerdos, pero sí impone al patrón la obligación de celebrar el *contrato colectivo* cuando el sindicato se lo solicite, y que esto se hace a través del ejercicio del derecho de *huelga*. Y en el Apartado "B", de los artículos 87 al 91 de su ley reglamentaria (Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado) que se refieren al establecimiento de las condiciones generales de trabajo. Aunque cabe señalar que en este rubro la Negociación Colectiva está muy desdibujada ya que el artículo 87 de la Ley Burocrática dispone que las condiciones de trabajo serán fijadas por el titular de la dependencia "tomando en cuenta la opinión del sindicato". Puntualizamos que resulta difícil comprender esta última parte de "tomando en cuenta la opi-

nión del sindicato", que obviamente no equivale a la Negociación Colectiva, es decir que se pueda conciliar, conquistar o ceder laboralmente. Estamos conscientes que este punto podría ser materia de un interesante trabajo de investigación.

Los dirigentes sindicales o aquellos que intervengan en el proceso negociador deben tener pleno conocimiento de los salarios que perciben los trabajadores, de las prestaciones que han adquirido, así también, deben conocer cuáles son las aspiraciones económicas de esos trabajadores, pero también deben tener conocimiento y estar conscientes de la situación financiera o económica de la fuente de trabajo, para, bajo esos parámetros y aproximaciones poder estar en posibilidades de realizar una verdadera negociación.

El acuerdo o convenio a que se llegue, viene a ser el producto de la negociación, es el pacto social de mayor nivel que difiere de la *concertación* pues ésta según Ermida Uriarte es "toda convergencia de voluntades y actitudes, determinando o resolviendo sobre ciertos asuntos, mediante la conciliación y composición de puntos de vista e intereses distintos y en ocasiones contradictorios ... es una noción política que requiere el tripartismo para facilitarla y hacerla posible, al requerir de tres protagonistas principales de la vida económica que unen sus voluntades con el objeto de enfrentar situaciones críticas, "es la participación del sector sindical, del sector empresarial y del Estado, en la planificación

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

205

y adopción de decisiones que recaen en diferentes ámbitos, especialmente en el económico y social”.⁴

En nuestro país, hemos experimentado el desarrollo de diversas formas de “diálogo social”, la concertación social en el caso de México hace su aparición en un contexto problemático y asumió la denominación de “*pactos*” sociales que se realizaron entre los más importantes actores sociales, y donde el tema que se abordó de manera principal fue sobre todo en materia económica, con el fin de encontrar soluciones concertadas como parte de una estrategia encaminada a superar la crisis que por sexenios nos ha amenazando.

V. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

En la mayoría de las veces como medida de presión para llegar a la negociación y para cumplir los acuerdos cuando consideran que no han sido respetados, los trabajadores ejercitan su derecho de *huelga*, como es el caso de *la firma del contrato colectivo* de trabajo cuando el sindicato le solicita al patrón su celebración, su revisión o cumplimiento lo cual se realiza a través del emplazamiento o de la amenaza de huelga, toda vez que la ley laboral así lo prevé.

Cabe señalar, que nuestra ley de la materia no establece con preci-

⁴ ERMIDA URIARTE, O. *La concertación social*, “Estudios de Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez”, Montevideo Uruguay, 1985, Pág.271

sión para los trabajadores organizados colectivamente el momento de la negociación, la etapa de negociación previa a la celebración del contrato, los procedimientos a seguir para establecer los acuerdos ni las técnicas de la negociación, pero sí impone al patrón la obligación de celebrar el contrato colectivo cuando el sindicato se lo solicite, y que éste se hace como ya se dijo a través del ejercicio del derecho de huelga.

Héctor Santos Azuela define, la negociación como “un procedimiento de discusión, sobre las cuestiones laborales, aspirando a un resultado, teniendo como fin el otorgamiento y firma del contrato colectivo.”⁵

La Negociación Colectiva es una manifestación particular del diálogo social y está considerada como un derecho fundamental básico integrante de la “libertad sindical” tan es así que dicho derecho se encuentra organizado a nivel mundial en los Convenios Internacionales Número 98 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo. Cabe aclarar que la importancia del Convenio Internacional número 98 que no ha sido ratificado por México, ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido su opinión señalando que México está obligado a respetar dicho convenio en virtud de que ha sido considerado por la OIT como uno de los *convenios fundamentales* que los países miembros deben respetar.

⁵ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1987. Pág. 50

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

206

El Contrato Colectivo es un instrumento formal jurídico que contiene los acuerdos de voluntad de las partes, donde éstas convienen (sobre todo en las revisiones) las modalidades y cláusulas que mejor les convengan a través de la Negociación Colectiva.

La Negociación Colectiva entraña la solución a los conflictos de trabajo, se ha considerado como el instrumento fundamental y prioritario para reglamentar las relaciones de trabajo y promover un mejoramiento permanente de las relaciones de trabajo, económicas y profesionales de los trabajadores, es por tanto, la clave para consolidar y garantizar los derechos de opinión, expresión, reunión y acción sindical. Tales efectos dependerán en gran medida del buen funcionamiento y de la fuerza sindical de sindicatos rojos de lucha y no de los “sindicatos blancos o amarillos” (CTM) que colaboran o que están vendidos con el patrón a través de los llamados “*contratos de protección*” que tienen celebrados la mayoría de las empresas en México con los sindicatos principalmente de la CTM y que desafortunadamente abarcan el 90% de los depositados ante nuestras autoridades, lo cual demuestra la crisis y decadencia no solo del sindicalismo el cual ha desvirtuado su función y sus objetivos, sino de la Negociación Colectiva (que es nula) y consecuentemente del Contrato Colectivo de Trabajo que es simulado. Todo esto en la actualidad ha provocado que la negociación en ese rubro sea nula pues tanto los representantes de los trabajadores y de los patrones solo actúan en bene-

ficio de sus propios intereses, y no del interés profesional que representan, por lo que en este renglón las partes solo negocian lo que a sus intereses personales corresponde, y no lo que beneficie a sus agremiados en el caso de los sindicatos.

La doble transición económica y política por las que atravesó nuestro país en las dos últimas décadas, la “nueva cultura laboral” de 1995 fue el reflejo de la política laboral de administraciones del PRI y del PAN en donde los “contratos de protección” siguieron viéndose como una solución pragmática a los problemas de la gobernabilidad laboral en un contexto de globalización y apertura comercial, entre tanto el sector empresarial lograba difundir su propio “modelo sindical”, es decir el sindicalismo blanco que es la degradación del sindicalismo mexicano que generalmente participa en la práctica fraudulenta promovida por los propios empresarios.⁶

Ello así, en la práctica desafortunadamente esta institución (la negociación colectiva) se encuentra atada a los diferentes factores reales de poder y a los estándares económicos que rigen y delimitan nuestro estatus económico, como es el caso de la *negociación de salarios* en donde ya no hay materia que negociar, es decir, salarios que negociar pues los aumentos se han estandarizado del 3 al 5%,

⁶ Cfr. Contratación Colectiva de Protección en México. “Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT). Coordinadora Graciela Bensusán et al. Editorial ORIT-UNAM. México. 2007. Pag. 1.

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

207

dada la inflación tan alta que estamos padeciendo en México. Asimismo, respecto de la *negociación de prestaciones* es triste reconocer que en muchas empresas se ha llegado al tope de la capacidad económica de éstas, de tal forma que ya no se negocia en el sentido de aumentar dichas prestaciones, sino lo que se está negociando por grandes, medianas y pequeñas empresas es, la subsistencia, es decir la no desaparición de la fuente de trabajo sin importar que ya no se superen las prestaciones laborales, y que por el contrario se disminuyan si esto fuera necesario, frente a la amenaza del cierre de las empresas; e inclusive se está llegando al extremo de pactarse en los contratos colectivos, que determinadas actividades como es la de limpieza y seguridad privada se contraten con intermediarios como lo es el *outsourcing* (*proveedores externos*), lo cual demuestra la grave crisis de nuestra figura en estudio.

“La simulación de las relaciones laborales, de la organización sindical, y de la contratación colectiva misma. Formal y legalmente la empresa cumple con los requisitos de la legislación laboral mexicana, aunque solo sea en el papel. Simula tener un sindicato, simula negociar colectivamente, simula tener un Contrato Colectivo de Trabajo, aunque todo esto sea a espaldas de los trabajadores, es decir se simula el “Estado de Derecho.”⁷

En resumen podemos afirmar que los “contratos de protección” han sido los mecanismos principales implemen-

tados en nuestro país por los factores reales de poder para la concentración del ingreso y de la riqueza, constituyen una verdadera maquinaria institucionalizada de inequidad, injusticia, empobrecimiento y verdadera explotación de los trabajadores mexicanos, que ha llevado a la crisis de nuestras instituciones del derecho colectivo del trabajo y aún más a la desaparición del Estado de Bienestar que todo ser humano debe disfrutar.

VI. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COLECTIVA.

De todo lo anterior, en principio parecería justificable la función que han tenido nuestros máximos tribunales jurisdiccionales como lo son los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación quienes al conocer de las problemáticas laborales de los casos concretos (que son los menos pero con un gran poder político-económico) y enfrentarse a una legislación vieja e inadecuada y desfasada por la realidad, han emitido una serie de criterios que de alguna manera han revolucionado y transformado el Derecho Colectivo del Trabajo, es decir, si bien es cierto estamos conscientes de que nuestra ley laboral ha quedado rebasada por más de cuarenta años y hoy se está viviendo una realidad laboral diferente, de ahí que esos criterios han tenido por objeto subsanar las lagunas u omisiones que la ley no regula y resolver los casos concretos

⁷ *Ibidem*. Pág. 110

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

208

que están surgiendo en la vida práctica a través de la creación del derecho.

Es una realidad la transformación que ha sufrido el Derecho Colectivo del Trabajo a través de la jurisprudencia y en especial el Contrato Colectivo de Trabajo y la Negociación Colectiva, prueba de ello son los diferentes criterios jurisprudenciales emitidos por nuestros máximos tribunales y especialmente por la Suprema Corte que han flexibilizado las condiciones de trabajo en las empresas enfocadas a la “desregularización” del derecho laboral, y que en algunos casos han sido controvertidas y que a continuación se señalan:

CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO, APLICACIÓN DEL. EN RELACION CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. En virtud de las prestaciones contenidas en las cláusulas de un Contrato Colectivo de Trabajo a favor de los trabajadores, se consideran conquistas de los mismos, resulta inconcuso que contra esas obligaciones legales no pueden aplicarse válidamente la jurisprudencia en contrario. Amparo directo 4752/56. Ponente: Arturo Martínez Adame. Tesis Aislada. Quinta Época. Cuarta Sala.

CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO, SOLICITUD DE REVISIÓN DE. PUEDE PRESENTARSE EN FORMA EXTRAJUDICIAL. En la ley Federal del Trabajo, no existe disposición legal alguna que exija que la solicitud de revisión de un Contrato Colectivo de Trabajo deba presentarse directamente ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, basta con solicitar la revisión

en los términos del artículo 399 de la ley laboral, con el solo requisito de que exista constancia de que la empresa conoció dicha pretensión del sindicato, aún cuando sea en forma extrajudicial. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 950/79. Productos Plásticos de Puebla S.A. 16 de abril de 1980. Unanimidad de votos. Ponente Mario Gómez Mercado. Tesis Aislada. Séptima Época.

Nos queda claro que este criterio determina que en dichas convenciones colectivas se deben respetar los principios y derechos consignados en nuestros ordenamientos jurídicos, refiriéndonos a nuestra Carta Magna y la Ley Federal del Trabajo, claro no tendrían razón de ser los Contratos Colectivos si se limitaran a regular lo que ya está establecido en esas disposiciones.

CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO O CONTRATOS LEY. EN ELLOS NO SE PUEDEN PACTAR CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO INFERIORES A LAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL NI CONTRARIAR LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. CONTRATO Y CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE TRABAJO. PUEDEN MODIFICARSE SIN TENER QUE CUMPLIR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 426 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

Este criterio de la Corte que enarbola el principio de “la autonomía de la voluntad” de las partes y del ejercicio

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

209

de su libertad para renunciar prácticamente a los derechos adquiridos por la representación sindical en favor de la clase trabajadora, bajo el pretexto y la supuesta protección de que dicha renuncia no aplica para los derechos mínimos consagrados constitucional y legalmente a favor de los trabajadores, pues ello atenta a los principios fundamentales del derecho del trabajo y contra el principio de *inderogabilidad del elemento normativo* que caracteriza al contrato colectivo del trabajo, es decir, se atenta contra la naturaleza misma de dicha institución, pues en ese tenor no tendría ningún sentido o justificación la existencia del Contrato Colectivo de Trabajo, pues sería ocioso que en este documento se plasmaran los mismos derechos que ya se consagran tanto en la Constitución como en la Ley Federal del Trabajo.

CONTRATO COLECTIVO. EN SU REVISION PUEDEN REDUCIR LAS PRESTACIONES PACTADAS POR LAS PARTES, SIEMPRE Y CUANDO SE RESPETEN LOS DERECHOS MINIMOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL TRABAJADOR. De conformidad con el artículo 123 constitucional apartado "A", fracción XXVII, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *serán nulas las estipulaciones que implique renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección de auxilio a los trabajadores.* A su vez es el artículo 394 de la Ley Federal del Trabajo que establece que ningún Contrato Colectivo

podrá pactarse en condiciones menos favorables a las ya existentes en los contratos vigentes en la empresa o establecimiento. De la interpretación sistemática de ambos preceptos, se infiere *que la nulidad a que se refiere el precepto constitucional sobrevendrá cuando el derecho al que se renuncie esté previsto en la legislación, mas no en un contrato;* ello se afirma porque de la lectura del precepto legal de que se trata, se advierte que se infiere a cuando por primera vez se va a firmar un Contrato Colectivo, pues el empleo de dicho numeral de la palabra "contratos", así en plural, implica que se refiere a los contratos individuales que existen en las empresas o establecimientos, antes de que por primera vez se firme un Contrato Colectivo, dado que en un centro de trabajo no puede existir más de uno de los mencionados Contratos Colectivos, según se desprende del contenido del artículo 388 del mismo ordenamiento legal; de ahí que *válidamente se puedan reducir prestaciones en la revisión de la contratación colectiva, siempre y cuando sean éstas de carácter contractual o extralegal;* estimar lo contrario podría implicar la ruptura del equilibrio de los factores de la producción (capital y trabajo) y en algunos casos, la desaparición misma de la fuente laboral.

Contradicción de tesis 21/95. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 29 de marzo de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salgado Aguirre Anguiano.

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

210

Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz.

De estos criterios jurisprudenciales, han surgido múltiples reflexiones y críticas interesantes derivada de la postura de nuestros juzgadores en cuanto a la nula valoración de los principios generales del derecho laboral consagrados en nuestra Ley Fundamental en su artículo 123 ya que, se estima que la Corte debe interpretar y crear el Derecho respetando la Constitución y sus principios, especialmente los de carácter social como lo es “*la irrenunciabilidad de derechos*” que es sagrado en el Derecho del Trabajo pues constituye su base y su cimiento, además de otros principios como lo es el de *estabilidad en el empleo, las garantías mínimas, ante la duda lo que más favorezca a los trabajadores, la justicia social, la costumbre es ley* siempre que favorezca a los intereses de los trabajadores, entre otros.

Estamos conscientes de los momentos difíciles de crisis económica que estamos padeciendo en nuestro país y que se ve reflejada principalmente en la micro, pequeñas y medianas empresas que en la mayoría de las veces se ven en peligro de extinción, provocándose un mayor desempleo y el crecimiento del trabajo informal o subempleo, lo que nos obliga no solo como autoridades, sino como sociedad a tener una conciencia más humana y crear las instancias adecuadas para evitar esa catástrofe empresarial y por ende laboral de los trabajadores, logrando mantener

como ya lo señaló el constituyente de 1917 el “*equilibrio entre los factores de la producción, armonizando los intereses del trabajo con los del capital*”, que el gobierno cree políticas económicas y sociales que permitan a nuestras fuentes de trabajo perpetuarse, conservarse y desarrollarse dentro de una economía de mercado, que pudiera traducirse desde el punto de vista jurídico en una reforma integral no solo laboral, pues de ser así resultaría insuficiente, sino de hacer una reforma fiscal, laboral, económica y social que dé solución a los múltiples problemas que con efecto dominó, se dan como consecuencia de una grave crisis económica mundial que tiene un mayor impacto en los países como el nuestro en vías de desarrollo.

Reiteramos que en las relaciones laborales y en la solución de los conflictos de trabajo, debe buscarse un justo equilibrio no solo de producción sino social entre las partes contratantes a través de la Negociación Colectiva, al margen de una normatividad y bajo la inspección y vigilancia de las autoridades laborales correspondientes y olvidarnos de ese antagonismo histórico que hemos venido arrastrando a lo largo del tiempo y estar conscientes, por un lado, los trabajadores y los sindicatos de que es prioritario el salvaguardar la fuente de trabajo ya que, sin ésta no podríamos hablar de la existencia de las relaciones laborales y mucho menos de condiciones de trabajo; por otro lado, los patrones deben estar conscientes de que no solo los trabajadores deben sacrificarse para salvar sus empresas como

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

211

lo han venido haciendo a lo largo de la historia enfrentando y sufriendo las consecuencias de dichas crisis económicas.

Cabe señalar que los criterios a los que nos hemos venido refiriendo han generado múltiples reflexiones con diferentes enfoques, otro sería que como se desprende de las jurisprudencias transcritas con anterioridad, se han establecido diferentes instrumentos o circunstancias para que se pueda realizar la renuncia de derechos y una de ellas es el hecho de que las partes, principalmente el patrón, ya no tiene que agotar la tramitación ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, del *procedimiento para los conflictos colectivos de naturaleza económica* en donde la ley laboral establece que el patrón tiene que solicitar la autorización ante esta autoridad de la modificación de las condiciones de trabajo para salvar la empresa ante las crisis económicas que pudieran llevarla a su desaparición. Lo cual es contrario a derecho, toda vez que no podemos regresar a los tiempos en donde las partes de común acuerdo fijaban las condiciones de trabajo (en el derecho común) frente a la carencia de una legislación protectora de la clase trabajadora, pero que desafortunadamente es lo que se está viviendo actualmente.

De lo anterior, podemos afirmar que en ningún caso procede la renuncia de derechos en perjuicio de los trabajadores y que si se hace serán condiciones o disposiciones nulas aunque se pongan, conforme a lo establecido en nuestro marco legislativo.

Otra desventaja para la clase trabajadora es “*que es válido que se puedan reducir prestaciones en la revisión de la contratación colectiva*”, inconcebible pues sería como desconocer que la costumbre en nuestra materia es fuente del derecho del trabajo, luego entonces si estas conquistas laborales o extralegales como las llama la Corte, se encuentran plasmadas en un pacto o convención social es indudable su obligatoriedad y su inderogabilidad que es una de las principales características del elemento normativo del contenido del Contrato Colectivo, y no como está sucediendo actualmente en muchas empresas, que de manera desoladora, están viviendo graves problemas económicos encontrándose al borde de la quiebra. Consideramos que como la ley lo prevé se puedan modificar las condiciones de trabajo por “circunstancias económicas” previa la autorización de las Juntas de Arbitraje siempre que se acredite dicha circunstancia ante estas autoridades laborales, pero ello no quiere decir que en todas las empresas en donde supuestamente existe un desequilibrio de los factores de la producción, se permita y autorice a través de la jurisprudencia que las partes puedan convenir renuncia de derechos, pues en realidad quien renuncia es la clase trabajadora.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Primera.- La Negociación Colectiva, es un actividad esencial y básica de las organizaciones sindicales

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

212

para ampliar los derechos de los trabajadores y mejorar sus condiciones de trabajo, se le considera como la herramienta imprescindible para la asimilación y adaptación permanente a las *transformaciones* que se están produciendo tanto en el trabajo como en el capital y que hoy en día han desfasado a la legislación aplicable vigente, ya que, están surgiendo nuevas formas de organización del trabajo como es el caso de las formas atípicas de contratación, la movilidad funcional, nuevos empleos y nuevos sujetos, unidades emergentes de negociación, cambios en la configuración en las empresas por mencionar solo algunas.

Segunda.- La Negociación Colectiva tiene por objeto preservar los principios generales del Derecho del Trabajo, principalmente la irrenunciabilidad de derechos y la estabilidad en el empleo de ahí que, su función principal es la de proteger al hombre que trabaja, siendo su marco de regulación colectiva la mejor forma de garantizar los derechos de los trabajadores, frente a quienes pretenden realizar negociaciones individuales entre desiguales, plasmadas en los contratos, pretendiendo imponer de manera unilateral las condiciones de trabajo como se hacía en la época de la revolución industrial en donde no se tenía una reglamentación adecuada y por eso el patrón abusaba desmedidamente.

Tercera.- Actualmente los sindicatos juegan un papel muy importante en la Negociación Colectiva, son los protagonistas de la acción permanente para proteger y garantizar los derechos de quienes trabajan, pues es claro que

sin la organización colectiva de los trabajadores no puede haber negociación colectiva, pues son las personas morales jurídicamente reconocidas por la ley que representan los intereses de los trabajadores agrupados. Aunque cabe señalar que en países latinoamericanos como Argentina y Uruguay no necesariamente debe negociar el sindicato.

Cuarta.- Los nuevos escenarios de la economía mundial han traído como consecuencia las formas atípicas de trabajo y los contratos temporales, las empresas se están disgregando en su estructura orgánica y territorial lo cual impacta en el futuro de la Negociación Colectiva ante las nuevas formas de contratación que emergen, de ahí que es difícil continuar con los antiguos moldes en los que se sustentaba la negociación lo cual hoy en día exige una reglamentación integral de esta figura del Derecho Colectivo del Trabajo, pues está enfrentando muchas modalidades atípicas; es decir, debe enfrentar los nuevos retos impuestos en los convenios colectivos, en la jurisprudencia de la Corte, en la realidad económica que viven las fuentes de trabajo las cuales se han visto severamente golpeadas al grado de desaparecer o estar en vías de ello.

Quinta.- Consideramos necesario que en México se regule esta figura tan recurrida en el ámbito individual y colectivo y se fomente su aplicación y desarrollo que implicaría promover el consenso, el acuerdo, mediante conciliaciones y concesiones recíprocas, estimulando el diálogo social lo cual resultaría beneficioso para las relacio-

La importancia de la negociación colectiva en las relaciones...

213

nes laborales, para las empresas y por ende para el desarrollo económico de los países. Tal es la importancia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente con sus empresarios a través de la representación sindical, que ha sido promovido enérgicamente por la OIT desde su fundación y en especial desde la creación de los Convenios número 87 y 98 sobre derecho de sindicación y de Negociación Colectiva.(este último no ha sido ratificado por México)

Sexta.- A lo largo de la historia, la práctica de la negociación colectiva ha tenido que superar muchos obstáculos tanto en el ámbito internacional como nacional para adaptarse en un entorno de constante transformación, partiendo de la idea de que la negociación colectiva existe para solucionar los conflictos, no para crearlos.

VII. BIBLIOGRAFIA

Abramo Laiz y Martha Rangel. *Negociación Colectiva y Equidad de Género*. Ed. OIT. Santiago de Chile 2005.

Alburquerque, Rafael y Néstor de Buen. *El Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio*. Ed. Porrúa. México. 2000.

Alvarez Argüelles, Roberto. *La Negociación en México en el GATT*. Tercera ed. Ed. Instituto Mexicano de Contadores Públicos AC. México 2001-

Bouzas Ortiz, José Alfonso. *Derecho Colectivo y Procesal del Trabajo*. Col. Textos jurídicos. Ed. IURE Editores. México 2007

Contratación Colectiva de Protección en México. "Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT). Coordinadora Graciela Ben-susán et al. Ed. ORIT-UNAM. México 2007

De Buen Lozano, Néstor et al. *Memo-ria del VII encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Ed. Talleres Gráficos del Estado de B.C. México 1995

De La Cueva, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II. Octava ed. Ed. Porrúa. México 1967

Ermida Uriarte, Oscar. *La Concertación Social*. "Estudios de Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo Uruguay 1985

Instituto de Investigaciones Jurídicas .Diccionario Jurídico Mexicano. T. L-O Ed. Porrúa-UNAM. México

Santos Azuela, Héctor. *Estudios de Derecho Sindical y del trabajo*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM. México 1987

Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social |

214

[http: www.oit.org.mx](http://www.oit.org.mx). Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación. 1948

[http: www.ilo.ch/public/spanish/index.htm](http://www.ilo.ch/public/spanish/index.htm) *Organización Internacional del Trabajo*

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos

Maricela Moreno Cruz*

La globalización en sí misma no es ni buena ni mala. Depende de quién la dirija y controle: la globalización puede provocar graves daños o traer grandes beneficios.

La globalización consiste, básicamente, en la integración más estrecha de los países y pueblos del mundo, provocada por la reducción de los costos del transporte y la comunicación, y el dismantamiento de barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, tecnología, conocimientos –en menor grado–, y personas a través de las fronteras.

JOSEPH STIGLITZ

Sumario: I. Introducción. I.1 Théodore Levitt. I.2 Kenichi Ohmae. I.3 Robert Reach. I.4 Octavio Ianni. I.5 Isidoro Moreno. II. Conclusiones. III. Fuentes

Resumen: La globalización es un concepto que se viene utilizando por virtualmente todas las corrientes del pensamiento económico, con significados muchas veces diferentes y contradictorios. Como ocurre con toda categoría cuyo uso se generaliza hasta llegar a su vulgarización, ésta empieza a perder poder explicativo y analítico, hasta caer en la trivialización total. Por esta razón se especifica de manera precisa qué se entiende por globalización, a fin de evitar formulaciones carentes de significado. En general abordamos las colaboraciones más serias sobre el término, entendiendo por globalización el actual proceso de cri-

* Licenciada en Derecho (UNAM 1995), Diplomada en Criminología (Universidad de Bolonia, Italia, 1993) Maestra y Doctora en Derecho. Ha impartido diversas conferencias a nivel nacional e internacional sobre temas relacionados con el Derecho. ha publicado más de 100 artículos relacionados con el Derecho Penal, Internacional y Económico. Desde hace 10 años es catedrática de las materias Derecho Económico, Derecho de la Integración Económica y Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

216

sis, reestructuración y cambio mundial, que se ha venido manifestando desde la década de los setenta y que impacta a todas las economías del mundo, desde las capitalistas hasta las centralmente planificadas. El término tiene su origen en la bibliografía consagrada a las empresas multinacionales, pero se enriquece a través del tiempo, hasta el punto de representar en la actualidad una nueva fase de la economía mundial.

I. INTRODUCCIÓN

Cancelada la llamada “guerra fría”¹, los países entraron en un proceso de reagrupamientos y fracturas por el cual estamos asistiendo a una recomposición del viejo orden mundial. Si el antiguo tenía como fundamento ciertos valores ideológicos, el actual está más bien basado en procesos históricos y cercanías geográficas. Paradó-

1 Entendemos por “guerra fría”, el estado de tensión extrema y de hostilidad que se creó entre las potencias occidentales y el bloque comunista de Europa Oriental después de la Segunda Guerra Mundial. El periodo de la guerra fría se ha caracterizado por maniobras políticas, disputas diplomáticas, guerra psicológica, hostilidad ideológica, guerra económica y una importante carrera de armamentos, guerras periféricas y otras contiendas de poder, que no llegaron a una “guerra caliente” total. La guerra fría fue una consecuencia inevitable en el complejo periodo de Estados derrotados y divididos de la posguerra, de vacíos de poder, de grandes programas de reconstrucción, de armamentos atómicos y de rivalidad política y de poder de dos superpotencias.

jicamente, cuando la posmodernidad, por un lado, parece cancelar los sentimientos de identidad histórica como fundamento de la evolución de un sistema social y cuando, por el otro, la expansión y accesibilidad de los medios tecnológicos han posibilitado la eliminación de la distancia física como impedimento de intercambios, surge el término globalización, que se constituye en uno de los conceptos más discutidos dentro de las teorías sociales y políticas del último período.

En consecuencia, partimos del planteamiento de una interrogante que nos servirá para el desarrollo de este tema, ¿cómo surge el término globalización?

La palabra globalización ha invadido la bibliografía empresarial, convirtiéndose en fuente de muchísimos trabajos académicos, y subtiende a una gran cantidad de programas políticos de la década de los noventa. El término tiene su origen en la bibliografía consagrada a las empresas multinacionales, designando inicialmente un fenómeno limitado, una mundialización de demanda, pero que se enriquece a través del tiempo, hasta el punto de representar en la actualidad una nueva fase de la economía mundial².

² Para fines de este trabajo, tomaremos en cuenta la integración económica es vista como un proceso que identifica cinco diversas etapas, que van desde la más simple a la más compleja. Las distintas etapas que dan lugar a un proceso de integración económica, no deben ser consideradas como ámbitos cerrados, rígidos y puros. En realidad ocurre que alguna de las características

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

217

Así, la globalización se constituye como uno de los conceptos más discutidos en las teorías sociales y políticas de los últimos años. Tratar de atrapar su significado y sus diferentes acepciones según el contexto, es lo que nos proponemos en estas líneas. Para ello, retomamos los conceptos expuestos por cuatro grandes teóricos del pensamiento económico contemporáneo: Théodore Levitt, Kenichi Ohmae, Robert Reach, Octavio Ianni e Isidoro Moreno, para quienes el proceso de internacionalización de los mercados financieros es irreversible.

Bajo el esquema anterior es que iniciaremos señalando que el concepto de globalización se viene utilizado durante las últimas dos décadas, por virtualmente todas las corrientes del pensamiento económico, con significados muchas veces diferentes y contradictorios. Como ocurre con toda categoría cuyo uso se generaliza hasta llegar a la vulgarización, ésta comienza a perder poder explicativo y analítico, hasta caer en la trivialización total.

Por esta razón, se hace necesario especificar de una manera precisa qué se entiende por dicho concepto, a fin de evitar formulaciones carentes de significado al respecto.

En general las colaboraciones más serias sobre el mismo, tratan

de dar respuestas a interrogantes que surgen sobre su significado a largo plazo, entendiendo por globalización el actual proceso de crisis, reestructuración y cambio mundial, que se ha venido manifestando desde la década de los setenta y que ha abarcado tanto a las economías capitalistas como a las centralmente planificadas, identificadas hasta ese entonces como el “socialismo real”³

Para algunas versiones de dicho proceso, lo que actualmente se visualiza es una verdadera erosión de las soberanías nacionales, en la medida en que los Estados han perdido su capacidad de diseñar y ejecutar políticas económicas nacionales independientes, debido principalmente a lo que podría considerarse como el surgimiento de una poderosa internacional capitalista, de carácter supranacional, que se encargaría de configurar las reglas del juego para el sistema económico mundial, considerado como un todo.

teóricamente propias de una situación se presente en otra, a la que, también en teoría no le corresponde. Por ejemplo, en la Unión Europea existió una entidad supranacional desde antes de ser perfeccionada como Unión Aduanera.

³ Una colaboración bastante completa de toda esta problemática puede encontrarse en Dabat, Alejandro. “*El Mundo y las Naciones*”, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Cuernavaca Morelos, 1993.

I.1 THÉODORE LEVITT⁴

Theodore Levitt. En 1983⁵, propone este término para designar la convergencia de los mercados del mundo entero. La *globalización* y la tecnología serían los dos factores principales que formen las relaciones internacionales. En consecuencia “la sociedad global” opera con constancia y con resolución, con costos relativamente bajos, como si el mundo entero (las regiones principales) constituyera la entidad única, es decir, que en todas partes se vende la misma cosa y de la misma forma. Por supuesto, la empresa debe ajustarse a diferencias nacionales, pero solamente si no ha logrado arreglar o sortear las demandas específicas que le hacen. En esta primera definición, la *globalización* de los mercados se opone a la visión de un ciclo del producto que consistía en vender a los países menos desarrollados aquellos productos que se habían vuelto obsoletos en los países ricos. El término se aplica especialmente a la gestión de las multinacionales y concierne exclusivamente a los intercambios internacionales.

⁴ Fue economista norteamericano y profesor de la prestigiosa escuela de negocios *Harvard Business School* (Cambridge, Massachusetts). También editor revista económica *Harvard Business Review* (HBR) donde publicó sus célebres artículos. Fue el primer teórico economista en acuñar el término *globalización* enfocado a un punto de vista económico.

⁵ Levitt, Théodore. “*Globalization of Markets*”. Ed. *Harvard Business Review*, número 3 Mayo-junio 1983. Pp. 92-102

En esta primera acepción el concepto de *globalización* ha estado referido al fenómeno específico de la progresiva y tendencial unificación a escala mundial de los mercados de mercancías, en relación ya sea con la reducción de las barreras proteccionistas levantadas por varios Estados en defensa de sus propios mercados nacionales, o bien al proceso de unificación de homologación cultural que ha generalizado a escala mundial estilos de vida y modelos de consumo. Es en este sentido que, al inicio de los años ochenta *Théodore Levitt*⁶ hablaba de “la sociedad global”, como de una entidad única, que vende la misma cosa, en el mismo mundo, por todas partes y que gracias a ello, ofrece la posibilidad a las empresas que poseen las fuerzas y las dimensiones adecuadas (a las grandes multinacionales como *Coca-Cola*, *Nike*, o también, en ciertos aspectos los grupos automovilísticos), de contar con una demanda unificada tan amplia que es suficiente para realizar economías a escala, y por tanto recuperaciones de beneficios que los siempre más asfixiados mercados nacionales no garantizan más.

Es por otra parte a este concepto de *globalización* al que se refieren algunos apologistas neoliberales, como el Director de la Organización Interna-

⁶ En 1983 publica “*Globalization of Markets*” (HBR Mayo/Junio 1983), donde hace referencia al término *globalización*, popularizándolo y agregándolo a las corrientes del pensamiento economista. Levitt quiso englobar en ese término las transformaciones que venía sufriendo la economía internacional desde mediados de la década de los 60.

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

219

cional de Comercio, Renato Ruggiero, que ha declarado enfáticamente que en la última generación dos mil millones de nuevos productores-consumidores han ingresado en el mercado mundial, por el derrumbe de las barreras culturales y aduanales, que antes segmentaban los mercados, o como el embajador Sergio Romano, que se ha complacido de que en la India, donde hay 900 millones de habitantes, existen actualmente 150 millones de consumidores, deseosos de imitar los hábitos de vida de las sociedades desarrolladas.

1.2 KENICHI OHMAE

Otra visión sobre el término de la globalización, la constituye la elaborada por Kenichi Ohmae,⁷ quien en 1990 extiende esta noción al conjunto de la cadena de creación del valor que promueve la investigación y el desarrollo, a la ingeniería, la producción, la comercialización, los servicios y la banca. Si en primera instancia una empresa exporta tomando en consideración su base nacional, primero establece servicios de ventas en el extranjero, después produce localmente y, por último acuerda un manejo completo de la cadena del valor de su filial. Este proceso converge hacia una quinta etapa: la integración global, es decir, cuando las empresas que pertenecen a un mismo grupo producen su investigación y desarrollo, financia sus

inversiones y reclutan a su personal de acuerdo a la escala mundial, entonces la globalización representa una forma de gestión totalmente integrada a escala mundial.

Entonces la globalización representa una forma de gestión, totalmente integrada a escala mundial de la gran empresa multinacional.

Debido a que estas multinacionales representan una fracción importante de la producción mundial se convierten en protagonistas en el arbitraje entre los diversos espacios nacionales, los cuales se ven forzados a ajustarse a sus exigencias gracias a la extrema movilidad de la que se benefician las multinacionales, en materia de comercio e inversión, de la Banca y de la investigación y el desarrollo.

De acuerdo a Ohmae⁸, la globalización se refiere entonces al proceso a través del cual las empresas más internacionalizadas tratan de definir para su propio beneficio las reglas del juego anteriormente impuestas por los estados-naciones.⁹

⁸ En su trabajo Ohmae presenta una visión geopolítica de la sociedad y la economía mundiales, conformada por tres grandes centros de influencia: Estados Unidos de América, Unión Europea y Japón, originada entre otros factores por la libertad de comercio y la libertad de los mercados de capitales, integraciones económicas, transferencia de tecnología, la cultura estadounidense y, paralelamente, la desintegración del bloque socialista.

⁹ Una sólida definición de estado-nación consiste en que es una unidad donde se pueda crear un círculo virtuoso. Mientras más gente llegue a ella y mientras más variados

⁷ Ohmae, Kenichi. *Del' Etat Nation aux etat régions*. Ed. Dunod, París, 1996.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

220

Dejamos de lado el campo de la gestión interna de las empresas para interesarnos en la arquitectura del sistema internacional, como las intervenciones públicas nacionales sobre el espacio de la casa matriz, como las sociedades receptoras. Pasamos de la micro a la macroeconomía, de las reglas de la correcta gestión privada al establecimiento de políticas económicas y la construcción o redefinición de instituciones nacionales. En fin, esta noción evoca evoluciones en curso, más que un Estado final del régimen internacional que reemplazaría el de Bretton Woods.

Frecuentemente los defensores de la globalización enfatizan el carácter irreversible de las tendencias hacia el trabajo, hasta el punto de las políticas tradicionales de los gobiernos nacionales se han vuelto impotentes ante las estrategias de las grandes empresas.

La única solución sería, por tanto, redefinir radicalmente las intervenciones públicas con el objeto de crear

sean sus antecedentes y capacidades, más variada se vuelve la región con el paso del tiempo. Si comienza como una zona de manufactura, también llegarán a la región otros servicios asociados con el sector. A su vez van a llegar instituciones financieras, junto con aquellas que ofrecen servicios financieros nacionales y al por menor. De esta manera surge un círculo virtuoso y la región se convierte en una totalidad con una base económica y de negocios más profundos y amplios. Cuando las industrias de muy variados antecedentes son traídas a una zona positiva, florece toda una gama de servicios afiliados, distintos de las industrias. Una vez que la gente ha llegado al lugar, tienen necesidades que deben satisfacerse.

espacios regionales o nacionales que puedan ser interesantes a un capital cada vez más móvil.

Esta segunda acepción al concepto de globalización, no está centrada esta vez en la globalización comercial o mercantil, sino en la productiva. No solamente sobre el carácter global del mercado, sino sobre el carácter global de la empresa. En 1990, de hecho por primera vez el Director General de McKinsey y Co. De Tokio, Kenichi Ohmae, introdujo el concepto de la “integración global” de la empresa y del consecuente nacimiento de una nueva forma de organización, orgánica y ambiforme (*amoebalike*), que constituiría el quinto estadio de una larga marcha de la empresa hacia una dimensión completamente internacional o mejor, transnacional.

El primer estadio, explica Ohmae, se caracteriza por una actividad de exportación “de largo alcance”, por parte de compañías esencialmente nacionales, que se mueven en busca de nuevos mercados locales externos, estableciendo relaciones con comerciantes y distribuidores locales. En el segundo estadio, la empresa asume ella misma estas actividades de distribución. Luego viene el estadio tres, en el que las sociedades con base nacional empiezan a hacerse cargo ellas mismas de la producción, del *marketing* y de las ventas en algunos mercados externos considerados claves. En el estadio cuarto, la empresa se mueve hacia una posición de verdadero productor “interno”, sobre estos mercados, sostenida por un completo

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

221

sistema que comprende investigación y desarrollo e ingenierización.¹⁰

último es el estadio de las multinacionales, las cuales reproducen en el “nuevo ambiente” en entero ciclo manufacturador de la madre patria, y al que sigue el quinto estadio, el de la verdadera globalización, en el que las empresas se disuelven efectivamente en el espacio global, creando no un archipiélago de empresas similares entre ellas y ligadas a un centro, sino una red de actividades esparcidas por el mundo y capaces de interactuar horizontalmente entre ellas de un modo orgánico, operando como un todo, dotados de los mismo lenguajes, del mismo sistema de valores, de los mismos criterios de valoración y capaz, por todo esto, de localizarse donde sea y de adaptarse a las peculiaridades de las diversas localizaciones.

Es ésta la empresa que se desnacionaliza completamente, asumiendo una identidad cualitativamente diversa de la precedente: una identidad global. A ella corresponde un aparato técnico estructuralmente distinto, no ya concentrado territorialmente en unidades orgánicas omnicomprendivas, sino diseminado.

En suma, la globalización a la que se refiere *Ohmae*¹¹, es de hecho

¹⁰ Ohmae, Kenichi. *The Borderless World. Power and Strategy in the Interlinked Economy*. Ed. Harper Perennial, Nueva York, 1990. p. 91.

¹¹ Para Ohmae el próximo escenario global, interpreta al mundo tal y como lo veía. Hace 20 años la globalización no era más que un término, un concepto teórico. Hoy día es una realidad. La Economía global es, pues

“una forma de gestión totalmente integrada a escala mundial de la gran empresa”,¹² que modifica no sólo su morfología, sino su naturaleza misma. Aquí a lo que se asiste es al nacimiento de una nueva figura productiva, de un nuevo sujeto económico con geometrías y dimensiones distintas a las hasta ahora conocidas: un sujeto caracterizado por una “cuasi-ubicuidad”¹³ que es un elemento conocido en el ciberespacio, pero que huye de cualquier regulación y normatividad ancladas todavía en los tradicionales espacios económicos y políticos.

I.3 ROBERT REACH

Ahora nos corresponde reconocer la participación de Robert Reich,¹⁴ Secretario del Trabajo en la Administración de Clinton, quien en 1993 intentó sin gran éxito, proponer una política económica original, adaptada a la era de la globalización.

una realidad y no una teoría. Rebase las fronteras de la economía y es algo más que un análisis del entorno que deba ser considerado en el análisis de una economía nacional.

¹² Boyer, Robert. *La Globalization, Mythes et Réalités*. Ed. Fayart, París, 1995. p.2

¹³ El concepto de “cuasi-ubicuidad” implica que un sujeto de referencia está ligado por una relación de proximidad con una pluralidad de otros sujetos, cualquiera que sea su localización (su distancia espacial) en cuanto que la velocidad de comunicación produce un efecto de simultaneidad entre ellos.

¹⁴ Reich, Robert. *L'Economie Mondial-issé*. Ed. Dunod, París, 1993.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

222

En fin la globalización puede representar una nueva configuración que marque una ruptura en relación a las etapas precedentes de la economía internacional.

Anteriormente, la economía era internacional, pues su evolución estaba determinada por la interacción de procesos que operaban esencialmente a nivel de los Estados-Nacionales. En la actualidad se vería el resurgimiento de una economía globalizada en la que las economías nacionales estarían desmembradas y después rearticuladas en el seno de un sistema de transacciones y de procesos que operan realmente a nivel internacional. Esta definición es la más general y sistemática, ya que supone enfatizar en una ruptura cualitativa con respecto al conjunto de regímenes internacionales que se han llevado a cabo después del surgimiento del capitalismo comercial.

Por una parte los Estados-Nacionales y en consecuencia, los gobiernos perderían toda capacidad de influir en las evoluciones económicas nacionales, al grado que las instituciones centralizadas heredadas de la posguerra, debían ceder su lugar a constitución de entidades regionales y urbana, punto de apoyo necesario de la red tejida por las multinacionales. El fin del Estado-Nación¹⁵, es el título de una obra

¹⁵ En la introducción de este libro, Ohmae expresa que junto con la expansión de la economía global ha surgido una visión más unificada del mundo de los negocios, el cual es visto ahora como una totalidad en sí mismo, sin restricciones de las barreras nacionales. Por ello, encontramos que la literatura sobre el impacto de estos cambios de ha

publicada en 1995 por Kenichi Ohmae, quien se ha convertido en un gran predicador de la globalización.

Por otra parte, los diversos territorios sometidos a este nuevo modelo se volverían sumamente interdependientes, al grado de manifestar evoluciones sincrónicas, más que idénticas, en busca de la homogeneización.

Adiós a los compromisos políticos nacionales y a la noción misma de coyuntura local, ya que todo lo que está sucediendo en el otro extremo del planeta influirá ahora en las grandes megalópolis que las evoluciones de las zonas geográficamente vecinas, pero desconectadas del sistema globalizado.

Esta tercera acepción del concepto de globalización, dada por Reich, en su libro "*The World of Nations*"¹⁶ en el cual se demostraba justamente el progresivo empañamiento y luego la disolución del carácter nacional de la empresa. El fin de la lógica de los "campeones industriales", que toda nación podía hacer competir en la arena internacional, y cuya ventaja económica terminaba en transformarse en una equivalente ventaja social y política para el país de procedencia, junto con las hila-

reflejado fundamentalmente en las áreas de los negocios, la estrategia corporativa, las finanzas, en nuevas formas organizacionales y nuevas concepciones del liderazgo, pero muy poco en la academia, en el discurso teórico, particularmente en la economía y en la política.

¹⁶ Reich, Robert. *The World of the Nations*. Preparing Ourselves for XXI Century Capitalism. Ed. Random House, New York, 1992.

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

223

turas productivas que se extienden, con los ciclos que se interconectan y se integran en un red mundial.

1.4 OCTAVIO IANNI

La globalización¹⁷ está presente en la realidad y en el pensamiento, desafiando a muchos en el mundo, a pesar de las vivencias y opiniones de unos y otros, la mayoría reconoce que esta problemática está presente en la forma mediante la que se diseña el nuevo mapa del mundo, en la realidad y en lo imaginario.

Ya son muchas las teorías empeñadas en esclarecer las condiciones y los significados de la globalización. Unas con cierta timidez mientras que otras, con bastante audacia, algunas veces se desconocen mutuamente y otras se influyen, pero todas abren perspectivas al esclarecimiento de las configuraciones y movimientos de la sociedad global.

Vale la pena mapear las principales teorías de la globalización, pues permiten aclarar no sólo las condiciones en las que se forma la sociedad global, sino también, los desafíos que se crean para las sociedades nacionales. Los horizontes que se abren con la glo-

balización, en términos de integración y fragmentación, pueden abrir nuevas perspectivas para la interpretación del presente, la relectura del pasado y la imaginación del futuro.

La problemática de la globalización implica naturalmente un diálogo múltiple con autores e interlocutores en diferentes perspectivas históricas y teóricas.

varios y encadenados los procesos que caracterizan a la globalización del capitalismo, desde la acumulación originaria hasta la concentración y centralización del capital, del desarrollo cuantitativo y cualitativo de las esferas productivas de desarrollo y la modernización de las relaciones de producción, de la nueva división internacional del trabajo y de la producción a la constitución del mercado mundial, al influir o articular mercados nacionales y regionales, de las formas singulares y particulares del capital al capital en general.¹⁸

A fines del siglo XX, se reabren espacios y fronteras, inesperados o recreados, disponibles o forzados. Junto con la desagregación del bloque soviético, con la disolución del mundo socialista se generalizan políticas de desestatización, desregulación, privatización, apertura de mercados, flujo cada vez más libre de las fuerzas productivas, modernización de las normas jurídico-políticas y de las instituciones que organizan las relaciones de producción, todo esto universaliza más

¹⁷ En su libro *Teorías de la globalización* (1996) de Octavio Ianni, ha investigado y estudiado a los procesos de cambio, transformación y modernización de América Latina y expone con gran claridad los efectos de la globalización en la sociedad post-industrial, y los procesos de acumulación flexible y su impacto sobre todo el planeta, y respecto a los temas esenciales de las Ciencias Sociales.

¹⁸ Cfr. Ianni, Octavio. *Metáforas de la Globalización*, Ideas, año número 1, Campinas, Unicamp, Brasil, 1994.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

224

que nunca el modo capitalista de producción, y al capitalismo como proceso civilizatorio.

La ironía de la historia es que la globalización del capitalismo desempeñó un papel decisivo en la desagregación del bloque soviético y en la transición de cada una y todas las naciones socialistas de economías centralmente planificadas a economías de mercado. En los últimos decenios del siglo XX, las corporaciones transnacionales y en Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Unión Europea, entre otras organizaciones multilaterales y transnacionales, pasan a desempeñar un papel creciente y decisivo en la institucionalización y dinamización de la economía de mercado, esto es, propiamente capitalista, en las naciones que habían desarrollado sistemas económicos centralmente planificados, sistemas considerados básicos para la construcción de la sociedad socialista. El desarrollo intensivo y extensivo del capitalismo, según se había verificado durante la *guerra fría*, se aceleró aún más cuando ésta terminó, debido a la perestroika, al glasnost, a la caída del muro del Berlín, a la reunificación de Alemania y a la reactivación de las fuerzas productivas y de los intercambios en el ámbito mundial. En esa ocasión el este europeo, Rusia, las repúblicas formadas con la desagregación de la Unión Soviética, China, Vietnam y otras naciones con regímenes socialistas, se volvieron fronteras de desarrollo intensivo y extensivo del capitalismo. Un capitalismo que ya encontró fuerzas productivas bastante desarrolladas, pero que precisó crear,

desarrollar, y consolidar relaciones de producción consecuentes con las exigencias de la dinámica del mercado, de la reproducción ampliada del capital de manera global.

Por todo esto y vista desde una perspectiva histórica amplia, la globalización viene de hace mucho tiempo y envuelve diversas formas de organización y dinamización de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción: acumulación originaria, mercantilismo, colonialismo, interdependencia, transnacionalismo y globalismo. Son varias, diferentes e interrelacionadas las formas por las que el capitalismo se desarrolla, transforma y generaliza, a lo largo de la historia y de la geografía.

En suma, no se trata de pensar que la sociedad global ya estaba en Marx. Se trata sólo de reconocer que algunas de las instituciones e interpretaciones desarrolladas en sus escritos contemplan las dimensiones mundiales del capitalismo como modo de producción y proceso civilizatorio. En el pensamiento de Marx y de algunos de sus continuadores, pueden encontrarse recursos metodológicos y teóricos fundamentales para la inteligencia de la globalización. Desde esta perspectiva, la sociedad global puede parecer compleja y evidente, caótica y transparente, una totalidad problemática, contradictoria, en movimiento.¹⁹

¹⁹ En su más reciente libro, *Enigmas de la modernidad-mundo*, Ianni explora -por medio de la metáfora del viaje- los complejos procesos de transformación mundial, a partir de una modernidad cuyos orígenes pueden

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

225

Así es como la sociedad global, vista en sus configuraciones y en sus movimientos, se revela como el nuevo estadio de la historia. Este es el horizonte sobre el cual se puede releer el pasado, interpretar el presente e interpretar el futuro.²⁰

1.5 ISIDORO MORENO

Para comprender la fase histórica en la que se encuentra la humanidad, necesita definiciones sintéticas, paradigmas omnicomprendivos. Por esta razón, al final de la guerra fría, hoy se habla de globalización. Es indudable que, como todas las síntesis, todos los paradigmas, esta definición comporta simplificaciones excesivas y reduccionismos delectóreos, pero sería inútil negarse a utilizar una terminología que sirve, por lo menos para delimitar una temática, para identificar un campo de discusión, aunque sea de forma aproximativa.

Cuando en noviembre de 1989, cayó física y simbólicamente el muro de Berlín y, en muy corto plazo de tiempo se produjo la desaparición de los regímenes del supuesto socialismo real en todos los países del este europeo, ello fue considerado por los ideólogos del “fin de la historia” como la confirmación práctica de sus tesis: el triunfo absoluto del mercado prácticamente a nivel mundial, la imposibilidad de cualquier

vincularse con los procesos de acumulación originaria del capitalismo, en su fase mercantilista.

²⁰ Ianni, Octavio. *Teorías de la Globalización*. Ed. Siglo XXI, México, 1998. Pp.23.

otra política que no emanara del pensamiento único neoliberal y la instauración del nuevo orden internacional. Todos los obstáculos estaban allanados para que se desarrollara en el conjunto del planeta una economía, una sociedad y una cultura globales, que caracterizarían a un sistema-mundo unificado. La “aldea global” que McLuhan²¹ habían adelantado para el ámbito de la comunicación se extendería con rapidez a todos los demás ámbitos.

De acuerdo a Isidoro Moreno²², por globalización entendemos generalmente el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional. La globalización sería la última fase, la culminación del proceso de la mundialización comenzado hace varios siglos, en la época de los grandes descubrimientos geográficos y el inicio del colonialismo europeo, intensificado con la consolidación del modo de producción capitalista y del modelo de Estado-Nación, y culminado por la

²¹ Herbert Marshall McLuhan, fue un educador, filósofo y estudioso canadiense. Profesor de literatura inglesa, crítica literaria y teoría de la comunicación, McLuhan es reverenciado como uno de los fundadores de los estudios sobre los medios, y ha pasado a la posteridad como uno de los grandes visionarios de la presente y futura sociedad de la información. Durante el final de los años 60 y principios de los 70, McLuhan acuñó el término aldea global para describir la interconexión humana a escala global generada por los medios electrónicos de comunicación.

²² Catedrático y Director del Departamento de Antropología Social, Sociología y Trabajo Social de la Universidad de Sevilla.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

226

revolución de las tecnologías. La globalización sería así, el resultado final de la modernidad, del despliegue de las posibilidades contenidas en los ejes de esta definición desde la segunda mitad del siglo XVIII europeo.

En este punto, conviene analizar críticamente, aunque sea con brevedad, lo que de realidad y de falacia tiene el discurso de la globalización en dos de sus diversas dimensiones (económica y política).

Comencemos por la dimensión económica. En ésta, es obvio que debido a la muy acentuada transnacionalización y fusión del capital, los flujos de éste tienen lugar ya hoy en un mercado de nuevas tecnologías y el de la mayor parte de materias primas y de mercancías manufacturadas. Esto, unido a una deslocalización creciente de los procesos productivos, ha dado como resultado, entre otros, el que no sea posible el mantenimiento o, en su caso, la construcción de economías productivas con marcos estatales, y el que no sea posible en la actualidad, desde los poderes políticos de los Estados, controlar los flujos y maniobras de capital.

El Estado-Nación es cada vez más impotente para controlar la política monetaria, decidir su presupuesto, organizar la producción y el comercio, recabar impuestos sobre sociedades y cumplir sus compromisos para proporcionar prestaciones sociales. En suma, ha perdido la mayor parte de su poder económico.

No todo lo que se encuentra en el mercado, sin embargo, responde al principio de libre circulación a escala mundial, ni está por tanto globalizado.

Un factor económico tan central como es la fuerza de trabajo, no sólo queda fuera de la dinámica de la globalización, sino que está inscrita en una tendencia inversa, la de una creciente segmentación, salvo en ámbitos muy específicos, debido a la multiplicación de barreras a su libre circulación y también por la acentuación de los factores que la segmentan en su composición interna. Para constatar este fenómeno, basta considerar las crecientes trabas legales y policiales que la Unión Europea, los Estados Unidos o Japón levantan frente a los inmigrantes del sur. Y observar los mecanismos mediante los cuales, el acceso a los mercados de trabajo dentro de cada Estado y de cada nación dentro de un Estado, se consolida cada vez más como claramente diferenciado para diversas fracciones de la fuerza de trabajo según sexo, etnia, edad y otros factores.

El mercado de capitales y el de la mayor parte de las mercancías, sí están ya globalizados, en el sentido de constituir o estar cerca de ello, un único mercado a escala planetaria, regido por una única lógica, pero no así el mercado de trabajo. Por lo tanto, sólo es adecuado hablar de mundialización de la economía, y ello sobre bases desigualitarias y éticamente injustas, pero no es correcto afirmar la globalización total de la economía. Quienes así lo hacen caen en dos reduccionismos: reducen la economía al mercado y reducen el mercado al mercado de capitales. Doble reduccionismo que es inaceptable, no sólo por razones éticas, sino porque no responde a la realidad de las cosas. Esta realidad nos muestra una acentuación de la

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

227

mundialización de la economía que provoca tanto fenómenos de globalización, tanto fenómenos de segmentación, según convenga a la lógica económica dominante, que es la del capital financiero transnacional.²³

En la dimensión política, la globalización ha generado también dos dinámicas opuestas, pero complementarias. Una conduce a la consolidación de las instancias supraestatales, en las cuales es evidente el déficit democrático, precisamente porque se están construyendo con el mismo modelos de globalización que ha adoptado el mercado, es decir, al servicio de minorías sin control alguno democrático, por parte de los ciudadanos y ni siquiera de los propios Estados, cuyo papel se reduce prácticamente a legitimarlas. La otra lleva a la emergencia o reemergencia de los marcos políticos etnonacionales, subestatales, existentes desde el antiguo o resultado de procesos actuales de etnogénesis. La dimensión de estos marcos, el sentido del territorio, la densidad de las redes sociales, la proximidad a los problemas y la identidad y experiencia histórica compartida, les hace ser especialmente adecuados para tratar de reinventar en ellos la democracia, hoy bajo mínimos o convertida en simple ritual vacío en el contexto de los Estados-Nación en declive.²⁴

²³ Castells, M. *La Era de la información: Economía, Sociedad y Cultura*. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1998. p. 282.

²⁴ De acuerdo con la idea de un mundo en creciente relación y globalizado, Luhmann (Luhmann, Niklas. *Poder. UIA/Anthropos*, Barcelona.) , afirma que "ya no tiene mucho sentido pensar en el Estado como una cate-

El punto de vista de los tratadistas señalados en este artículo, nos llevan a reflexionar sobre el presente y futuro del Estado-Nación, como forma de organización política. Hemos incluido las reflexiones de Levitt, Ohmae, Reich, Ianni y Moreno, que no en todos los casos son estrictamente jurídicas, debido a que abordar el concepto de globalización con herramientas exclusivamente jurídicas, no es la mejor manera de llegar a resultados óptimos.

En este orden de ideas, afirmamos que el constitucionalismo moderno ha nacido y se ha desarrollado sólo en los Estados –Nación, que comienzan a surgir al término de la Edad Media. El Estado –Nación ha supuesto en este sentido, no solamente la base territorial, sino también el espacio privilegiado del constitucionalismo. No hay duda que si se afecta su atmósfera natural (el Estado –Nación), el derecho constitucional saldrá de una manera u otra afectado, transformado. Así, cualquier observador de la realidad puede darse cuenta de que algo le está pasando al Estado. Es común escuchar que el Estado

goría regional, sino que el sistema político del mundo delega a los Estados para que mantengan el orden en las regiones. Esto no podría hacerse centralizadamente, desde Nueva York o Pekín o Berlín". Así, en inicios del siglo XX, el Estado sigue vigente como instrumento explicativo de las políticas en las sociedades modernas. Globalización y Estado son un binomio que se conjuga en el marco de la modernidad. La occidentalización del mundo, configura un Estado racionalizado que juega y ha jugado un papel relevante en el proceso de modernización de los territorios tan lejanos como África y Australia.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

228

no es más el monstruo poderoso que describió Hobbes en el Leviatán. Quizá tampoco sea el ogro filantrópico del que hablaba Octavio Paz en la época de los setenta. Sabemos ya lo que no es ni puede ser el Estado, pero tal vez no estamos seguros de poder decir lo que si es y lo que podrá ser en el futuro inmediato.

En suma, lo que parece cierto es que asistimos desde hace algún tiempo, a una increíble ofensiva en contra del Estado. Lo que tenemos en la actualidad es un Estado enfrentado a procesos a los que ya no puede dominar y que de forma sostenida va perdiendo poder, tanto hacia arriba (Tratados de Libre Comercio, uniones monetarias, políticas, transferencia de competencias a instancias supranacionales, subordinación de facto a empresas transnacionales, embates de especuladores financieros mundiales, etc.), como hacia abajo (riesgo de secesión, nacionalismos periféricos, neocorporativización de la sociedad, falta de normatividad de sus regulaciones, etc.).²⁵

II. CONCLUSIONES

- El objetivo de abordar el tema de la globalización y su virtud es el de ayudar a entender a los aca-

²⁵ El Estado-Nación está cada vez más sometido a la competencia más sutil y preocupante de fuentes de poder, que no están definidas y que, a veces son indefinibles. Son redes de capital, de producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones, transnacionales y movimientos de opinión pública.

démicos, a los políticos, a los gobernantes que el mundo ha cambiado. De esta conclusión se infiere que el futuro será distinto. Por ello, se requiere tener una visión de cambio. No se trata del futuro como incertidumbre del discurso económico, eminentemente de corto plazo, sino de que, simplemente, el futuro será distinto en tanto que las experiencias históricas concretas no se repiten, pero tampoco pueden ser la proyección del actual mundo centralizado.

- Al realizar este somero análisis del término globalización, nos ha resultado evidente el hecho de que en muchos países existe un amplio e intenso interés por saber hacia dónde se dirige el mundo en general, y el propio país en particular -en nuestro caso México-. Los desafíos tecnológicos, las cuestiones de género, el futuro de la agricultura, la migración, el daño al medio ambiente, las consecuencias de la globalización y el impacto de todo ello sobre las políticas, las prioridades del gasto, incluso los valores y la cultura son tema de un profundo interés desde Francia a Japón, desde New York a El Cairo. Explican al menos en parte la búsqueda de nuevas estructuras políticas transnacionales y su nacionales, las innumerables comisiones que investigan los sistemas educativos nacionales, los llamamientos en favor de una acción conjunta sobre el calenta-

La globalización: su concepto e impacto en los sistemas...

229

- miento global o la ayuda al desarrollo, los debates sobre apertura o protección comercial, etc.
- No es posible escapar de la realidad respecto a que en el escenario global el papel de los gobiernos debe ser completamente diferente. Tradicionalmente los gobiernos se han considerado a sí mismos como depositarios del poder, pero encuentran que gran parte de su poder ha desaparecido en un mundo sin fronteras, y que un gobierno central fuerte y poderoso es parte del pasado. Los gobiernos que traten de aferrarse a las ilusiones persistentes del poder, más impotentes se verán.
 - Los movimientos de integración económica toman fuerza de la globalización y por ello los gobiernos deben ser reinventados.
 - Existen nuevos problemas que inciden sobre la visión del mundo: el crecimiento de la pobreza, las nuevas corrientes migratorias, el efecto invernadero, la decisión de los pueblos de combatir el deterioro del medio ambiente y el calentamiento global, el final de la energía barata, los escándalos de las corporaciones por fraudes, entre muchos otros.
 - El sistema económico no está enfermo: enfermos están aquellos que lo manejan. Reestructurándolo se podrá crear una nueva administración que atienda a los reclamos de los países desarrollados, pero sobre todo de los subdesarrollados; de los ricos, pero sobre todo de los pobres. No es justo

que más del 50% de la población mundial viva sumida en la pobreza, la exclusión, el analfabetismo, la enfermedad y la miseria. Es inhumano que actualmente unos 1.200 millones de personas en el mundo vivan con menos de un dólar diario, al mismo tiempo que 2.500 millones de personas vivan con menos de dos dólares diarios.

- La globalización no cumplió con lo que prometió. La globalización no atendió a los desaventajados ni permitió un mayor acceso a la información, a la salud y a la educación. Muy por el contrario, la brecha entre pobres y ricos creció, y el acceso a la información se dificultó. Y por ello treparon los índices de corrupción y creció la implementación de políticas injustas. Es hora, entonces, de que la opinión pública tenga conocimiento del fin y del accionar de las organizaciones globales y de los Estados, para poder así reclamar por lo que les corresponde, y reclamar por lo que les corresponde a quienes no pueden ya reclamar.

III. FUENTES

- Amor, Daniel. *The E-Business, Revolution Living in an Interconnected World*. Ed. Prentice-Hall, Brasil, 2001.
- Boyer, Robert. *La Globalization, Mythes et Réalités*. Ed. Fayart, Paris, 1995.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

230

- Castells, M. *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Dabat, Alejandro. *El Mundo y Las Naciones*. Ed. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, UNAM, México 1993.
- Daniel M. Reeves, Benjamin N. Grosf, Michael P. Wellman y Hoi Y. Chan. *Automated Negotiation from Declarative Contract Descriptions*. University of Michigan Artificial Intelligence Laboratory.
- Del Águila Obra, Ana Rosa. *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial*. Ed. Alfaomega, México, 2001.
- Elsentpeter, Robert C. y VELTE Toby J. *Fundamentos de Comercio Electrónico*. Ed. Mc-Graw Hill, México 2002.
- Ianni, Octavio. *Metáforas de la Globalización*. Ed. Ideias, año número 1, Campinas, Unicamp, Brasil, 1994.
- *Teorías de la Globalización*. Ed. Siglo XXI, México, 1998.
- Irabien, José. *El Internet en nuestras vidas*. Ed. Mc-Graw Hill, México 2001.
- Kling Lamb, R. *IT and Organizational Change in Digital Economies: A Socio-Technical Approach*. Ed. Understanding the Digital Economy: Data a Tools and Reserch., 1999.
- Levitt Théodore. *Globalization of Markets*. Ed. Harvard Bussines Review, número 3 mayo-junio, 1983.
- Levitt, L. *Comercial Use for Internet*. Obtenido en <http://www.isoc.org/2> septiembre de 1997.
- Loeviger, Lee. *The Industrial Revolution in Law*. Ed. Modern Uses of Logic in Law. Junio de 1960.
- Ohmae, Kenichi. *De L'Etat-Nation aux Etats-Régions*. Ed. Dunod, París, 1996.
- *El Poder de la Triada. Panorama de la competencia Mundial enla Próxima Década*. Ed. Mc-Graw Hill, México, 1990.
- *The Borderless Norld. Powwer and Strategy in the Interlinked Economy*. Ed. Harper Perennial. Nueva York, 1990.
- Reich, Robert. *L'economie Mondialisé*. Ed. Dunod, París, 1993.
- *The Word of the Nations*. Ed. Random House, Nueva York, 1992.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia y a la nanotecnología

Carlos Rodríguez Manzanera*

*“Piensa primero por qué quieres que los estudiantes aprendan el tema y qué quieres que sepan, y el método surgirá más o menos por sentido común.”***

RICHARD P. FEYNMAN

Sumario: I.- Introducción. II.- Inversión. III.- Antecedentes Históricos. IV.- La Escala de Estudio y de la Tecnología Diminuta. V.- En la Escala en los Organismos Vivos. VI.- Conceptos Básicos. VII.- Nanociencia y Nanotecnología. VIII.- Inventos. IX.- Más Pequeño que la Microelectrónica es la Nano electrónica. X.- Responsabilidad, Riesgos y Peligros. XI.- Futuro Jurídico. XII. – Fuentes.

Resumen: El siguiente artículo trata de atraer la atención de los abogados sobre la *nanociencia* y la *nanotecnología*, como dos ciencias interdisciplinarias que van a cambiar nuestras vidas, para esto se hace hincapié en la inversión millonaria que las naciones y las transnacionales están llevando a cabo en ellas. A continuación se hace referencia a los antecedentes históricos de estas disciplinas a través de sus afamados investigadores y luego se proporcionan las escalas y los conceptos básicos que faciliten su comprensión. Se aportan algunos de los últimos inventos en este campo y se muestra como estas ciencias han surgido de diversas necesidades, haciendo énfasis en el terreno de la nano-electrónica. Por último, se refiere a sus riesgos y peligros, dando algunas ideas jurídicas sobre su regulación.

* Profesor definitivo de Tiempo Completo por concurso de oposición abierto en el área de la Filosofía del Derecho, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Feynman, Richard P. *Seis Piezas Fáciles*. Ed. Crítica. Barcelona, España. 1998. p. 21

Seminario de Filosofía del Derecho

232

I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho, y no es muy difícil de constatar, que el derecho siempre llega tarde a la cita pues, en la realidad, la sociedad y su conocimiento práctico van mucho más rápido y se adelantan a la labor jurídica que puedan llevar a cabo los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En las aplicaciones de la genética, la biotecnología, la informática y la electrónica, actualmente se pueden encontrar numerosos ejemplos que corroborarían lo anterior. El hecho de que la creación y la aplicación del derecho se retrasen frente al continuo avance científico y tecnológico, ha sido hasta ahora algo comprensible e incluso justificable. No obstante, mucho ayudaría a evitar esa pérdida de tiempo, si desde las diversas áreas jurídicas se llevara a cabo una labor de prevención y difusión de todo aquello que tendrá una intervención actual o futura en el campo del derecho. Frente a las labores tradicionales que las diferentes disciplinas desempeñan y, en particular, desde la filosofía del derecho, es necesario ahora referirse al tema que los científicos aseguran va a modificar al mundo en la forma en que lo conocemos.

Si hay un par de ciencias interdisciplinarias que van a cambiar nuestras vidas en los próximos años de una manera radical, entonces es necesario tener noticias de ellas. La *nanociencia* y la *nanotecnología* están proporcionando el conocimiento para manipular y controlar los átomos y las moléculas. Estas ciencias no solamente se ocu-

pan de los procesos de miniaturización (métodos *top-down*), de hacer las cosas más pequeñas, sino también de crear y ensamblar estructuras moleculares que no existen en la naturaleza, así como de su amplificación (métodos *bottom-up*).¹ Si todo está formado por átomos y moléculas, incluso nosotros mismos, entonces se podrá *construir desde abajo*, desde lo *invisible* hasta lo *visible* tal como lo hace la naturaleza.

Imaginemos por un momento que es posible aprovechar los átomos y las moléculas de la basura para elaborar los productos habituales que son necesarios para nuestra subsistencia. Por ejemplo, si para fabricar las llantas de los coches se pudiera tomar de los desechos todo lo indispensable, qué pasaría con las compañías y los trabajadores de la industria de los neumáticos. Si en forma similar estos cambios llegaran a todo el sistema de producción, desaparecerían muchos trabajos y aparecerían otros, modificando todas las economías del mundo.

II. INVERSIÓN

La nanociencia y la nanotecnología con un crecimiento vertiginoso se hallan presentes en la mayor parte de las naciones, principalmente en las industrias y en las universidades con la participación de sus gobiernos.

Ciencias en las que los países del mundo habrán invertido un billón de

¹ Mundo Nano. *Del ADN a los Nanomateriales*. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nanotecnología. Vol 1, No 1, Noviembre de 2008. Pág. 35.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

233

dólares² para el año 2015 y en las que se calcula también que el mercado de los productos nanoescalares alcanzará la cifra de mil millones de dólares anuales, son el resultado de la globalización y llevan a pensar en Marx: *“Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí.”*³

Si se transforma la actividad económica, entonces se producirán cambios en el derecho. Seguramente serán muchos los beneficios que traerá la nanotecnología como los ha traído la ingeniería electrónica; pero también hay que advertir que actualmente no se invierte lo necesario para evaluar los peligros y medir la toxicidad de los materiales nanotecnológicos: *“Pero resulta que ninguna de las empresas ha realizado las pruebas de toxicología”, dijo Alok Dhawan, investigador del Instituto Indio de Investigación Toxicológica, porque no hay ninguna estipulación que los obligue a hacerlo.*⁴

² <http://www.nanotecnologica.com/los-paises-y-sus-inversiones-multimillonarias-en-la-nanotecnologia/>

³ Marx, Carlos y Engels F. *Obras Escogidas*. Tomo 1. Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política. Ed. Progreso Moscú. P. 344. Negrillas para resaltar la idea.

⁴ Mundo Nano. *La Seguridad es Ignorada en la Carrera Nanotecnológica*. Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotec-

Los materiales nanotecnológicos varían en su comportamiento dependiendo de su tamaño, forma, superficie y composición química, de ahí sus grandes posibilidades pero también el enorme peligro.

Es un campo en el que no hay suficiente información y mucho menos legislación. Día a día se incorporan nuevos artículos elaborados con *nanomateriales*, sin el visto bueno y la aprobación de las autoridades. Muchos de sus efectos sobre la salud y el medio ambiente son desconocidos. Las *nanopartículas* y los *nanomateriales* pueden entrar al cuerpo humano o al de los animales con facilidad, pues, al disiparse en el aire, son susceptibles de ser inhalados, alcanzar al flujo sanguíneo y depositarse en otros órganos, ser ingeridos o entrar en contacto con la piel. Sus riesgos son difíciles de prever y calcular.

Es necesario que los juristas tomen conciencia de los efectos legales que se producirán por el desarrollo de estas ciencias, para promover el marco jurídico en el cual se regulen las actividades de investigación y aplicación, así como los productos que sean el resultado de ellas. No hay legislaciones y lo poco que existe es incipiente, sobre todo si se toma en cuenta que, después de diez años del desarrollo de la nanotecnología, es hasta el 2010 cuando se propone en los Estados Unidos la primera Ley de Seguridad en Nanotecnología, por los senadores Mark Prior y Benjamín Cardin con

nología. Vol. 3, No 1, Enero-Junio, 2010. Pág. 14

la finalidad de que: "...las medicinas y otros productos y dispositivos médicos, así como los aditivos para la alimentación basados en nanotecnología, sean seguros y efectivos."⁵

Será la Agencia de Alimentos y Medicamentos (FDA por sus siglas en inglés) la que estudie los efectos de los nanomateriales en el cuerpo humano, así como sus mecanismos de acción.

Se puede decir que ni el derecho ni su respectiva ciencia jurídica están preparados para los avances vertiginosos de la nanotecnología y al final de este escrito se hará una referencia a este tema. Por el momento hay que adentrarse en los orígenes del desarrollo de estas ciencias.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Richard P. Feynman⁶ quien fuera Premio Nobel de Física en 1956 es considerado el padre de la nanociencia. Su famosa conferencia en la Universidad Tecnológica de California del 29 de diciembre de 1959: *There's Plenty of Room at the bottom: An Invitation to Enter a New Field of Physics* (*Hay mucho lugar allí en el fondo: una*

⁵ *Mundo Nano. Se Propone La Primera Ley De Seguridad En Nanotecnología. Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotecnología.* Vol 2, No 2, Julio-Diciembre, 2009. Pág. 12. <http://www.nanolawreport.com/2010/01/articles/the-nanotechnology-safety-act-of-010/#axzz1UTgVoc00>

⁶ *Mundo Nano.* Editorial. *Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nano- Tecnología.* Vol 1, No 1, Noviembre de 2008. Pág. 3. "Hay suficiente espacio en el fondo"

*invitación a entrar a un nuevo campo de la física).*⁷

*Me gustaría describir un campo en el cual poco se ha hecho, pero en el que mucho puede hacerse en principio.... Este campo tendrá un gran número de aplicaciones técnicas. De lo que quiero hablar es del problema de manipular y controlar cosas en una pequeña escala.*⁸

*¿Por qué no podemos escribir los 24 volúmenes completos de la Enciclopedia Británica en la cabeza de un alfiler?*⁹

Él sostendría que si calculamos el número de átomos en la cabeza de un alfiler, habría el suficiente espacio en ella para escribir toda la Enciclopedia Británica y se podrían además hacer todas las copias que se quisieran de su contenido. No hay límites técnicos para la miniaturización pero se trata de algo mejor, "de construir desde abajo". *Hay mucho espacio allá abajo entre los átomos. "Entender en una escala tan pequeña es tan fantástico. Es maravilloso y diferente y nada se comporta como en la gran escala. Los electrones se comportan como otra cosa en pequeño. No se comportan como partículas en esa escala. Tampoco se comportan como una espiral."*¹⁰

⁷ *Nanotecnología Aplicada. Pequeña Gran Industria.* Revista Muy Interesante. Año XXVIII No 01. Pág. 58-62.

⁸ <http://www.zyvex.com/nanotech/feynman.html>

⁹ *Nanotecnología Aplicada.* Op, cit. p. 59

¹⁰ Primer Programa de Cuatro Sobre Nanotecnología en TV UNAM. 2011.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

235

No debemos reducir en tamaño, lo mejor es construir en pequeñísimo a partir del átomo. Si la naturaleza crea elementos basados en un conjunto de átomos y moléculas de acuerdo con Feynman el hombre podrá hacer lo mismo algún día. Si podemos controlar esos elementos minúsculos, en una gran escala podríamos construir cualquier cosa. Una canica o un tostador. En el nanomundo todo es infinitamente grande. *Hay mucho espacio allá abajo.*

CONSTRUYENDO DESDE ABAJO

Feynman predijo que sería posible manejar átomos y moléculas para fabricar nuevos materiales y productos con propiedades fuera de lo común. Se trata de materiales extremadamente finos y con resistencia comparable o superior a la del acero. El vislumbró entre muchas cosas que en el futuro se llevarían a cabo cirugías médicas sumamente precisas en virtud de piezas minúsculas que operarían dentro de los tejidos.

El tiempo le ha dado la razón pues no había como él lo tenía previsto, leyes físicas que impidieran llevar a cabo todos estos avances. Su sueño visionario ha sido continuado por los siguientes científicos:

*Berd Karl Binning y Heinrich Rohrer*¹¹ Premios Nóbel de Física 1986, inventores del microscopio de efecto de túnel de barrido o de scan-

ner de electrones (1981) *Scanning Tunneling Microscope*. Logran ver los átomos en la superficie de los materiales.

K. Erick Drexler¹² en su libro de 1986, *Engines of Creation* (*Máquinas de la Creación*) predice la era nanotecnológica que se aproxima, una visión del adelanto en la manufactura tecnológica en el diseño de los componentes, aparatos y sistemas nanomecánicos, mediante el manejo de átomos y moléculas para fabricar nuevos materiales y productos con propiedades fuera de lo común. Imagina que algún día existirán instalaciones, compuestas por entidades robóticas capaces de armarse a ellas mismas (autoensamblarse) y de fabricar otros robots que sean capaces de hacer una copia de ellos mismos (autorreplificación). Estos robots crearán átomo por átomo los elementos que necesitamos y no habrá más procesos que necesiten una gran cantidad de materia y energía, porque todo se creará ahora utilizando los mismos bloques de la creación de la materia: los átomos.¹³ Drexler afirma que si no hay más límites para manipular la materia a nivel atómico y molecular que los impuestos por las leyes físicas, entonces es necesario pensar que los humanos tenemos una gran responsabilidad moral y ética que tendremos que asumir.

¹¹ <http://inventors.about.com/library/inventors/blstm.htm>

¹² <http://metamodern.com/about-the-author/>

¹³ <http://www.foresight.org/FI/Drexler.html>

*Sumio Iijima*¹⁴ Premio Príncipe de Asturias 2008, descubre los nanotubos de carbono en 1991. Las posibilidades de los nanotubos son inmensas porque son estructuras muy resistentes en comparación con otros materiales como el Kevlar, buenos conductores eléctricos y térmicos que permitirán que se elaboren materiales más ligeros; son además capaces de almacenar energía, mucha más energía.

*Harold Kroto*¹⁵ Premio Nóbel de Química 1996, famoso por sus estudios sobre la cristalización geométrica del carbono y su descubrimiento de los fullerenos, que son estructuras compuestas por átomos de carbono con propiedades especiales, como el Buckyball o fullereno C-60 que no existe en la naturaleza, es una creación humana.

*Alan J. Heeger*¹⁶ Premio Nóbel de Química 2000 por sus investigaciones acerca de los polímeros orgánicos conductores de la electricidad; trabaja

actualmente en la creación de celdas solares y láser.

*James M. Tour*¹⁷ Premio Feynman 2008 en Nanotecnología Experimental. "No hay nada mágico en la naturaleza, sólo complejidad" se trata de construir de abajo hacía arriba, y no apilando, ladrillos, piedras, madera, varillas, cemento. Se llegará a la construcción de estructuras superiores.¹⁸

*Konstantin Novoselov y Andre Geim*¹⁹ Premios Nóbel de Física en 2010 por sus investigaciones sobre el grafeno, han mostrado que éste podría llegar a desplazar al silicio con el que se fabrican los microchips.

Comprender estas ciencias implica asombrarse de las medidas y las escalas en las que los investigadores trabajan, razón por la cual se proporcionarían algunos cuadros comparativos y se hará referencia también a la terminología que habitualmente se emplea en estos terrenos científicos para explicar sus hallazgos.

¹⁴ <http://www.kavliprize.no/artikkel/vis.html?tid=41096>

¹⁵ <http://www.kroto.info/>

¹⁶ <http://www.mrl.ucsb.edu/mrl/faculty/heeger.html>

¹⁷ <http://www.jmtour.com/>

¹⁸ <http://www.thechemblog.com/?p=832>

¹⁹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/05/ciencia/1286269485.html>

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

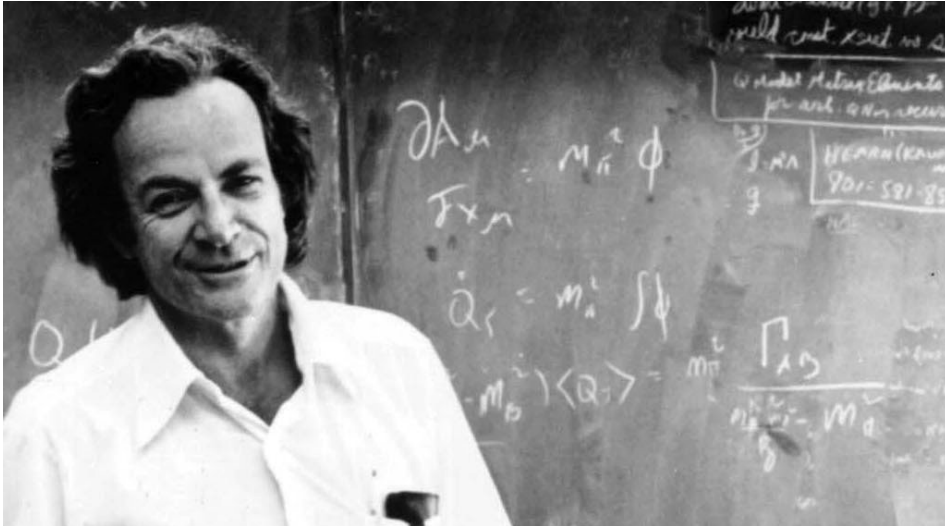


Figura 1. Richard Phillips Feynman.

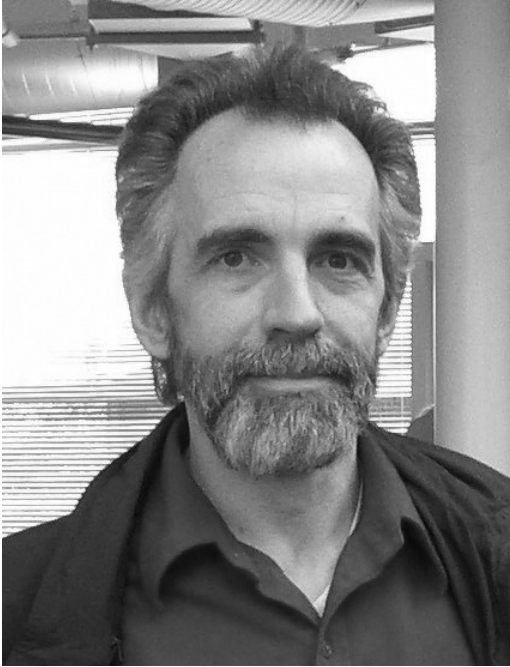


Figura 2. Kim Eric Drexler.

Seminario de Filosofía del Derecho

238

IV. LA ESCALA DE ESTUDIO Y DE LA TECNOLOGÍA DIMINUTA

“**Nano**” es el prefijo griego νανος que indica una medida; algo diminuto más que pequeño o bien, súper enano.

Desde arriba hacia abajo, de lo milimétrico a lo nanométrico:

Una milésima parte de un metro es un	milímetro.
La milésima parte de un milímetro es un	micrón.
La milésima parte de un micrón es el	nanómetro. (Nm)
(Un átomo es aproximadamente la quinta parte de esta última medida)	
La milésima parte de un nanómetro es el	picómetro.

Dicho de otra forma:

Un nanómetro es la **Milmillonésima** parte de un metro = **1, 000, 000,000** nm.

Un nanómetro es la **Millonésima** parte de un milímetro = **1, 000,000** nm.

Un nanómetro es la **Milésima** parte de un micrómetro = **1,000.** Nm.

O visto de otra manera, desde abajo hacia arriba:

Mil nanómetros configuran un micrómetro.	1000 nm.
Un millón de nanómetros forman un milímetro.	1.000.000 nm.
Mil millones de nanómetros conforman un metro.	1.000.000.000 nm.

Escala:

Un metro = 1000/1

Un milímetro = 1/1 milésima parte de un metro.

Un **micrón** = 1/1000 mil veces más pequeño que un milímetro.

Un **nanómetro** = 1/1, 000, 000,000 mil millones de veces más pequeño que un metro, un millón de veces más pequeño que un milímetro, y mil veces más pequeño que un micrón.

(10-9 metros) **0.000, 000,001** = un **nanómetro**.

Un **nanómetro** tiene el ancho aproximado de 10 átomos de hidrógeno. Siete átomos de oro colocados en fila tienen una longitud aproximada de un nanómetro.

La **nanoescala** va de los 1000 **nanómetros** hasta el nivel atómico por ello la nanotecnología es el control y la manipulación de la materia en la escala de un micrómetro. (La barba de un hombre crece 5 nanómetros cada segundo).

Los **nanomateriales** son aquellos nanoelementos en los cuales se trabaja al menos en una dimensión menor a los 100 nanómetros.

Las **nanopartículas** constituyen a los nanomateriales.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

V. EN LA ESCALA EN LOS ORGANISMOS VIVOS²⁰

UNA PULGA DE AGUA	=	1 MILÍMETRO	1000 MICRÓMETROS 1, 000,000 nanómetros.
VOLVOX (Algas verdes constituidas por 500 células)	=	1/10	100 MICRÓMETROS 100,000 nanómetros
DIATOMEA (Algas unicelulares)	=	1/1000	
NEMATODO (Gusanos no segmentados, como los parásitos)	=	1/10000	10, 000 nanómetros
CÉLULAS ROJAS	=	1/10000	10 MICRÓMETROS 10,000 nanómetros
BACTERIAS (Salmonela)	=	1/100000	1 MICRÓMETROS 1000 nanómetros
VÍRUS SIMPLE DE HERPES UN CROMOSOMA	=	100 NANÓMETROS	
VÍRUS DE LA POLIO	=	10 NANÓMETROS	
PROTEINAS Y OTRAS MOLÉCULAS BIOLÓGICAS Y NO BIOLÓGICAS (Buckyball o fullereno construido por el hombre C-60)	=	1 NANÓMETRO	
ÁTOMO DE HIDRÓGENO	=	0.1 NANÓMETRO	

Hacer las cosas millones y millones de veces más pequeñas supone ampliar enormemente el campo de la acción, la nanotecnología es por definición, increíblemente diversa. Vistos desde la nanotecnología somos tan sólo organismos que se autoensamblan a partir de células, desde la nanoescala hasta la microescala, y luego a la macroescala.

ÁREAS DE ESTUDIO A ESE NIVEL.

1. La comprensión de la célula y el genoma a escala molecular y atómica.
2. El comportamiento de las moléculas aisladamente.
3. La estructura a la escala atómica.
4. Los fenómenos cuánticos y su influencia.

²⁰ <http://es.games68.com/games.php?id=247283>

Seminario de Filosofía del Derecho

240

VI. CONCEPTOS BÁSICOS

El *Microcosmos* es la puerta de entrada al *Nanoespacio*.

"*Nano*" es entonces un prefijo griego que indica una medida y significa *pequeño*, a su vez, *pequeño* tiene como sinónimos a: Minúsculo, Diminuto, Mínimo, Ínfimo, Nonada y Enano.

Algo *Microscópico* es algo *pequeñísimo* pero, mientras que *Micro* es la *Millonésima* parte del metro, *Nano* es algo diminuto, la *Milmillonésima* parte del metro.²¹

Nanociencia: La ciencia (interdisciplinaria) que *estudia* lo más pequeño o extremadamente diminuto o minúsculo, como los átomos y las moléculas.

Nanotecnología: La técnica (interdisciplinaria) que se ocupa de la *creación, manipulación y copia* de lo más pequeño o extremadamente diminuto o minúsculo, al nivel de los átomos y las moléculas.

Nanoespacio: Es el objeto de estudio y el campo de aplicación de la nanociencia y de la nanotecnología respectivamente, comprende lo más pequeño o extremadamente diminuto

²¹ Diccionario De La Lengua Española. 22ª Ed. Madrid, España. 2011. p. 604 y 1060. Se proporcionan las siguientes definiciones: "*Enano, na.* (Del lat. *nanus*, y este del gr. *vavoc*). adj. diminuto en especie." "*Nano-*. (Del lat. *nanus*, enano). elem. compos. Significa 'una milmillonésima (10⁻⁹) parte'. Se aplica a nombres de unidades de medida para designar el submúltiplo correspondiente. (Simb. *n*)." "*Nanómetro.* (De *nano-* y *-metro*). m. Medida de longitud que equivale a la milmillonésima (10⁻⁹) parte del metro. (Simb. *nm*)."

o minúsculo, partiendo de las partículas atómicas, los átomos y las estructuras moleculares.

Nanomundos: Dan la idea de los *pequeñísimos* universos o *nanouniversos* que existen en el *nanoespacio*.

En la nanociencia se estudia la materia en una escala que el ojo humano no puede discernir ni percibir y, para ello, se tienen que emplear sofisticados aparatos como el microscopio de efecto de túnel de barrido* y el de fuerza atómica**; a su vez, se trata de encontrar los caminos para intervenir, así como para crear y manipular la materia y, cuando esto se logra, se convierte en nanotecnología.²²

La *nanociencia* y la *nanotecnología* cobran importancia cuando surgen los microscopios de barrido electrónico y de fuerza atómica que permiten ver los átomos, moverlos y generar algo nuevo.

²² El Mundo. *El Año De La Tecnología*. De La Fuente Alberto. Innovación/ Átomos. Jueves 27 De Diciembre del 2001. Número 73. México, D.F.

*Gerd Karl Binnig y Heinrich Rohrer, premios Nóbel de Física 1986, inventores del microscopio de efecto de túnel de barrido (1981) y colaboradores del Laboratorio de IBM en Rüslikon, Suiza. También se ha dado en denominar a este microscopio de escáner o de barrido de electrones *Scanning Tunneling Microscope (Stm)*. El escáner es un dispositivo que explora un espacio o una imagen, y los traduce en señales eléctricas para su procesamiento.

** Microscopio de Fuerza Atómica. *Atomic Force Microscope (Afm)* 1986. Trabaja como un viejo fonógrafo moviéndose sobre una superficie y detectando los movimientos de los átomos en montañas y valles.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

241

Nanopartículas: Son partículas nanoscópicas que miden menos de 100 nanómetros, creadas artificialmente mediante una ingeniería especializada, pero son más grandes que los átomos y las moléculas. Entre dichas partículas se encuentran los *nanocristales*, los *nanoracimos* y los *nanopolvos*; con ellas se forman los *nanomateriales*, las *nanoestructuras* y las *nanomáquinas*.

Nanomateriales: Los *nanomateriales* presentan propiedades emergentes o distintas frente a las propiedades de los materiales en la macroescala en la que vivimos. Las propiedades de los materiales dependen de su forma, tamaño y composición. Ahora bien, las propiedades emergentes pueden ser magnéticas, eléctricas, caloríficas, químicas, ópticas, y repelentes; así como de resistencia, dureza, elasticidad, flexibilidad, reactividad y otras que se modifican por los efectos cuánticos. De esta manera las partículas del oro, por ejemplo, cambian a un color anaranjado en un diámetro cercano a los 100 nanómetros y a verde cuando se reducen a 50 nanómetros. El oro es un buen conductor de la electricidad pero a nivel nanométrico es un aislante. *La regla es a diferente tamaño diferentes propiedades.*

Nanoestructuras: Entre ellas se encuentran los *nanotubos* de carbono (son 100 mil veces más delgados que un cabello humano y están formados por átomos), los *fulerenos* en forma de *nanocilindros*, *nanoesferas* y *nanoeleipsoides* (entre estos destaca el Buckyball que se asemeja a un balón de fútbol formado por sesenta átomos de

carbono C60,) pueden estar formados de átomos de zinc, titanio, plata, oro y silicio. También hay *nanocables* de silicio muy importantes para las computadoras por ser semiconductores de luz.

Nanomáquinas: La creación de *nanobots* o *nanorobots* que sean capaces de autoensamblarse construyéndose a sí mismos y autoreplicarse, es decir, crear copias de ellos mismos, para patrullar nuestro organismo diagnosticándolo, reparándolo y curando nuestras enfermedades, es el futuro más prometedor de la nanomedicina. En este momento ya construyen *nanomotores*.

Nanoproductos: Mediante los nanomateriales y las nanoestructuras se crean *nanorecubrimientos* entre los cuales aparecen las *nanocélulas* solares en pinturas y plásticos. También *nanocompósitos*, productos en los cuales hay un componente nanométrico, como los protectores solares. Se han elaborado también aparatos de filtración y purificación de agua, artículos deportivos como las raquetas de tenis más fuertes y ligeras, ropa que puede repeler los líquidos, cosméticos, lubricantes, materiales magnéticos, baterías eléctricas y un sinnúmero de novedosos productos. *Nanodispositivos* para llevar a cabo análisis de sangre. *Nanocúmulos* de selenio para absorber el vapor de los focos fluorescentes. *Nanocuernos* estimularían al sistema inmunológico para potenciarlo a combatir enfermedades como el cáncer con mucha más eficacia.

VII. NANOCIENCIA Y NANOTECNOLOGÍA

Son las ciencias interdisciplinarias que desafían a la imaginación con sus infinitas posibilidades. Más que separadas se les concibe juntas pues constituyen la investigación y la explotación de la materia a nivel nanométrico.²³

La *nanociencia* es el estudio del universo diminuto e invisible al ojo humano, en particular de los átomos y de las moléculas. Es el examen de los fenómenos extremadamente pequeños, de lo minúsculo y de lo infinitamente pequeño; por lo tanto es un campo interdisciplinario. Es el estudio de los nanomundos que conforman el nanouniverso.

La *nanotecnología* es la *técnica* que tiene como finalidad la *manipulación y aplicación* de materiales en la nanoescala, implicando su estudio, diseño y síntesis en la creación de sistemas y en la fabricación de aparatos. Es la conjugación de la ciencia y la técnica con la finalidad de la explotación de los fenómenos y de las propiedades de la materia a nivel de las estructuras moleculares y atómicas.

Las ciencias que intervienen en ambas disciplinas son las ciencias básicas: física, química, biología, medicina, tecnología de la información, ciencia de los materiales e ingeniería y las *ramas* de estas ciencias: la física

cuántica, atómica y nuclear, la ingeniería electrónica y mecánica y también las *interrelaciones* de las disciplinas: bioquímica, biogenética, biología intermolecular y muchas otras. Es la interrelación de varios campos de las ciencias en donde las fronteras se han diluido al ocuparse de lo muy pequeño o diminuto. A su vez se han creado nuevas ramas del saber: nanobiotecnología, nanobiociencia, nanobioelectrónica, nanobioingeniería, nanomedicina, nanoética y muchas más.

Visto de otra manera la nanociencia y la nanotecnología *no* se conciben separadas, son campos multidisciplinarios que requieren de las aportaciones de científicos de áreas muy diversas: físicos, químicos, ingenieros, biólogos, médicos, matemáticos, genetistas, metalúrgicos, robóticos, etcétera.

El crecimiento de esta área es vertiginoso y hay muchos campos beneficiados como los de la medicina, el medio ambiente y el sector energético. De esta manera las industrias interesadas son: la electrónica, la informática, la médica, la farmacéutica, la atómica, la textil, la de la construcción, la armamentista, la deportiva y las del entretenimiento, por mencionar algunas.

La nanotecnología se ocupa de copiar, obtener y/o manipular de manera controlada, materiales y sustancias orgánicas e inorgánicas que se encuentran en la naturaleza; pero también de construir materiales y sustancias que *no* se encuentran en la naturaleza. Una parte importante de la nanotecnología está enfocada al desarrollo y a la aplicación práctica de estructuras y sistemas, así como a la construcción de dispositi-

²³ *Mundo Nano. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nano- Tecnología.* Vol 3, No 1, Enero- Junio, 2010. Pág. 29 a 45.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

243

vos de muy reducidas dimensiones que se miden en escala nanométrica. Estos dispositivos pueden incluso ser la unión de organismos vivos (una célula, una bacteria, un virus) con materia artificial creada por los humanos (un nanometal, un nanotubo).

Esa manipulación entraña el reordenamiento de átomos y moléculas dando lugar a la posibilidad de crear nuevos materiales y fabricar máquinas en la escala nanométrica. Entonces la *nanotecnología* es la técnica para reordenar, manipular y controlar: partículas subatómicas, átomos, moléculas, virus, bacterias, células y organismos microscópicos.

Las ciencias que intervienen en la nanociencia tienen como finalidad llegar a aplicaciones de nanotecnología, es decir, producir nuevos materiales con propiedades extraordinarias que permitan a la industria crear nuevos productos o mejorar los existentes. El ejemplo es el grafeno descubierto por *Konstantin Novoselov y Andre Geim*²⁴ Premios Nóbel de Física en 2010, un material bidimensional obtenido del grafito, que es una estructura plana de sólo un átomo de grosor y que revolucionará los dispositivos electrónicos por ser un material altamente flexible, de gran resistencia y poco contaminante, con él se pueden fabricar dispositivos enrollables y en estos momentos tiene un gran desarrollo en la elaboración de paneles solares. El grafeno podría llegar a desplazar al silicio con el que se fabrican los microchips.

Se pueden producir materiales inteligentes que tienen las propiedades de autorepararse, cambiar de color, forma, o presentar otras cualidades, como las de enfriarse o calentarse en respuesta a cambios producidos o previstos por los diseñadores, tales como luz, sonido, temperatura, voltaje y muchos otros. Todos estos materiales con el tiempo llegarán a ser más baratos, más livianos y más eficientes.

En conclusión la nanociencia y la nanotecnología son la ciencia y la técnica de los procesos y de los fenómenos extremadamente pequeños, a escalas nanoscópicas.

Su objetivo práctico es principalmente el llegar a edificar de “*abajo hacia arriba*”, construyendo y ensamblando desde los átomos, para crear estructuras moleculares, sin descuidar los procesos de miniaturización “*de arriba hacia abajo*”, es decir, de lo grande a lo chico.

Su objetivo económico es crear algo más pequeño, más barato, más eficiente y sin contaminación. Ejemplo, pilas tan delgadas como el papel pero extraordinariamente poderosas. Pantallas para computadora que consuman menos energía y tengan una mejor resolución.

²⁴ <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/05/ciencia/1286269485.html>

Seminario de Filosofía del Derecho

244

VIII. INVENTOS

De los últimos inventos registrados se encuentran las *nanomallas* en forma de colmena que facilitan al autoensamblaje en los sistemas de andamiaje de la nanotecnología.²⁵ Los *patches electrónicos* o *sistemas electrónico epidérmico* (EES por sus siglas en inglés) que se integran a la piel de una manera mecánica y fisiológicamente invisible para el usuario, con los que se puede medir el ritmo cardíaco, las ondas cerebrales y la actividad muscular, es decir, medir los signos vitales, diagnosticarlos y comunicarse.²⁶

Tejidos inteligentes que repelen la suciedad y los líquidos, y mediante sensores pueden medir la temperatura, la respiración, las pulsaciones; proteger al cuerpo del frío y refrescarlo en verano; cambiar de color según el clima o la situación. Cintas de películas fotovoltaicas que aplicadas en los techos de las casas son capaces de

producir energía eléctrica y, a la larga, sustituirán a los costosos paneles solares. Pilas infinitas que se autorecargan mediante el tecleo de la computadora y la presión sanguínea. En fin, una maravilla de inventos que cambiarán nuestras vidas.

La *nanociencia* y la *nanotecnología* han surgido de las necesidades que se van presentando en diversos campos. Por ejemplo la NASA impulsa la *nanomedicina* en la preparación de futuros viajes tripulados a Marte. También estas ciencias han surgido de la curiosidad y de las exigencias que tiene la industria electrónica de superar con urgencia los límites del tamaño de los dispositivos electrónicos y del empleo del silicio en los circuitos integrados. Estas ciencias han dado lugar a la *nanoelectrónica* que será la sucesora de la microelectrónica y es en esta área en donde se han dado los mayores desarrollos. Por eso es necesario ejemplificar algo sobre ella a continuación.

²⁵ <http://www.faq-mac.com/43887/impulso-nanociencia-gracias-material-estructura-malla-forma-colmena>

²⁶ <http://www.elpais.com.uy/110812/pnacio-586043/nacional/piel-electronica-permite-medir-signos-vitales-y-comunicarse/>

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

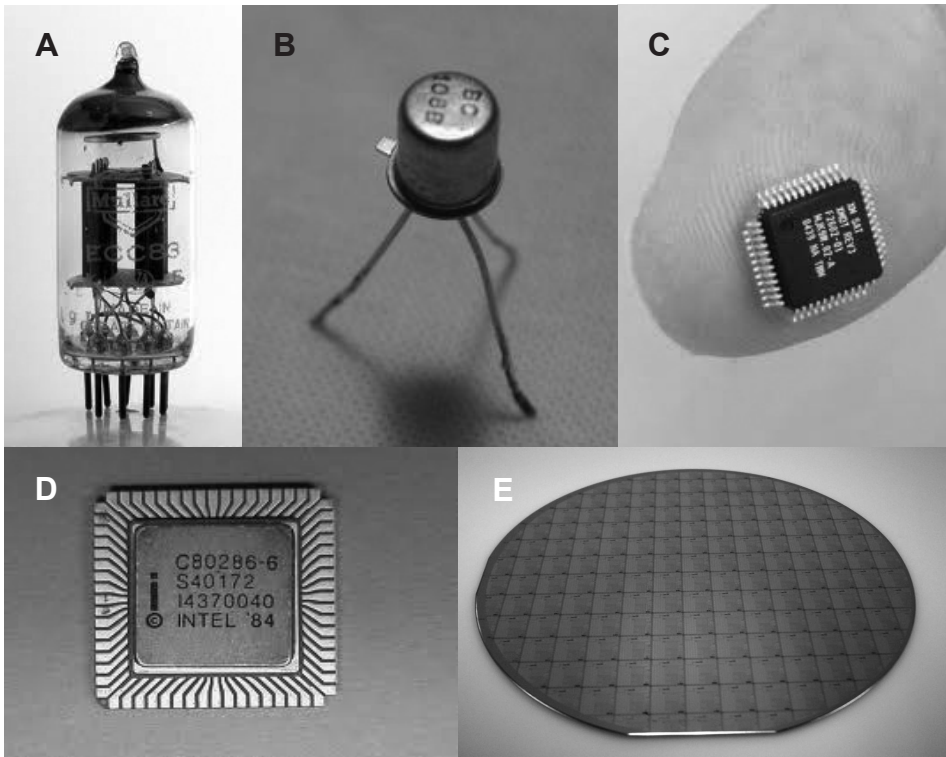


Figura 3. A. Bulbo; B. Transistor; C. Circuito integrado; D. Microchip; E. Circuito Integrado Sobre Una Hoja De Grafeno.

Seminario de Filosofía del Derecho

246

IX. MÁS PEQUEÑO QUE LA MICROELECTRÓNICA ES LA NANO ELECTRÓNICA

UN BULBO (Válvula termoiónica o tubo de vacío)	=	MÁS DE 20 CENTÍMETROS
UN TRANSISTOR	=	5 CENTÍMETROS
UN CIRCUITO INTEGRADO QUE COMPRENDE VARIOS TRANSISTORES	=	5 CENTÍMETROS
UN CHIP QUE COMPRENDE VARIOS CIRCUITOS INTEGRADOS Y, POR LO TANTO, CONTIENE YA UNA MULTIPLICIDAD DE TRANSISTORES (Intel 4004 da lugar al primer microprocesador con 2300 transistores)	=	2 CENTÍMETROS
UN MICROCHIP CONTIENE MILLONES DE TRANSISTORES (Core 7 con 700 millones de transistores)	=	2 MILÍMETROS O MENOS
UN TRANSISTOR DE SILICIO	=	200 NANÓMETROS
UN TRANSISTOR DE SILICIO EN ESCALA MOLECULAR de IBM. (año 2002) *	=	6 NANÓMETROS
EL TRANSISTOR MÁS PEQUEÑO DEL MUNDO. (año 2010) **		
Un punto cuántico de sólo siete átomos en un cristal de silicio. A pesar de su tamaño increíblemente pequeño (sólo cuatro mil millonésimas de un metro de largo), el punto cuántico es un dispositivo electrónico funcional, el primero del mundo creado deliberadamente colocando átomos individuales; logro del equipo del UNSW Centre for Quantum Computer Technology (CQCT) y la University of Wisconsin-Madison. La posibilidad de la computadora cuántica.	=	7 ÁTOMOS DE UN CRISTAL DE SILICIO
CIRCUITO INTEGRADO SOBRE UNA HOJA DE GRAFENO. (año 2011) *** (Es una red hexagonal de carbono, de un sólo átomo)	=	UN SOLO ÁTOMO DE GROSOR

Wafer-Scale Graphene Integrated Circuit

1. Yu-Ming Lin*, Alberto Valdes-Garcia, Shu-Jen Han, Damon B. Farmer, Inanc Meric†, Yanning Sun, Yanqing Wu, Christos Dimitrakopoulos, Alfred Grill, Phaedon Avouris*, Keith A. Jenkins

* <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/12596.ibm-crea-el-transistor-mas-pequeno-del-mundo.html>

** <http://www.nanotecnologica.com/transistor-mas-pequeno-del-mundo-fabricado-aprecision/>

*** <http://www.sciencemag.org/content/332/6035/1294.short>

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

247

Por otra parte:

UN MEMS

UN SISTEMA MICROELECTROMECÁNICO QUE SE INTEGRA POR PARTE
MÓVILES, PRINCIPALMENTE SENSORES.

(Se fusionan con sistemas nanoelectromecánicos NEMS) = 1 MILÍMETRO A
(Los sensores pueden ser de cambios de temperatura, presión e UN MICRÓN.
incluso de presencia de sustancias tóxicas.)
(Los automóviles actuales los utilizan)

MINIROTOR ELÉCTRICO.

CREADO POR ALEX ZETTL Y SUS COLEGAS EN LA UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA. = 40 NANÓMETROS
DOS MIL VECES MÁS PEQUEÑO QUE UN PELO HUMANO.

SE TRABAJA AHORA EN:

NANOMOTORES Y NANOMÁQUINAS CONSTRUIDOS A PARTIR DE BLOQUES =
MOLECULARES

UNIONES DE NANOTUBOS DE CARBONO = 21 NANÓMETROS
DE CARBONO

UN NANOTUBO = 2 NANÓMETROS

UN NANÓMETRO = 10 ÁTOMOS DE
HIDRÓGENO

Se espera aprovechar también:

A los átomos y a sus partículas. El átomo formado por un núcleo y sus electrones; a su vez el núcleo atómico formado por neutrones y protones; estos últimos formados por quarks a los cuales se les conoce como = arriba, abajo, extraño, encanto, superior e inferior.

*El Procesador Cuántico A La Vista*²⁷

El equipo de Olivier Pfister, en la Universidad de Virginia, logró crear un gran número de qubits entrelazados, al que se denomina Qmodo.

“El equipo empleó láseres para conseguir 15 grupos de cuatro Qmodos cada uno. Así tuvieron 60 Qmodos. Cada Qmodo con un color definido de forma muy precisa.”

*“Con este resultado, esperamos avanzar de una multitud de pequeños procesadores cuánticos a un masivo procesador cuántico entrelazado, prerrequisito para cualquier computadora cuántica”, dice Pfister.*²⁸

²⁷ González de Alba, Luis. *El procesador cuántico está a la vista*. Milenio. Domingo 17 de Julio de 2011. Pág. 37

²⁸ <http://physicsinventions.com/index.php/2011/07/15/u-va-s-pfister-accomplishes-breakthrough-toward-quantum-computing/>

Seminario de Filosofía del Derecho

248

X. RESPONSABILIDAD, RIESGOS Y PELIGROS

La tecnología no es buena o mala en sí pero no hay tecnología sin riesgos, todas traen beneficios y perjuicios. La historia ha mostrado que la promesa de eliminar las diferencias sociales puede ir en el sentido inverso e incrementarlas. ¿Cómo evitar la brecha nanotecnológica que se aproxima, si hay naciones y transnacionales que pretenden adueñarse del mundo a través de patentar átomos y moléculas?

Con las nanopartículas y los nanomateriales se pueden crear aparatos y sistemas novedosos, mucho más potentes y cientos de veces menos costosos que los actuales, porque los fenómenos y las propiedades que ellos incorporan son totalmente nuevos. De esta manera, esta tecnología puede generar una guerra de precios y un desigual manejo de ofertas que ocasionarían cambios en la estructura de la sociedad y en los sistemas económicos-políticos.

Al igual que el derecho, la toxicología²⁹ en su rama de nanotoxicología va atrás de los avances nanotecnológicos. No hay suficientes recursos para comprobar la toxicidad de las nanopartículas y los nanomateriales, así como la de los productos con ellos elaborados ¿cuánto se invierte en verificar la seguridad de los nanomateriales? nunca lo suficiente porque no hay una cartografía ni un mapa completo de los riesgos.

Se esperan grandes beneficios de la nanotecnología para la humanidad, pero al mismo tiempo, existen riesgos potenciales al hacer un uso de una nanotecnología que no es lo suficientemente responsable de sus efectos y, desde luego, el peligro de hacer deliberadamente un mal uso de ella:

- Ocasionar daños ambientales que pueden ser irreversibles.
- Poner en riesgo la salud de todos los organismos vivos a través de productos nano- tecnológicos no regulados.
- Surgimiento de un mercado negro para esos productos no regulados.
- Creación de armas mucho más potentes y más baratas, basadas en la nanotecnología.
- Uso criminal o terrorista.

El gran peligro de las nanopartículas y de los nanomateriales es precisamente su tamaño, no tenemos defensas en nuestro sistema inmunológico frente a ellas. Los daños tóxicos ya comprobados que pueden llegar a ocasionar, son los siguientes:

Las partículas de dióxido de titanio en altas concentraciones interfieren con las funciones de la piel y las células pulmonares. Las de la plata son altamente tóxicas en las células de hígado y en las células cerebrales de ratas. Las de zinc y dióxido de zinc causan daño en páncreas, corazón, bazo e hígado de ratones. Las de dióxido de silicio inhiben el crecimiento celular y causan posibles daños neurodegene-

²⁹ <http://www.razonypalabra.org.mx/N/n68/10hreyes.html>

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

249

rativos.³⁰ Los fulerenos o pequeñísimas partículas de carbono han llegado a causar daño en el cerebro de los peces y ocasionaron la muerte de las pulgas de agua.

El resultado es que tanto las nanopartículas como los nanomateriales podrían acumularse a través de la cadena alimenticia y contaminar a todos los organismos vivos.

El grupo de los “Amigos de la Tierra” ETC, advierten sobre las nanopartículas de plata que tienen propiedades antibacteriales que pueden dañar las células humanas y también para el medio ambiente eliminando las buenas bacterias en el agua- Hacia dónde pueden llegar esas nanopartículas después de que son empleadas en los aparatos eléctricos como lavadoras y refrigeradores- por estos peligros y muchos más, este grupo pide que estas ciencias “...deberían ser objeto de una moratoria global inmediata.”³¹

Por otra parte, parecería ciencia ficción pero ya están aquí, los nuevos chips llamados transpondedores o tags RFID o etiquetas de identificación por radio frecuencia, más efectivos, baratos e invisibles que proporcionan información acerca de nuestras vidas privadas, sin que lo sepamos o podamos eliminarlos.” *¿Cómo se sentiría usted si, por ejemplo, un día se diera cuenta de que su ropa interior permite revelar su paradero?*”, así lo dijo la senadora

³⁰ *Nanotecnología Aplicada. Pequeña Gran Industria*. Revista Muy Interesante. Año XXVIII No 01. Pág. 58-62

³¹ http://www.somosamigosdelatierra.org/06_contaminacion/nanotecnologias/nanotec_01.html

del estado de California Debra Bowen, en una audiencia en 2003.³²

XI. FUTURO JURÍDICO

Una correcta regulación de la nanotecnología tiene que sustentarse en una buena nanoética en la que el aspecto central sea el de considerar su uso, un bien tanto para el medio ambiente, como para los humanos. Sin embargo, en una visión capitalista del tema, de lo primero que se habla es del derecho a patentar los descubrimientos y las aplicaciones de la nanotecnología, en otras palabras, del derecho de propiedad.³³ Las cosas tendrían que ir en otro sentido y a continuación se proporcionan algunas ideas jurídicas sobre lo que se necesitará:

En primer lugar establecer los *protocolos normativos* para la investigación y para la práctica de estas ciencias e intercambiar y compartir los que ya se tienen; los cuales incluirán las medidas de seguridad para el personal que trabaja en los centros dedicados a estas áreas y sus instrumentos de trabajo, así como de las instancias que se ocuparán de vigilar todo ello.

En segundo lugar crear la regulación relativa a la manipulación de todos las *nanopartículas*, los *nanomateriales* y de los organismos con los que se trabaje.

³² Wikipedia, La Enciclopedia Libre. Artículo RFID.

³³ *Mundo Nano. Nanotechnology Legal Aspects*. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nanotecnología. Vol 2, No 2, Julio-Diciembre de 2009. Pág. 110 a 119.

En tercer lugar desarrollar toda una nanotoxicología que examine los efectos de las *nanopartículas*, los *nanomateriales* y los productos que los contengan, mediante una ley que obligue a destinar una buena parte de los recursos que se les aporta, para ese fin.

En cuarto lugar fijar los métodos de detección de *nanopartículas* y *nanomateriales* en el ambiente y el establecer un ciclo de vida para cada producto.

En quinto lugar las medidas de seguridad para la creación, manejo, transporte, distribución, reciclado, extinción y desecho de los productos que contengan productos nanotecnológicos. *“Publicar por parte de los fabricantes los procedimientos para el manejo de los productos con nanopartículas y nanotubos de carbono en las fases finales de su ciclo de vida, ya sea vía desecho, destrucción o reciclado [Royal, 2004]”*³⁴

En sexto lugar la inspección de los productos para la comercialización, que contengan materiales nanotecnológicos y la reglamentación de los futuros contratos que celebren las compañías que los produzcan.

En séptimo lugar el hacer del conocimiento público esos productos, obligando a proporcionar la información en su etiquetado. *“Recomendar a los fabricantes la emisión de una declara-*

*ción formal de los nanomateriales que se hayan agregado a sus productos.”*³⁵

En octavo lugar es necesario también cuidar al consumidor de productos que sostienen estar elaborados con materiales nanotecnológicos pero que son en realidad un fraude, al solamente incluir el prefijo nano en el producto.

En noveno lugar aparecen las conexas áreas de la protección de los derechos de autor, de las patentes y de la propiedad industrial, de los convenios y contratos, de los registros de salud pública, de las exportaciones y de muchos más aspectos jurídicos que será necesario vislumbrar.

En décimo lugar todo lo relativo a la negligencia, responsabilidad y uso criminal de la nanotecnología³⁶

Al momento de escribir este artículo aparece un grupo radical que se autodenomina *Individualidades Tendiendo a los Salvaje (ITS)* sostiene lo siguiente:

La nanotecnología es lo más avanzado que pueda existir hasta ahora en la historia del progreso antropocentrista. Esta consiste en el total estudio, el escrutinio de la manipulación y la dominación de todo lo más diminuto, invisible para los ojos humanos. Con esto los humanos han logrado controlar ya todo, absolutamente todo, desde los cambios en el clima hasta la más pequeña molécula atómica. La Civilización aparte de amenazar nuestra libertad como Individuos,

³⁴ Mundo Nano. *Mediciones Confiables Para El Cuidado De La Salud Humana Y La Preservación Del Ambiente Ante La Exposición A Nanomateriales*. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nanotecnología. Vol 3, No 2, Julio-Diciembre, 2010. Pág. 20

³⁵ Op. Cit. Pág. 20

³⁶ Mundo Nano. *Nanotechnology Legal Aspects*. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nanotecnología. Vol 2, No 2, Julio-Diciembre de 2009. Pág. 110 a 119.

Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia...

251

*la de los Animales y de la Tierra, ahora su amenaza ha pasado a una escala menor que un micrómetro.*³⁷

Lamentablemente han llevado a cabo un atentado en contra de dos profesores del Tecnológico de Monterrey campus Estado de México, dedicados a la nanotecnología: Alejandro Aceves López y Armando Herrera Corral. Desde luego que puede llegar a darse una nanocatástrofe si las nanopartículas fabricadas se sueltan libremente por el agua, el aire o la tierra, pero no es el camino adecuado para darlo a conocer y oponerse a ello.

El objetivo era escribir un artículo de divulgación sobre *nanociencia* y *nanotecnología* para los juristas, y ahora resulta que la realidad se ha adelantado una vez más, y surge la necesidad de brindar protección a los investigadores que trabajan en ellas y a los centros en los cuales estas ciencias se llevan a cabo.

XII. FUENTES

Feynman, Richard P. *Seis Piezas Fáciles*. Ed. Crítica. Barcelona, España. 1998.

³⁷ <http://vivalaanarquia.wordpress.com/2011/04/27/mexico-paquete-explisivo-al-encargado-de-la-division-de-ingenieria-en-nanotecnologia-universidad-politecnica-del-valle-de-mexico/>

Marx, Carlos Y Engels F. *Obras Escogidas*. Tomo 1. Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política. Ed. Progreso Moscú. 1980.

Mundo Nano. Revista Interdisciplinaria En Nanociencia Y Nanotecnología.

5 Volúmenes. 2008 a 2010.

Nanotecnología Aplicada. Revista Muy Interesante. Año XXVIII No 01.

Cuatro Programas Sobre Nanotecnología En TV UNAM En 2011.

El Mundo. El Año De La Tecnología. De La Fuente Alberto.

Innovación/ Átomos. Jueves 27 De Diciembre Del 2001. Número 73. México, D.F.

González De Alba, Luis. *El procesador cuántico está a la vista*. Milenio. Domingo 17 de Julio de 2011.

Diccionario De La Lengua Española. 22ª Ed. Madrid, España. 2011

<http://www.nanotecnologica.com/los-paises-y-sus-inversiones-multimillonarias-en-la-nanotecnologia/>

<http://www.nanolawreport.com/2010/01/articles/the-nanotechnology-safety-act-of-010/#axzz1UTgVoc00>

Seminario de Filosofía del Derecho

252

- <http://www.zyvex.com/nanotech/feynman.html>
- <http://www.sciencemag.org/content/332/6035/1294.short>
- <http://inventors.about.com/library/inventors/blstm.htm>
- <http://www.lbl.gov/msd/programs/1md/2.1cfn.html>
- <http://metamodern.com/about-the-author/>
- <http://physicsinventions.com/index.php/2011/07/15/u-va-s-pfister-accomplishes-breakthrough-toward-quantum-computing/>
- <http://www.foresight.org/FI/Drexler.html>
- http://www.somosamigosdelatierra.org/06_contaminacion/nanotecnologias/nanotec_01.html://Wikipedia, La Enciclopedia Libre.
- <http://www.kavliprize.no/artikkel/vis.html?tid=41096>
- <http://www.kroto.info/>
- <http://vivalaanarquia.wordpress.com/2011/04/27/mexico-paquete-explosivo-al-encargado-de-la-division-de-ingenieria-en-nanotecnologia-universidad-politecnica-del-valle-de-mexico/>
- <http://www.mrl.ucsb.edu/mrl/faculty/heeger.html>
- <http://www.jmtour.com/>
- <http://www.thechemblog.com/?p=832>
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/05/ciencia/1286269485.html>
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/15/nanotecnologia/1310739455.html>
- <http://es.games68.com/games.php?id=247283>
- http://www.informatica-juridica.com/trabajos/La_nanotecnologia_y_el_Derecho.asp
- <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/12596.ibm-crea-el-transistor-mas-pequeno-del-mundo.html>
- <http://naturzientziak.wordpress.com/2011/02/13/nanotecnologia-de-ciencia-ficcion-a-negocio-rentable/>
- <http://www.nanotecnologica.com/transistor-mas-pequeno-del-mundo-fabricado-a-precision/>

El caso del maíz como patrimonio biocultural en México

Demian Farías*

Sumario: I. Introducción. II. El maíz en Oaxaca. III. Las investigaciones del CIMMYT. IV. Caso Syngenta y el Paraquat. V. El maíz como objeto de investigación y debate. VI. El caso del denominado maíz transgénico. VII. Las investigaciones del CINVESTAV. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

México es el lugar de origen del cultivo del maíz y tiene en su territorio miles de variedades criollas que actualmente son objeto de estudio por diversos organismos e instituciones nacionales e internacionales, ya que de éstas variedades se obtienen importantes mejoras para su cultivo y aprovechamiento.

Las múltiples variedades de maíz criollo que se encuentran en el territorio de México principalmente en el Estado de Oaxaca, representan una riqueza biogenética que ha sido utilizada por diversos sectores agroindustriales de las cuales se han obtenido a lo largo de los años diversas variedades mejoradas a través de la biotecnología con mayor resistencia a las sequías y a las plagas.

En los últimos años se ha establecido un debate en diversos ámbitos académicos, científicos, empresariales e industriales en relación al maíz, su preservación de sus variedades criollas y de las modificadas genéticamente, ya que para algunos el maíz representa un verdadero patrimonio biocultural de México que debe protegerse para garantizar su preservación y uso sustentable, además de evitar prácticas comerciales e industriales que afecten a las variedades de maíz criollo.

Algunos grupos interesados en la conservación del maíz criollo en México han señalado que el llamado maíz transgénico puede contaminar a dichas

* Doctorando en Derecho

Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

254

variedades, poniendo en riesgo la diversidad natural del maíz que ha sido conservada por las diversas comunidades indígenas a través de los años, sustentado principalmente en las tradiciones y los conocimientos de los pueblos indígenas.

Por otro lado la demanda alimentaria ha crecido en México y en el mundo, por lo que el tema del maíz es objeto de análisis y debate a nivel internacional, ya que se utiliza no solo para el consumo humano sino también del ganado por lo que se ha incrementado su valor económico y social.

En México el maíz tiene históricamente un fuerte valor económico, social y cultural, toda vez que se ha cultivado desde tiempos ancestrales y se encuentra presente en nuestra dieta, ya que la tortilla es uno de los productos básicos de la alimentación de los mexicanos, sin embargo a pesar de ser un país productor y consumidor de éste grano, actualmente estamos importando una gran cantidad para satisfacer la creciente demanda.

En las últimas décadas la producción de la tortilla se ha industrializado incrementándose el uso de harinas en nuevos procesos por empresas harineras de la industria privada como MASECA, lo que ha tenido diversos impactos nutricionales en la alimentación de los mexicanos que es objeto de estudio y análisis, en relación a la producción tradicional de las tortillas de nixtamal de los molineros.

Asimismo, se ha incrementado el uso del maíz para fines pecuarios especialmente avícolas lo que ha ele-

vado las importaciones masivas de éste grano para cubrir la demanda de éstos sectores agroindustriales que están impulsando el cultivo de variedades modificadas genéticamente que les representen ventajas y beneficios económicos para sus procesos productivos, además de los productores que están interesados en la obtención de variedades de maíz mas fuertes a las sequías y a las plagas.

Por otra parte existen diversas comunidades indígenas, grupos no gubernamentales e instituciones interesadas en preservar el cultivo tradicional del maíz y sus variedades criollas, ya que consideran que el maíz no solo es un recurso alimentario sino un verdadero patrimonio de los pueblos de México que debe conservarse y protegerse para garantizar su uso sustentable además de evitar el cultivo del maíz modificado genéticamente denominado como maíz transgénico, el cual consideran que afecta no solo a éste grano en sus variedades naturales sino también a sus culturas y tradiciones milenarias que se han transmitido por generaciones.

II. EL MAÍZ EN OAXACA

Oaxaca es uno de los estados mas pobres de México con una población predominantemente indígena pluriétnica que ha experimentado en los últimos años diversos cambios políticos, económicos, sociales y culturales.

El fenómeno de la migración ha transformado la vida de las comu-

El caso del maíz como patrimonio biocultural en México

255

nidades en Oaxaca, ya que muchas personas principalmente los hombres buscan llegar a los Estados Unidos de América y Canadá para obtener un empleo y recursos para su supervivencia y la de sus familias, lo que ha incidido en los aspectos sociales y culturales de las comunidades.

En Oaxaca el maíz tiene un papel fundamental en la vida de sus comunidades en su cultura, tradiciones, economía y supervivencia, ya que los cultivos se basan principalmente en ésta semilla que es originaria de México, quien tiene la mayor diversidad de maíz en el mundo.

Los agricultores de las diversas comunidades han conservado y utilizado el maíz a través de muchas generaciones, generando un conocimiento aprendido y transmitido a través del tiempo, sin embargo debido al fenómeno de la migración dicho conocimiento se está perdiendo, ya que los hombres jóvenes de las comunidades dejan su lugar de origen para buscar mejores oportunidades de vida abandonando la agricultura.

Las formas tradicionales de la agricultura y en especial del cultivo del maíz en Oaxaca están cambiando principalmente por la introducción de diversas variedades de maíz híbrido que afectan la diversidad natural de ésta semilla y de las variedades criollas que han sido seleccionadas por los agricultores de las comunidades por generaciones y que es fundamental preservar por muchas razones.

Las variedades criollas preservadas a través del tiempo por las comunidades presentan características

únicas con rasgos de resistencia a la sequía que contribuyen al mejoramiento de variedades no solo en Oaxaca sino también en otras regiones de México y del mundo.

III. LAS INVESTIGACIONES DEL CIMMYT

El Centro Internacional de Mejoramiento de Maíz y Trigo (CIMMYT), auspiciado por el Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR) por sus siglas en inglés, realiza en varios países incluyendo México diversas actividades de investigación agrícola y de desarrollo rural para generar variedades e híbridos de maíz y de trigo; fitomejoramiento, desarrollo de germoplasma e investigación en agronomía y agricultura de conservación, entre otras.

Dichas actividades las realiza en colaboración con diferentes dependencias públicas del gobierno federal y de los gobiernos estatales, empresas de producción de semillas, universidades e instituciones de investigación como el Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias (INIFAP) quien realiza diversos estudios de evaluación e impacto.

El CIMMYT de acuerdo con la información que proporciona en su sitio oficial de internet, ha desarrollado en México diversas variedades de maíz y trigo de alto rendimiento, resistente a enfermedades y de alta calidad industrial a través de prácticas agronómicas que reducen los costos de producción, aumentan la productividad y conservan

Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

256

recursos naturales como el suelo, el agua y el aire. Asimismo capacita investigadores y técnicos para éstas actividades y se encarga de la divulgación de los conocimientos y datos de la investigación en diversas publicaciones.

Señalan que la colaboración conjunta de los investigadores nacionales y el CIMMYT a beneficiado a los productores, consumidores y a la economía nacional contribuyendo a la productividad y rentabilidad del campo derivado de las actividades de conservación y utilización de los recursos genéticos del maíz, desarrollo de variedades de trigo de alto rendimiento resistentes a enfermedades y de alta calidad de procesamiento lo que consideran como una aportación significativa de México para el mundo.

Asimismo, señalan que en México se incrementa cada año la siembra de maíz para consumo humano y pecuario con germoplasma mejorado, con híbridos resistentes a las plagas, enfermedades y mas tolerantes al estrés abiótico, por lo que existe un banco de germoplasma del CIMMYT con mas de 24,000 muestras de semilla de maíz de diversas razas criollas y de variedades mejoradas que representan el 90% de la diversidad del maíz en el continente americano, trabajos que iniciaron en la década de los años 50 con el proyecto Rockefeller-México que también fundó el CIMMYT.¹

Por otro lado, el CIMMYT ha desarrollado importantes trabajos del mejoramiento genético del trigo desde hace mas de 35 años que han incrementado

su rendimiento a través de la combinación de genes asociados con un alto rendimiento, resistencia a enfermedades, sequía y calor entre otros factores ambientales.

El CIMMYT, conserva y maneja en colaboración con diversos entes públicos y privados del mundo más de 150,000 semillas de trigo provenientes de más de 100 países las que considera como patrimonio de la humanidad prohibiendo que sean patentadas con fines de exclusividad.²

En México el CIMMYT desarrollan diversos proyectos principalmente en la región sureste enfocados en el manejo y la conservación in situ de diversas variedades de maíz criollas sustentadas por las comunidades indígenas, para su estudio y manejo de los recursos genéticos de cultivos locales y de la sustentabilidad de dichas comunidades.

Actualmente el CIMMYT en colaboración con diversos organismos públicos y privados administra diversos centros de investigación sobre agricultura de conservación y desarrollo del maíz en México, trabajos que inició desde 1975 en diversas zonas productoras como Oaxaca, Chiapas y Veracruz, extendiendo las prácticas a otras regiones del país.

Desde 1996, se ha desarrollado diversas variedades de maíz híbridas y de polinización libre con alta calidad proteínica aumentando también su rendimiento lo que ha incrementado el interés de los diversos agentes involucrados en la comercialización del maíz.

¹ www.cimmyt.org

² www.cimmyt.org

El caso del maíz como patrimonio biocultural en México

257

IV. CASO SYNGENTA Y EL PARAQUAT

El debate se ha extendido al ámbito empresarial en el que destaca Syngenta como agro empresa transnacional con presencia en mas de 90 países que utiliza la biotecnología para la producción de insecticidas, herbicidas, fungicidas y productos genéticamente modificados que se utilizan en el cultivo de diversos alimentos para potenciar sus rendimientos entre ellos el maíz, además del desarrollo de investigación y experimentación en el ámbito de la biotecnología.

Syngenta es el principal fabricante a nivel mundial del paraquat que es uno de los herbicidas químicos mas usados para el control de una amplia variedad de las denominadas hierbas malas que afectan diversos cultivos de frutas, verduras, cereales, y oleaginosas en todo el mundo, que afectan las cosechas apropiándose de su agua y nutrientes.

El Paraquat ha transformado los sistemas de agricultura tradicionales, ya que simplifica la producción de cultivos mediante el control químico de las hierbas malas que tradicionalmente los productores araban para enterrarlas lo que representa una menor inversión de tiempo en las cosechas, además de que su uso a sido autorizado por mas de 120 países ya que se ha considerado por las diversas autoridades que su uso es seguro para el ser humano y el medio ambiente.³

No obstante que Syngenta fabrica el Paraquat de acuerdo con las directrices y especificaciones de la concentración de producto de la Organización para la Alimentación y la Agricultura por sus siglas en inglés (FAO), en la ficha técnica del Paraquat se indica que se han incorporado diversas medidas de seguridad como un tinte para darle un color distintivo, un agente aromático desagradable para alertar de su presencia y un efecto emético que induce al vómito para minimizar el riesgo de la ingestión accidental del Paraquat que normalmente se diluye de 50 a 100 veces en agua antes de su uso, siendo la piel la vía de exposición potencial mas probable, el concentrado de este producto puede resultar fatal, y la exposición puede causar daños y efectos adversos a la salud. Asimismo, en la ficha técnica se señala que el Paraquat está clasificado como irritante, además que los operadores no pueden inhalar las gotas de la pulverización producidas por los pulverizadores normales de mochila o de tractor, sin embargo se señala que no causa cáncer, que no es una toxina reproductiva o de desarrollo y no tiene efectos tóxicos en los sistemas nervioso y endócrino por lo que en condiciones normales de uso no se acumula en la cadena alimentaria ni se almacena en el cuerpo por lo que los residuos no presentan riesgo alguno para los consumidores.⁴

El periodista y analista Alberto Aguilar señala en relación a la empresa Syngenta que:

³ <http://paraquat.com>

⁴ *Idem.*

Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

258

De sus fortalezas está obviamente el maíz, cultivo fundamental en nuestra dieta. Hay un abasto del 99 por ciento en el blanco, mas no así en amarillo en el que importamos 6 millones de toneladas anuales que se utilizan para alimentos de animales y almidón.

Como en otros cultivos, México tiene enormes desafíos por la dicotomía que presenta su campo. Una enorme productividad en el norte hasta con 12 toneladas por hectárea en maíz vs 2 toneladas en el sur.

Syngenta para crecer en el mercado tiene apostadas sus baterías en 3 millones de agricultores a los que literalmente busca puerta por puerta para que accedan a la mejor tecnología.

El problema de tenencia de la tierra con propiedades de no mas de 4 hectáreas y los subsidios de Procampo desligados de cualquier esfuerzo de productividad, no ayudan.

Añada las resistencias que prevalecen y que frenan un mas expedito avance en el uso de cultivos modificados. Ya se está en fase experimental, pero para llegar a la comercial, básicamente en maíz, aún pasarán 2 años. En EU, Europa e incluso Argentina se está en un 70 por ciento en el uso de biotecnología para el maíz y en Brasil 40 por ciento.

Frente al calentamiento global y el comportamiento errático del clima con sequías e inundaciones, este es un tema en el que no se puede bajar la guardia por parte de SAGARPA que lleva Francisco Mayorga. La misma IP vía el CNA que preside Juan Carlos Cortés está consiente de dicha problemática.

Con todo, para Syngenta México es su décimo mercado más importante del mundo, en un listado que encabezan países como EU, Alemania, Francia o Japón.

Junto con Brasil implicamos el 10 por ciento de su facturación total.⁵

⁵ Alberto Aguilar, Nombres, nombres...y nombres, El Universal, 27 de septiembre de 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/column->

Finalmente, se indica en la ficha técnica del Paraquat, cuyo producción a nivel mundial es liderada por Syngenta que los productos para la protección de cultivos deben recibir la autorización de los gobiernos y autoridades reguladoras antes de salir a la venta, por lo que el Paraquat ha sido investigado y sometidos a diversos estudios de campo y pruebas científicas por diversas autoridades gubernamentales como la Agencia de Protección Ambiental de los EE.UU y la Organización Mundial de la Salud (OMS) por lo que diversos países han autorizado su uso después de una detallada evaluación de los riesgos y de los beneficios, incluidos los niveles de residuos en los cultivos para la alimentación, toxicidad y efectos sobre la vida silvestre; sin embargo la ficha técnica reconoce que algunos países en desarrollo carecen de la capacidad para evaluar y regular los productos para la protección de cultivos pero que en general las autoridades gubernamentales del mundo coinciden en que el Paraquat puede usarse en condiciones normales de protección de los usuarios, público y del medio ambiente.⁶

V. EL MAÍZ COMO OBJETO DE INVESTIGACIÓN Y DEBATE

De acuerdo con diversos estudios el maíz es el principal alimento de la

nas/vi_86178.html.

⁶ Centro de Información del Paraquat en nombre de Syngenta Crop Protection AG <http://paraquat.com/spanish>.

El caso del maíz como patrimonio biocultural en México

259

población mexicana, ya que se produce la tortilla que es un alimento básico en la dieta nacional, por lo que diversas instituciones gubernamentales, empresas del sector privado y organizaciones no gubernamentales se han dado a la tarea de desarrollar diversos estudios y trabajos con diversos fines.

La universidad Autónoma Agraria Antonio Narro (UAAAN) en Saltillo, Coahuila alberga el Banco de Germoplasma del maíz cuyo objetivo es preservar ex situ diversas especies nativas provenientes de los Estados de la República Mexicana, a través de los grupos de productores.

El proyecto de Banco de Germoplasma fue autorizado por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación ((SAGARPA), para albergar hasta 100 mil muestras de maíz a través de un sistema de conservación y almacenamiento, además del desarrollo de un Centro de Investigación de Maíces Criollos y de generación de semillas con la Cooperación de la Confederación Nacional de Productores Agrícolas de Maíz de México y de diversos productores de la República Mexicana.⁷

Para muchos investigadores el maíz representa un recurso valioso que requiere su debida preservación y salvaguarda, sin embargo diversos sectores impulsan la apertura de las instituciones del estado para nuevos aprovechamientos de éste grano que incluyen la modificación de su mapa

⁷ http://www.eluniversal.com.mx/articulos/vi_60204.html "Crea México Banco de Germoplasma" Agencia EFE 13 de agosto de 2010.

genético para obtener mejores variedades resistentes a la sequía y a las altas temperaturas.

Se ha establecido un debate entorno al uso, aprovechamiento y conservación del maíz, ya que para algunos grupos se trata de un patrimonio biocultural de las diversas comunidades de México que se ha preservado a través de generaciones y de la transmisión de conocimientos tradicionales que deben ser materia de reconocimiento y protección, sin embargo para otros grupos el maíz representa simplemente un recurso susceptible de mejora y aprovechamiento en el que aquellos que inviertan en su investigación pueden legítimamente apropiarse del mismo incluyendo el conocimiento tradicional que representa, a través de diversas figuras jurídicas de propiedad intelectual reconocidas en los sistemas de derecho como son las patentes que otorgan la explotación exclusiva a sus titulares.

Derivado de éste debate se ha considerado al maíz como un recurso genético que puede y debe mejorarse para garantizar la producción y el abasto alimentario a la población, por lo que las instituciones del Estado deben garantizar el fomento de la investigación pública y privada para tener nuevas y mejoradas variedades de maíz conocido por algunos sectores como transgénico en contraposición al maíz criollo o nativo.

Por otra parte, diversos grupos de científicos, investigadores, académicos, productores y autoridades consideran que el maíz es un patrimonio biocultural de México, depositado en

Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

260

diversas comunidades mayoritariamente indígenas quienes poseen el conocimiento milenarios para su conservación y explotación sustentable que ha garantizado su permanencia e inclusive su mejoramiento de manera natural, por lo que debe defenderse dicho patrimonio y no permitir que diversos organismos se apropien en forma indebida de dicho conocimiento para modificar las propiedades de éste grano e inclusive patentarlo para su uso y explotación exclusiva, sin reconocer y retribuir los beneficios económicos que esto representa, desalentando a las formas tradicionales de la agricultura en detrimento de la calidad de vida de las comunidades indígenas.

VI. EL CASO DEL DENOMINADO MAÍZ TRANSGÉNICO

El mejoramiento genético del maíz es polémico y abre al debate este tema ya que hay posturas encontradas que por un lado defienden la modificación del mapa genético del maíz para crear nuevas variedades de éste grano que resistan los efectos del cambio climático como sequías y altas temperaturas, así como una mejor y mayor producción para satisfacer la creciente demanda alimentaria de la población y por otra parte la postura de la conservación de la riqueza genética, cultural y biopatrimonial del maíz mexicano y de su diversidad de especies criollas a partir de las cuales se crea el llamado maíz transgénico.

La creciente demanda para el consumo humano de éste grano, el

avance de la ciencia y la tecnología, las inversiones del sector privado en la investigación y desarrollo de nuevas especies de materias primas y de la visión de los organismos gubernamentales y del Estado coloca a este importante tema en la mesa de la discusión y el debate en el que debe considerarse la conservación de la riqueza genética, la biodiversidad, la alimentación y la agricultura de México.

Este debate se escala a la esfera internacional, ya que el maíz es fundamental en la alimentación y economía mundiales en el que se discuten la implementación y el desarrollo de proyectos y modelos de innovación agrícola relacionados con este grano, debates en los que también se discuten la distribución de los beneficios que esto representa entre los diversos agentes involucrados, además del tema de los derechos de propiedad industrial de sus titulares y de los poseedores de los conocimientos tradicionales en los que se sustentan las investigaciones de éstos proyectos.

El Centro Internacional de Mejoramiento de Maíz y Trigo (CIMMYT) en México, ha desarrollado diversas variedades del grano que a su vez han sido utilizadas por diversos centros e institutos a nivel mundial como el Instituto Federal Suizo de Tecnología para el desarrollo de métodos y proyectos para incrementar el rendimiento de los cultivos de maíz en diversos ambientes y su resistencia a factores como la sequía y las altas temperaturas en la que se han estudiado las características de las diversas variedades del grano aporta-

El caso del maíz como patrimonio biocultural en México

261

das por el CIMMYT en México, incluyendo las semillas, raíces, tallos y las hojas de la planta del maíz mexicano, a través de diversos análisis en el que se utilizan tecnologías de vanguardia.⁸

Se trata de incrementar el rendimiento del maíz, a través del desarrollo de variedades más resistentes mejoradas genéticamente, a través del estudio de la arquitectura y mapa genético de las diversas variedades de los maíces aportados para un mejor rendimiento de los cultivos en ambientes adversos, en el que se realizan pruebas para someter a dichas variedades a factores que aporten datos para una mejora en la producción del grano.

Con dichas pruebas se ha sido posible localizar a los genes del maíz que controlan el crecimiento de las raíces en estudios relacionados a la escasez de agua y de sequía para diseñar métodos para su cultivo en dichas condiciones y obtención de rendimientos.

VII. LAS INVESTIGACIONES DEL CINVESTAV

En éste sentido en México diversas instituciones y organismos del sector público y privado han desarrollado trabajos e investigaciones relacionados con el maíz que en los últimos años han presentado un crecimiento exponencial entre las que destaca la efectuada recientemente por el Centro de Investigación y de Estudios Avan-

⁸ http://www.eluniversal.com.mx/articulos/vi_59492.html "Usan maíz mexicano para resistir a sequías" Agencia EFE, 8 de julio de 2010.

zados de México (CINVESTAV) que desarrolló en invernadero una variedad de la planta del maíz resistente a la sequía de la cual se solicitó a la SAGARPA un permiso para iniciar su siembra experimental a cielo abierto en mayo de 2011 para realizar diversas pruebas tendientes a comprobar su resistencia a la sequía en condiciones reales.⁹

La variedad de la planta desarrollada por el CINVESTAV en invernadero se implantará en el Estado de Sonora en la región del Valle del Yaqui, para realizar pruebas de inocuidad y de resistencia al calor y a la salinidad, por lo que se espera que éstas nuevas plantas requieran de un 20% menos de agua aproximadamente y que resistan temperaturas de más de 40 grados como efecto de la modificación del mapa genético del maíz en el que se introdujo artificialmente una bacteria denominada *tumefaciens* que reduce la acción de una de las enzimas del maíz conocida como trehalasa que degrada los azúcares que el maíz contiene naturalmente y que lo hacen más propenso a las altas temperaturas y a la sequía, por lo que se obtuvo un maíz más resistente que puede clasificarse a decir de los investigadores de éste Centro como sisgénico y no estrictamente como transgénico.¹⁰

De acuerdo con datos del CINVESTAV, la nueva variedad del maíz resistente obtenida como resultado de sus

⁹ http://www.eluniversal.com.mx/articulos/vi_60748.html "Mexicanos crean maíz resistente a sequías" Agencia EFE, 21 de septiembre de 2010.

¹⁰ Idem.

Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

262

investigaciones y pruebas es resultado de la siembra experimental autorizada por diversas autoridades del gobierno mexicano que apoyan la tecnología desarrollada por éste Centro para fortalecer la producción del grano, ya que consideran que no es dañino a la salud y es seguro para su consumo.

Sin embargo, diversas organizaciones consideran que la modificación genética del maíz no es benéfica para los cultivos tradicionales que se han contaminado con la propagación de los genes modificados en diversas variedades silvestres de México, además que contribuye a la disminución de la agricultura tradicional toda vez

que las modificaciones se registran como patentes o mejoras de patentes que conceden la explotación exclusiva a sus titulares, lo que ha generado el debate en varios países en diversos foros científicos, académicos, empresariales y gubernamentales.¹¹

VIII. FUENTES

<http://www.eluniversal.com>

<http://www.cimmyt.org>

<http://www.paraquat.com/spanish>

¹¹ http://www.eluniversal.com.mx/articulos/vi_52650.html "Confirman contaminación de maíz en México con transgénicos", Martínez Rojas Andrés Eloy, 24 de febrero de 2009.

Derecho a la información y democratización de los medios de comunicación

Eduardo López Betancourt*
Roberto Fonseca Luján**

Sumario: I. Derecho a la información como pilar de una democracia. II. La importancia de los medios de comunicación. III. Los retos del derecho en la democratización de los medios. IV. Fuentes.

I. DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO PILAR DE UNA DEMOCRACIA

La comunicación es la base de las relaciones humanas. Incluye el proceso, así como los mecanismos, que hacen posible y estimulan los intercambios entre personas. Todo lo humano es susceptible de comunicarse; al hacerlo, se transmite y reproduce la cultura. De ese modo, la comunicación “produce bienes sociales, une a los individuos entre ellos y permite la vida colectiva”.¹ Sin comunicación, no puede concebirse la vida en *comunidad*, en sociedad. Es el lenguaje lo que sienta las bases de la convivencia humana.

La amplitud de la noción es evidente. Para el derecho, ha resultado de interés intervenir en los procesos de comunicación que tienen incidencia en el ámbito de la vida pública. En un principio, con el reconocimiento, la protección y la regulación del ejercicio de las libertades de expresión y de opinión, y en los últimos tiempos, en torno al llamado Derecho de la información, que abarca un con-

* Eduardo López Betancourt es profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM, con más de 40 años de actividad académica ininterrumpida. Imparte cátedra en la Licenciatura en Derecho y en la División de Posgrado. Miembro Nivel I del SNI-Conacyt. Por su vasta obra jurídica se hizo acreedor al Premio al Mérito Editorial IUS 2010.

** Roberto Fonseca Lujan, es egresado de la Facultad de Derecho. Actualmente se desempeña como ayudante académico y como alumno de la Maestría en Derecho de la misma Facultad.

¹ Lazar, Judith, *La ciencia de la comunicación*, Publicaciones Cruz, México, 1995, p. 13.

Seminario de Sociología Jurídica

264

junto normativo extenso relativo, sí, a la libertad de expresión, y además, a la libertad de información y al derecho a la información a través de cualquier medio.

Esa idea de *información* que da contenido sustantivo, y adjetiva a esa rama del derecho, no se concibe sólo como conjuntos de datos aislados. La información con interés para esta área jurídica, como contenido y producto del proceso comunicativo, tiene trascendencia en la medida en que su conocimiento o desconocimiento acarrea consecuencias en la esfera pública. La información tiene interés para el derecho relativo, prioritariamente, según un sentido teleológico dado por el modo en el cual la obtención y tenencia de información permite actuar, participar y tomar decisiones de importancia para la vida colectiva.

La información así entendida, abarca pensamientos, ideas, creencias, juicios de valor, comentarios y posturas sobre situaciones generales, o bien, en relación a hechos y acontecimientos determinados. Sea sobre materia política en sentido amplio, como todo aquello concerniente a la vida del hombre en colectividad, pudiendo referirse en concreto al ámbito de la lucha política: electoral, administración del gobierno, lucha ideológica, y más, respecto a todo lo que implica una situación humana: cultura, arte, educación, etcétera.

Información cuyo origen, puede enfocarse especialmente en lo difundido a través de los medios de comunicación electrónicos y la prensa, y también, en aquello proveniente de los órganos del Estado.

Así, la noción de información debe ir más allá de la mera difusión noticiosa como labor del periodismo. El objeto de la información, mucho más amplio, se hace “compatible con la idea de participación y es extensible a datos, hechos, opiniones, comentarios y mensajes necesarios para entender de un modo inteligente las situaciones individuales, colectivas, nacionales e internacionales y para estar en condiciones de tomar las decisiones pertinentes”.²

De este modo, el derecho a la información, adquiere sentido como derecho a obtener y transmitir información, en la medida en que los datos permiten una actuación, posibilitan al individuo a formarse una opinión, un criterio, una postura y participar en la vida pública según dicha postura. Participación que es imprescindible para la consolidación del esquema democrático hacia el que tienden las sociedades.

En consecuencia, el individuo tiene también el derecho de acceder directamente a parte de la información, ante la imposibilidad de que los medios de comunicación social se la hagan saber, dentro de ella, la información de carácter gubernamental.

De ahí que la idea del derecho a la información, vaya más allá de la concepción tradicional de la libertad de expresión —reconocimiento de la pre-

² Cendejas Jáuregui, Mariana, “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho comparado de la información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, Núm. 15, México, enero-junio de 2010, p. 37.

Derecho a la información y democratización de los medios...

265

rogativa a emitir información—; para abarcar, además, la tutela de los derechos de quien *recibe* la información, del sujeto pasivo en las relaciones comunicativas. Caracterizándose así, como un derecho que tutela no sólo a los productores o emisores de mensajes informativos; sino en particular, por la clara posición pasiva en que se encuentran, de desventaja frente a los emisores, a la ciudadanía, a los usuarios o receptores de los medios.

En esa línea, opina Sánchez Ferríz, este derecho “alberga la teoría tradicional sobre la libertad de expresión pero en un sentido más amplio, pues supone en primer lugar el derecho a informar, que no es sino la fórmula moderna de aquella libertad, y en segundo lugar, el derecho a ser informado, referido fundamentalmente al público, a la colectividad.”³

Existe, por tanto, un sentido social de este derecho que, más allá de la concepción individualista de la libertad de expresión, entiende al derecho a la información según su potencial como instrumento democrático, de desarrollo y participación política; y aun, fomenta el ejercicio del derecho como mecanismo emancipador.

Lo anterior, ha significado “superar la concepción exclusivamente mercantilista de los medios de comunicación (...) renovar la idea tradicional que entiende el derecho de información como equivalente a la libertad de expresión: es decir libertad para el que produce y

emite, pero que, se reduciría, si ignora el derecho que tienen los hombres como receptores de la información”.⁴

Como ha apuntado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos, “la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”⁵

Establecido este carácter social, colectivo del derecho a la información, como requisito para la participación democrática, y por ende, para el desarrollo de la nación en ese sentido; la posición del Estado frente al mismo se ha modificado. A diferencia de la protección reconocida por el liberalismo clásico a la libre expresión, como un simple *no hacer* de parte del Estado, un no intervenir para no restringir la libertad de expresión; el derecho a la información, tratándose de un derecho de naturaleza social, implica un conjunto de obligaciones positivas de las instituciones.

⁴ Citado en: Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 35a ed., Porrúa, México, 2002, p. 672.

⁵ Citado en: Azurmendi, Ana, “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la influencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre”, en Tenorio Cueto, Guillermo (coord.), *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007, p. 30.

³ Citado en: Junco Esteban, María Alicia, *El Derecho a la información: de la penumbra a la transparencia*, Porrúa, México, 2003, p. 9.

Las cuales incluyen, desde el contribuir al libre flujo de la información, proporcionando los datos sobre la gestión administrativa que resulten requeridos por los gobernados, hasta el garantizar a todos, el derecho a transmitir las propias informaciones fomentando la pluralidad democrática en la utilización de los medios. Esto, porque el ejercicio del derecho a la información, compete no sólo a los profesionales de la comunicación; su titularidad es universal, y por ende toda persona detenta el derecho a emitir y difundir informaciones y opiniones de cualquier índole.⁶

Además, el Estado debe velar porque la información transmitida sea veraz, objetiva; debe preservar la “garantía de que la información sea transmitida con claridad y objetividad, por cuanto a que es un bien jurídico que coadyuva al desarrollo de las personas y a la formación de opinión pública de calidad para poder participar y luego influir en la vida pública”.⁷

⁶ La universalidad del derecho es *triple*, referida no sólo al titular: “Una cualidad tradicionalmente atribuida como axiomática al derecho a la información es el reconocimiento de su universalidad, analizada fundamentalmente desde tres perspectivas: los mensajes atraviesan fronteras (universalidad geográfica); se difunden a través de todo los medios de comunicación (universalidad de medios); y es un derecho de todos los individuos (universalidad subjetiva)”. Escobar de la Serna, Luis, *Principios del Derecho de la información*, Dickinson, Madrid, 2000, p. 87.

⁷ Robles Hernández, José Guadalupe, *Derecho de la información y comunicación pública*, Universidad de Occidente, México, 2004, p. 73.

De esta manera, de acuerdo con Beatriz Solís, el derecho a la información parece ser algo que va más allá de los derechos corporativos o de grupos sociales, no es de titularidad exclusiva de algunos de ellos, sino que abarca y debe aprovechar “a las clases y diversos grupos que forman la sociedad, permitiendo que todos ellos expresen sus puntos de vista, defiendan sus intereses, debatan sus diferencias, sin riesgo de represión en tanto no dañen los intereses generales de la sociedad o intereses legítimos de otros grupos”.⁸

Al ubicarse como una rama del derecho social, implica elementos de la legislación que se incluyen en el derecho privado, al tratarse de una prerrogativa particular su ejercicio; y del derecho público, al referirse a instituciones públicas encargadas de la difusión de información, así como de las relaciones informativas o comunicacionales entre gobernantes y gobernados. Debiendo tomarse en cuenta, además, como en todo derecho social, “la búsqueda de la igualdad como valor social que se debe proteger”.⁹

Igualdad social sin la cual no pueden concebirse las democracias contemporáneas. “En este sentido, el derecho a ser informado es público,

⁸ Solís Leree, Beatriz, *El derecho a la información veinte años después. Crónicas de un debate*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1997. Citado en: Corral Jurado, Javier, “Los partidos políticos y el derecho a la información”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Hacia un nuevo derecho de la información*, Universidad Iberoamericana, Fundación Konrad Adenauer, México, 2000, p. 27.

⁹ *Idem*.

Derecho a la información y democratización de los medios...

267

por cuanto exige la intervención del Estado, y es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento para la satisfacción de fines o intereses de carácter social".¹⁰

Es evidente que la democracia sólo puede construirse con la participación política equilibrada de las mayorías y las minorías. Y para que ésta se lleve a cabo, se requiere que los ciudadanos estén bien informados. Sólo contando con suficiente información, "se pueden obtener los elementos cognitivos necesarios para entender, contextualizar y evaluar los eventos políticos, así como las decisiones gubernamentales; conocer y juzgar los procesos y resultados de programas y políticas de un gobierno (...) promover el debate ciudadano y brindar a la sociedad elementos indispensables para la solución de sus problemas".¹¹

Así las cosas, la información es imprescindible para conocer las razones y la dirección de la política, con miras a participar de manera constructiva en ella. La construcción y consolidación de la democracia depende de que los miembros de la sociedad participen en ella, que intervengan en los debates sobre las cuestiones públicas, en la formación de los con-

senso que son indispensables. Y la información que se requiere para esto, debe ser completa, además de veraz y objetiva.

Como señala Fiss: "La democracia es un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir pero supone que el público está completamente informado cuando realiza ese juicio. La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones."¹²

La información, se insiste, no se limita a datos aislados, comprende ideas, pensamientos, teorías, explicaciones del mundo, cosmovisiones y cosmogonías. Noticias sobre hechos, sucesos, y análisis de los mismos. Difusión de otras opiniones y puntos de vista. Es decir, todo lo que resulta necesario para un diálogo plural, abierto, potenciado por un ejercicio maduro de la libertad de información, como fundamento del derecho a la participación política, a la vida democrática.

Según plantea Desantes Guanter, el mundo lucha por una democratización total a la que solamente se puede acceder a través de la participación. Dicha participación, es decisión, y la decisión exige información. De modo que "la información es requisito y es impulso para que el hombre individualmente considerado

¹⁰ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, p. 37.

¹¹ Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 9, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 206.

¹² Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997, p. 183.

Seminario de Sociología Jurídica

268

adopte decisiones políticas que, al ser políticas, adquieren un valor comunitario: es componente y acicate de la participación.”¹³

Y de este modo, el derecho a la información queda entendido “no como un estatuto de los profesionales de la información o de las empresas informativas, ni como una regulación técnica de los medios de comunicación social; sino como un derecho del ciudadano correlativo al derecho a la participación”.¹⁴

El derecho a la información es sin duda, un componente fundamental en la construcción y consolidación de las sociedades democráticas contemporáneas, al posibilitar la transmisión e intercambio de ideas y opiniones, así como la comunicación de noticias. En el mismo sentido, Ana Azurmendi considera que: “el conocimiento de los hechos relevantes en política, economía, cultura así como de las opiniones que a partir de ellos se suscitan permite una participación más activa del individuo en su entorno social.”¹⁵

Junto con esto, a través del ejercicio de este derecho, el ciudadano puede saber si el gobernante sigue o no el programa político prometido en campaña, si respeta la legalidad, se extralimita en el ejercicio del poder, si responde a intereses de grupo en perjuicio del interés general, y aún, si utiliza el cargo

para fines espurios, para enriquecerse ilegítimamente.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En un modelo básico de la comunicación, el *medio* es simplemente el canal por el cual el mensaje viaja de la fuente emisora al receptor. No obstante, en los tiempos actuales, el desarrollo tecnológico y los cambios sociales generados por éste, han dado a los medios un papel protagónico en los procesos de comunicación, al grado de llegar, en muchos casos, a cobrar más relevancia que la información misma que transmiten.

Las discusiones contemporáneas en materia de comunicación, se relacionan con las consecuencias de dichos avances tecnológicos. Está en la naturaleza del hombre comunicarse, pero la magnitud actual de esos procesos, nunca antes experimentada, es consecuencia de la integración provocada por los nuevos medios. En la era actual, la superación de aislamientos, la inmediatez y el alcance global en la transmisión de los datos, caracterizan a las llamadas *sociedades de la información*, término que se ha incorporado a los discursos políticos y académicos para designar al proyecto de sociedades posibles del nuevo milenio, en las cuales el uso de las avanzadas tecnologías de la información, permiten la circulación de una gran cantidad de información relevante para el consumo cultural.

¹³ Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 31.

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵ Azurmendi, Ana, “La libertad...”, *op. cit.*, p. 29.

Derecho a la información y democratización de los medios...

269

En estos contextos, el orden jurídico, como promotor y garante de un sistema social democrático, tiene como encargo garantizar y hacer posible, la utilización de esos medios tecnológicos como herramientas para el ejercicio generalizado del derecho a la información, tanto en su vertiente pasiva como en la activa, al tratarse de “uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo”.¹⁶

Así como la libertad de imprenta, adquirió sustantividad partiendo del término utilizado para designar al instrumento mecánico que permitía su ejercicio: la *prensa*, como tecnología que hizo posible la manifestación material de las libertades de pensamiento, de expresión y de opinión a gran escala; así en nuestros días, la libertad de información tiene significado propio, sólo en relación estrecha con los instrumentos tecnológicos que posibilitan su práctica.

Aunque no se habla específicamente de *libertades de radio, de televisión o de internet*, como análogas a la de prensa; en la esencia de la libertad de información, se comprende la necesidad de contar con el acceso a los medios electrónicos de comunicación masiva que hagan posible su ejercicio.

De este modo, los medios, como los principales instrumentos tecnológicos a través de los cuales fluye la información en la sociedad, están en posibilidades de operar tanto a favor

como en contra de la consolidación democrática, según actúen difundiendo información plural, o constriñéndose a visiones monistas de lo político y de la acción política.

Este papel prioritario de los medios para la vida democrática, es consecuencia de un proceso histórico. Como es sabido, en los inicios del Estado liberal, las libertades de expresión y de prensa surgieron como derechos de defensa frente a la acción estatal; es decir, el Estado no podía ejercer ningún tipo de injerencia en el ejercicio de dicho derecho, que en esta concepción originaria, se limitaba a garantizar la libertad del *emisor*, es decir, de quien en el proceso comunicativo, tenía el papel de transmitir la información. Además de que, como el resto del derecho liberal de origen, concebido sobre la noción de la igualdad formal de los individuos ante la ley, tampoco se ocupó a considerar el acceso de todos los ciudadanos a los medios y recursos necesarios para el ejercicio de ese derecho, en concreto, la prensa, que se encontraba evidentemente en manos privadas.

Según reseña Magdalena Alegría, el reconocimiento de la libertad de expresión “se realizó exclusivamente desde el punto de vista del sujeto emisor del mensaje (...) no se reconoció el derecho a recibir opiniones o informaciones. [Asimismo] el modelo liberal de comunicación pública no se preocupó de los presupuestos sociales necesarios para el ejercicio de las libertades públicas y, por ello, sólo las personas que podían sufragar los altos costes que generaba la prensa podían expre-

¹⁶ Citado en: *Ibidem*, p. 45.

Seminario de Sociología Jurídica

270

sar efectivamente sus ideas u opiniones ante los demás.”¹⁷

Es decir, aunque las libertades estaban reconocidas a todos los ciudadanos no podían ser ejercidas de manera efectiva por todos. Las opiniones de quienes no tenían recursos necesarios para acceder a los medios, no podían ser transmitidas para ser escuchadas por el resto de la población. Asunto que no era de interés para el Estado.

En los tiempos democráticos, la libertad de expresión consolidó su importancia, pero ya no sólo como prerrogativa individual, sino como medio para el manejo democrático de las cuestiones públicas. Según el propio Magdaleno, bajo el régimen democrático basado en el sufragio y el derecho de asociación política “se constató la importancia de las libertades de expresión y de prensa para el ejercicio del autogobierno de los ciudadanos (...) al hacer públicos los asuntos generales y las ideas políticas, permite el control del poder político y fomenta el asociacionismo de los ciudadanos.”¹⁸

En ese proceso de revisión democrática de los medios, ha quedado patente su importante labor en la difusión de información sobre las cuestiones públicas, operando como un

control fáctico sobre los detentadores del poder. Pero el gran tema que sigue pendiente, es la democratización de los medios mismos, que se mantienen bajo el control de quienes tienen la propiedad sobre ellos.

Es evidente que la comprensión de los asuntos públicos, depende en buena medida de la información que se proporcione al individuo, y a la cual pueda tener acceso. En este orden, los medios moldean las percepciones del público, son instrumentos de concienciación, pues no únicamente le proporcionan la información, sino que a su vez transmiten marcos referenciales, teóricos, para comprender la realidad; y para actuar en ella según ese entendimiento.

De acuerdo con McCombs, comentado por Stein, “es posible entender que el ciudadano no está en posibilidad de conocer, saber o tener información sobre todos y cada uno de los elementos y características de los eventos políticos que ocurren en el mundo, y que sólo absorbe o toma conocimiento sobre aquellos que son reportados o enfatizados por los medios de comunicación”.¹⁹

En la cultura audiovisual, el ágora ha sido sustituida por la pantalla, como esfera abstracta donde se recrea virtualmente lo público. Lo que no tiene visibilidad en ese espacio virtual, está condenado al ostracismo. Y si son los medios los que determinan lo que se hace visible, lo que se presenta o no al público; en cierta medida, cuentan

¹⁷ Magdaleno Alegría, Antonio, “El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales y políticos significativos en el estado social y democrático de Derecho”, *Revista Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Núm. 18, Madrid, 2o semestre de 2006, p. 225.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 225-226.

¹⁹ Stein Velasco, José Luis F., *op. cit.*, p. 22.

Derecho a la información y democratización de los medios...

271

con poder para definir lo que existe o no ante la opinión colectiva, pudiendo establecer visiones fragmentarias e incompletas de la realidad.

Los medios masivos ejercen así notoria influencia en la construcción e inducción de la opinión pública. No son únicamente las vías a través de las cuales se comunican las opiniones que se refieren a las cuestiones públicas, sino que crean y definen esas opiniones, y aún lo que es de interés público. Esto, porque no sólo comunican los hechos, sino también las visiones, el marco completo para entenderles y los modos de reaccionar y de pensar ante el mundo. Lo cual se potencia, por la capacidad tecnológica que les permite llegar a cientos de miles sino es que a millones de personas.

Los medios tienen que incidir en lo público. De ese ámbito emanan y hacia él vuelven, es su razón de ser. Hoy en día, el riesgo para la democracia se encuentra en la manera en que son los propios medios quienes definen qué es y qué tan importante llega a ser lo considerado *público*. No forman solamente parte del espacio público o transmiten lo que en él sucede; lo crean.

Para que algo se entienda como noticia, debe ser de interés general. Según Osorio, “toda información noticiosa, para serlo, debe de gozar de importancia para el grupo social al que está destinada, es decir, debe ser pública o potencialmente pública.”²⁰ El conflicto surge, no tanto de la imposibilidad

²⁰ Osorio Meléndez, Hugo, “La información: un derecho individual de bien público”. Citado en: *Ibidem*, p. 20.

fáctica de transmitir toda la realidad noticiosa a la ciudadanía, pues es evidente que no pueden informar de todo lo que sucede. Sino en concreto, de la manera en que seleccionan la información que se transmite, definiendo lo que es noticia, y con ello, determinando la visión que el espectador-ciudadano se hace de la realidad política.

De este modo, los medios son actores políticos de gran relevancia. Tienen su propia agenda, acorde a los intereses de quienes les controlan, y esa agenda, en ocasiones, no sólo difiere de los intereses de la sociedad o del gobierno, sino que define y determina a ambas. Convirtiéndose en factores de poder que utilizan su posición privilegiada para operar según sus propios intereses.

Los medios son no sólo difusores, sino creadores y reformadores de la cultura. Inciden en la formación de las identidades tanto individuales como colectivas, y en todo aquello que más allá de los simples hábitos de consumo, tiene que ver con las maneras de socializar, con las estructuras sociales, las maneras de estar juntos. La comunicación se percibe así, como “el escenario cotidiano del reconocimiento social, de la constitución y expresión de los imaginarios a partir de los cuales la gente representa lo que teme o lo que tiene derecho a esperar.”²¹

²¹ Martín-Barbero, Jesús, “Globalización comunicacional y transformación cultural”, en De Moraes, Dênis (coord.), *Por otra comunicación. Los media, globalización cultural y poder*, Icaria, Intermón Oxfam, Barcelona, 2005, p. 44.

Así, los medios desempeñan un papel educativo de gran relevancia. Hay una brecha cada vez mayor entre lo que enseña o pretende enseñar la escuela y demás instituciones difusoras tradicionalmente de cultura, y lo que las personas realmente aprenden. No sólo por el alcance restringido de las instituciones, sino también por los contenidos, muchas veces carentes de trascendencia práctica. La industria de la comunicación, llena esos vacíos que las personas sin acceso a la educación o a la cultura tienen, o bien, los va sustituyendo, de modo que “no solamente descentralizan las formas de transmisión y circulación del saber, sino que constituyen un ámbito decisivo de socialización, de dispositivos de identificación/proyección de pautas de comportamiento, estilos de vida y modelos de gusto.”²²

Si bien, el mero suministro de información no *educa*, esta es indispensable. Según Desantes, el derecho a la información debe partir por tanto del derecho a la instrucción y a la enseñanza. “Los pedagogos afirman que la enseñanza es primordialmente información; tan sólo una vez encajadas las distintas piezas de la información dan conjuntos armónicos y fraguan en educación. Los informadores ven en la noticia no solamente un reflejo del presente, sino sobre todo una preparación del futuro (...) La noticia tiene así una misión educativa indudable, puesto que la educación no es otra cosa que mirar al porvenir y preparar al hombre para afrontar las transformaciones del

²² *Ibidem*, p. 47.

mundo, asimilándolas antes de que lleguen.”²³

El consenso es unánime en torno a este papel trascendental de la información en la enseñanza. Para la vigencia del Derecho mismo, “los filósofos del derecho destacan que la información instruye y transmite conocimientos, contribuyendo a forjar el hombre integral; culturaliza mejor al ser humano y facilita así la realización del derecho sin necesidad de hacer uso del elemento coactivo de las normas jurídicas.”²⁴

Así, derecho a la información y derecho a la educación se presentan como paralelos, “aun cuando con estructura distinta, tendrán un mismo punto de referencia y se dirigirán hacia él en sentido convergente y emulativo: una mayor información amplía la capacidad de asimilación informativa y, sobre todo, la capacidad investigadora del sujeto que sigue siendo receptor, pero cada vez es menos pasivo.”²⁵

III. LOS RETOS DEL DERECHO EN LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS MEDIOS

El reto debiera ser reorientar los objetivos de los medios de comunicación, hacia la educación y la cultura, y no sólo hacia la obtención de beneficios y poder económico y político para quienes los utilizan. Los medios debieran fomentar la libertad, ya que si la comunicación constituye el fun-

²³ Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, pp. 192-193.

²⁴ *Ibidem*, p. 193.

²⁵ *Ibidem*, p. 194.

Derecho a la información y democratización de los medios...

273

damento de toda sociedad humana y de toda relación social, es el vehículo que hace posible que los hombres participen mutuamente de sus estados subjetivos e intercambien sus ideas y sus sentimientos, la comunicación social no debiera limitarse “a transmitir mensajes para que queden almacenados en un recipiente pasivo, sino [a] promover en el receptor una reacción o una respuesta (...) En una buena comunicación, la reacción del receptor se funda en su conciencia racional, es decir, es *libre*, aunque en nuestra sociedad sean frecuentes las respuestas prefabricadas por medio de las técnicas persuasivas.”²⁶

En la práctica, esa libertad se encuentra supeditada al manejo mediático de la comunicación. El “debate público” se restringe a las voces de quienes dominan o tienen acceso a las estructuras mediáticas. En lugar de ser mediadores entre la ciudadanía y el gobierno, intermediarios que permitan el intercambio de voces de uno a otro lado, los medios parecen sólo comprometidos con la difusión de su propia voz, y con las que resultan favorables a sus intereses.

Como argumenta Magdaleno, siguiendo a Fiss, en la actualidad, “el debate público está dominado por las redes informativas de la televisión y por un cierto número de medios de la prensa escrita (...) El mercado no asegura que las opiniones de todos sean escuchadas y, por lo tanto, no se pro-

²⁶ Xifra Heras, Jorge, *La información. Análisis de una libertad frustrada*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1972, pp. 7 y 8.

duce un debate vigoroso, desinhibido y completamente abierto.”²⁷

El ciudadano tiene derecho a la noticia, a saber las cuestiones que le competen a él, a su grupo, al mundo entero en los tiempos que corren. La libertad de expresión “es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos (...) Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.²⁸ En efecto, además del derecho a escuchar, tiene el elemental derecho a decir, a transmitir sus propias opiniones; prerrogativa sobre la cual pesa en la actualidad, una especie de silenciamiento fáctico, pues aunque está plenamente reconocida, la falta de acceso a las herramientas tecnológicas necesarias impide su ejercicio.

En la concepción originaria de la libertad de expresión y de prensa, el punto toral era defender, y preservar, la autonomía del individuo, su libertad a comunicar sus opiniones, creencias, y puntos de vista, sin restricciones arbitrarias del Estado en esa esfera. Libertad que fue consolidándose en torno al ejercicio empresarial de la comunicación, como una industria.

No obstante, en sociedades de mayor complejidad, en las que las expectativas democráticas han asig-

²⁷ Magdaleno Alegría, Antonio, *op. cit.*, pp. 226-227.

²⁸ Huerta Guerrero, Luis, *Libertad de expresión y acceso a la información pública*, 19ª ed., Comisión Andina de Justicia, Lima, 2002, p. 17.

Seminario de Sociología Jurídica

274

nado a la libertad de expresión, y a los medios tecnológicos utilizados para el ejercicio de ésta, el papel de instrumentos para el debate abierto de la cuestión pública, los nuevos escenarios contemporáneos han mostrado que la mera defensa de la autonomía, no contribuye a la utilización democrática de los medios, en especial, atendiendo a la concentración que de estos se ha dado, en la dinámica del mercado imperante.

En esta dimensión, la importancia del rol que en la vida democrática juegan los medios de comunicación, como factores que permiten el ejercicio del derecho a la información, conlleva importantes responsabilidades. De inicio, tienen la obligación de dar cabida al mayor número de voces, para la consolidación del sistema democrático. “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable recojan las más diversas informaciones y opiniones.”²⁹

La realidad social muestra que los grandes emporios mediáticos han desatendido el cumplimiento de esa obligación imprescindible para el desarrollo democrático, al monopolizar la voz.

Aunque la titularidad del derecho a la información es universal, en la realidad social, su ejercicio, especialmente en su vertiente activa como dere-

cho a divulgar información a través de cualquier medio, está claramente restringido. La posibilidad de practicar ese derecho a *difundir* información, ha quedado constreñido a los profesionales de la comunicación, quienes a su vez, son empleados de los grandes monopolios de la información. Así, se trata de un derecho “que teóricamente corresponde a cualquiera, pero que en la práctica es ejercido por un reducido número de importantes empresas”.³⁰

De modo que sólo el derecho a *recibir* información, resulta en los hechos el de titularidad universal. Teóricamente, el ciudadano tiene todo el derecho a la expresión de ideas y opiniones, pero si no cuenta con las posibilidades de acceso a los grandes medios electrónicos, instrumentos imprescindibles dada la complejidad de las sociedades contemporáneas, su voz carece de trascendencia, con lo cual, queda condenado de facto al silencio.

Como denuncia Esteinou, “a estas alturas de la historia de la comunicación nacional, el único derecho (...) que posee la sociedad mexicana desde el origen de los medios electrónicos en el país (...) es el derecho de cambiar de canal o frecuencias, o de apagar o encender la pantalla, pues de manera real, ningún otro derecho ha sido otorgado por la estructura jurídica del poder mediático nacional.”³¹

³⁰ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Siglo XXI, México, 1979, p. 151.

³¹ Esteinou, Javier, “Hacia una sociedad con voz: el rescate del derecho de respuesta en México”, en Martell, Lenin (ed.), *Hacia la*

²⁹ Citado en: Azurmendi, Ana, “La libertad...”, *op. cit.*, p. 39.

Derecho a la información y democratización de los medios...

275

La concentración de medios masivos de comunicación, provocada por la consolidación de emporios oligopólicos, implica tanto la existencia de gran poder económico, como una influencia política evidente derivada del monopolio de la palabra, todo esto, enmarcado en un esquema jurídico que resulta favorable, y lo cual trae como consecuencia una sociedad pasiva controlada desde el medio.

Específicamente en México, la concentración se expresa en el actual imperio del duopolio televisivo. Según Socorro Apreza, existe concentración cuando “una empresa o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerza una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas –cadenas–, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e incluso impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores”.³²

De forma alarmante, en México se dan concentraciones como en ningún otro país del mundo. De acuerdo con cifras recientes, de las 461 concesiones de estaciones de radiodifusión por

construcción de una ciencia de la comunicación en México. Ejercicio reflexivo 1979-2004, Asociación Mexicana de Investigadores de la Comunicación, México, 2004, p. 173.

³² Apreza Salgado, Socorro, “Concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo”, en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto (coords.), *Reforma de medios electrónicos. ¿Avances o retrocesos?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, México, 2007, p. 70.

televisión en el país, dos empresas televisivas concentran el 95 por ciento.³³ Televisa, con 66 por ciento de las concesiones de televisión abierta controla 80 por ciento del mercado publicitario y alrededor del 70 por ciento de la audiencia. El resto le pertenece a TV Azteca.³⁴

De este modo, como destacaron la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dra. Catalina Botero Marino, y el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Dr. Frank La Rue, tras su visita oficial a México realizada durante el mes de agosto de 2010, la alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias de radio y televisión, limitan seriamente “el

³³ Álvarez González de Castilla, Clara Luz *et al.*, “La acción de inconstitucionalidad contra el decreto que reformó las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión”, *Derecho Comparado de la información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007, p. 5.

³⁴ Villamil, Jenaro, “Atraso y retroceso del marco normativo de los medios de comunicación electrónicos”, en Álvarez Arredondo, Ricardo (coord.), *La reforma del Estado en blanco y negro. Agenda para la reforma del Estado*, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados LX Legislatura, México, 2007, p. 274.

Seminario de Sociología Jurídica

276

vigor, la diversidad y el pluralismo en el debate democrático".³⁵

En un país con analfabetismo funcional mayoritario como México, la radio y en especial la televisión constituyen los medios de influencia principal en la ciudadanía. Si según un panorama general del alcance de la prensa, se apunta que el tiro total de periódicos en el país es de ocho millones de ejemplares, aproximadamente; comparando esto con los más de cien millones de habitantes del país, se hace claro que el promedio de lectores de periódicos se reduce prácticamente a un selecto grupo radicado principalmente en las zonas urbanas con niveles culturales más elevados que en zonas suburbanas o marginadas.³⁶

Ante esto, es claro que la radio y la televisión son los medios de comunicación con mayor influencia. La televisión, en especial, al conjuntar lenguaje, sonido e imágenes, produ-

ce un efecto de mucha mayor atracción entre la población.³⁷ Y si dicho medio se encuentra en manos de dos grandes consorcios empresariales, la situación es claramente poco democrática.

Esto, porque los monopolios en la propiedad de los medios de comunicación afectan el libre ejercicio ciudadano del derecho a recibir información plural, pues la concentración, tiende a homogeneizar los discursos, en torno a los intereses de quien va acumulando el poder económico gracias al propio control que tiene sobre los medios.

Como ha apuntado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia."³⁸

³⁵ *Visita Oficial Conjunta a México. Resumen ejecutivo*, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2010, p.4, <<http://www.cidh.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=219>> y: *Visita Oficial Conjunta a México. Observaciones Preliminares*, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2010, pp. 7 y ss, <<http://www.cidh.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=218>>

³⁶ Bohmann, Karin, *Medios de comunicación y sistemas informativos en México*, 2a ed., Alianza Editorial, México, 1994, pp. 96-97.

³⁷ De acuerdo con Sartori, la televisión es una auténtica amenaza. Al producir y transmitir imágenes, anula los conceptos, y atrofia la capacidad de abstracción. Con ello, anula la capacidad de entender, constituyendo un regreso al puro y simple acto de ver. Véase al respecto: Sartori, Giovanni, *Homo Videns. La Sociedad Teledirigida*, Taurus, Madrid, 1997.

³⁸ *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Inter-

Derecho a la información y democratización de los medios...

277

Los medios, como se ha señalado anteriormente, tienen libertad casi total, para definir de manera activa la “realidad” política. Esto ocurre particularmente a través de los procesos de obtención, cobertura, producción y presentación de noticias. De esta forma, la ciudadanía recibe una presentación final del acontecer político, en un momento dado. Así, los medios y comunicadores encuentran el espacio para dar un significado político a las noticias y difundirlo con un impacto sobre la sociedad y la formación de su opinión.³⁹

De este modo, se insiste, los medios son los encargados de definir y crear las noticias, lo que se considera como tal; “son parte de la noticia misma, en el sentido de que, en apreciable medida, los hechos sociales son tales o importan en la medida en que alcanzan lugar en los medios”.⁴⁰ Y derivado de ese poder discrecional de definición respecto a lo que ha de considerarse noticia y de los temas que han de integrarse a la agenda pública, son también, como espacios en los cuales se habla al respecto, los sitios privilegiados para tratar las cuestiones públicas.

El conflicto se agrava cuando, dentro de un sistema político y económico

en el que prevalece la ley del mercado, la información, las *noticias* se valoran, prioritariamente, como mercancías. Para la empresa noticiosa, el interés no es el contenido del mensaje, sino la manera en que éste repercute en el logro de mayor audiencia, de *rating*, el cual se traduce en un beneficio económico, pues como es sabido, la empresa vive de la publicidad comercial, y el público tiene importancia sólo en tanto consumidor.

De modo que los medios masivos, no encuentran mayor interés en brindar información como un medio para generar una conciencia y opinión críticas e informadas en su audiencia, y contribuir así al desarrollo democrático, o mucho menos con intenciones educativas o de difusión de la cultura; sino sólo en la medida en que puedan tener influencia en sus hábitos, enfocados al consumo. Además de, claro está, favorecer la transmisión de información que resulta benigna con la visión de la realidad según la concepción de quienes controlan los medios.

Así, quienes dominan los medios, sean grupos o clases, dominan la información, las visiones de la realidad. Y esto resulta pernicioso cuando los receptores no pueden contestar, pues entonces se quiebra el proceso de comunicación, de diálogo democrático, y la ciudadanía se torna en mera consumidora pasiva de información, que se le proporciona según una tendencia, buscando generar en ella ciertos comportamientos y motivarles modos determinados de pensamiento.

Se trata, del proceso de *masificación*, que ha convertido a los recep-

americana de Derechos Humanos, <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>

³⁹ Stein Velasco, José Luis F., *op. cit.*, p. 26.

⁴⁰ Pásara, Luis, “El conflicto entre medios de comunicación y justicia”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 3, México, Enero-Junio de 2004, p. 82.

Seminario de Sociología Jurídica

278

tores en sujetos sin voz, sin rostro. Lo cual, en última instancia, atenta no sólo contra el derecho a la información, sino contra la dignidad humana misma, al enajenar al hombre de sus capacidades comunicativas. “Un hombre a quién se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se puede callar, contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual.”⁴¹

De este modo, el poder de los medios acarrea numerosas consecuencias negativas. En especial, atenta contra la diversidad y la pluralidad de voces que exige el desarrollo democrático de las sociedades.

Ante la concentración de los medios, que imponen a la sociedad un pensamiento casi único, contrario a las necesidades del desarrollo democrático, el derecho debe intervenir para ceñir ese poder cuyo ejercicio ha resultado abusivo, y trae consigo múltiples consecuencias negativas. Si bien, el camino no es a través de un control directo, y muchos menos imponiendo censura, lo cual consistiría en retrocesos contrarios a la libertad de expresión; debe actuarse en forma estructural, para reequilibrar lo que ha tendido a aglutinarse en un sólo lado de la balanza a favor de los grandes monopolios mediáticos, en perjuicio de la sociedad en general.

Como señala Víctor Flores Olea, citando a Karl Popper: “o el Estado regula efectivamente a las televisoras o éstas aniquilarán nuestras democracias”.⁴²

IV. FUENTES

Álvarez González de Castilla, Clara Luz *et al.*, “La acción de inconstitucionalidad contra el decreto que reformó las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión”, *Derecho Comparado de la información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007.

Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>

⁴¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 295.

⁴² Flores Olea, Víctor, “Nueva ley de medios”, *La Jornada*, 26 de abril de 2010, <<http://www.jornada.unam.mx/2010/04/26/index.php?section=opinion&article=021a2pol>>

Derecho a la información y democratización de los medios...

279

- Apreza Salgado, Socorro, "Concentración de medios de comunicación *versus* pluralismo informativo externo", en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto (coords.), *Reforma de medios electrónicos. ¿Avances o retrocesos?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, México, 2007.
- Azurmendi, Ana, "La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la influencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre", en Tenorio Cueto, Guillermo (coord.), *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007.
- Bohmann, Karin, *Medios de comunicación y sistemas informativos en México*, 2a ed., Alianza Editorial, México, 1994.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 35a ed., Porrúa, México, 2002.
- Cendejas Jáuregui, Mariana, "El derecho a la información. Delimitación conceptual", *Derecho comparado de la información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, Núm. 15, México, enero-junio de 2010.
- Corral Jurado, Javier, "Los partidos políticos y el derecho a la información", en Villanueva, Ernesto (coord.), *Hacia un nuevo derecho de la información*, Universidad Iberoamericana, Fundación Konrad Adenauer, México, 2000.
- Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Escobar de la Serna, Luis, *Principios del Derecho de la información*, Dickinson, Madrid, 2000.
- Esteinou, Javier, "Hacia una sociedad con voz: el rescate del derecho de respuesta en México", en Martell, Lenin (ed.), *Hacia la construcción de una ciencia de la comunicación en México. Ejercicio reflexivo 1979-2004*, Asociación Mexicana de Investigadores de la Comunicación, México, 2004.

Seminario de Sociología Jurídica

280

- Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.
- Flores Olea, Víctor, "Nueva ley de medios", *La Jornada*, 26 de abril de 2010, <<http://www.jornada.unam.mx/2010/04/26/index.php?section=opinion&article=021a2pol>>
- Huerta Guerrero, Luis, *Libertad de expresión y acceso a la información pública*, 19ª ed., Comisión Andina de Justicia, Lima, 2002.
- Junco Esteban, María Alicia, *El Derecho a la información: de la penumbra a la transparencia*, Porrúa, México, 2003.
- Lazar, Judith, *La ciencia de la comunicación*, Publicaciones Cruz, México, 1995.
- Magdaleno Alegría, Antonio, "El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales y políticos significativos en el estado social y democrático de Derecho", *Revista Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Núm. 18, Madrid, 2o semestre de 2006.
- Martín-Barbero, Jesús, "Globalización comunicacional y transformación cultural", en De Moraes, Dênis (coord.), *Por otra comunicación. Los media, globalización cultural y poder*, Icaria, Intermón Oxfam, Barcelona, 2005.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Siglo XXI, México, 1979.
- Pásara, Luis, "El conflicto entre medios de comunicación y justicia", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 3, México, Enero-Junio de 2004.
- Robles Hernández, José Guadalupe, *Derecho de la información y comunicación pública*, Universidad de Occidente, México, 2004.
- Sartori, Giovanni, *Homo Videns. La Sociedad Teledirigida*, Taurus, Madrid, 1997.
- Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 206.

Derecho a la información y democratización de los medios...

281

- Villamil, Jenaro, "Atraso y retroceso del marco normativo de los medios de comunicación electrónicos", en Álvarez Arredondo, Ricardo (coord.), *La reforma del Estado en blanco y negro. Agenda para la reforma del Estado*, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados LX Legislatura, México, 2007.
- Visita Oficial Conjunta a México. Observaciones Preliminares*, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2010, <<http://www.cidh.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=218>>
- Visita Oficial Conjunta a México. Resumen ejecutivo*, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2010, <<http://www.cidh.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=219>>
- Xifra Heras, Jorge, *La información. Análisis de una libertad frustrada*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1972.

Democracia representativa en el Estado Mexicano

Miguel Ángel Garita Alonso*

Sumario: I. Planteamiento Problema II. Concepción de la Democracia III. Origen de la Democracia representativa. IV. La participación Directa en el Estado Representativo. V. Crisis de la democracia Representativa. VI. Propuestas de Democracia Directa en la Reforma Política del Estado Mexicano. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La posibilidad de estar representado políticamente, o de gobernar por medio de sus representantes, es un derecho fundamental, amparado constitucionalmente en casi todos los estados modernos.

Sin embargo, la forma republicana representativa de gobierno, en muchos estados actuales, amerita una reflexión sobre la legitimación y la eficacia de ese derecho

Se advierte una firme preocupación por encontrar fórmulas adecuadas a la realidad política para trascender un sistema democrático que, parece haberse estacionado en la alternancia y que reconoce el derecho del ciudadano al sufragio y, por lo mismo, a la elección de sus gobernantes y legisladores, pero que no ha logrado articular mecanismos eficaces que propicien su legitimidad y organización eficaz y le abran los espacios de participación ciudadana en la construcción de las decisiones públicas.

La crisis de representatividad política que atraviesa los diversos sistemas políticos, no se resolverá si no hay un protagonismo activo con la consecuente

* Ponencia presentada por el Dr. en derecho Miguel Ángel Garita Alonso, Director del Seminario de Teoría General del Estado de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el II Congreso Iberoamericano de derecho electoral, celebrado en Bogotá, Colombia, los días 30 y 31 de agosto y 1 de septiembre de 2011

toma de conciencia por parte de los individuos en la construcción de un poder popular alternativo.

Las bases tradicionales de la democracia liberal y representativa que implica la libre elección de los gobernantes por los gobernados, no cierra las puertas para la iniciativa social. Si la política es el instrumento que permite canalizar el conflicto que implica la convivencia entre los hombres, entonces la construcción institucional que se deriva de la política es la que debe ofrecer alternativas porque las instituciones políticas son producto de la propia acción del hombre.

El concepto de representación política está estrechamente relacionado con la idea de democracia así como a las ideas de justicia y libertad. Las constituciones modernas han organizado sus Estados en la forma representativa de gobierno y tanto se ha valorizado el concepto de representación que ha pasado a ser la forma generalizada de participación popular. Así es que prácticamente se ha reducido la garantía de participación de la cosa pública a la garantía de estar representado.

En la actualidad se puede observar un déficit generalizado en la práctica de este derecho. A punto tal que la representación política parece haber quedado reducida a una simple delegación de derechos, sin posibilidad de que los verdaderos titulares de esos derechos (los ciudadanos) puedan otorgar un mandato y solicitar rendición de cuentas por la gestión del apoderado.

II. CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA

En la política contemporánea, la palabra democracia se emplea para justificar el ejercicio del poder. Ha perdido el significado original, con sus apoyos etimológicos, para convertirse en una voz que contiene los criterios de valoración que deben aplicarse a los fenómenos políticos, en primer lugar, pero también a los sociales, a los culturales y a los económicos. De tal manera que todo lo que acontece en nuestro entorno tendría que ser democrático y cuando deja de serlo merece una llamada de atención generalizada.

La mayoría de las constituciones de los países responden a esta exigencia casi universal y lo primero que prometen en su preámbulo, es garantizar la convivencia democrática, es decir en el mejor ánimo establecer una sociedad democrática avanzada.

La democracia se proyecta sobre casi todo y, en cada caso, una de las varias ideas que engloba se destaca sobre las otras.

La democracia es entendida preferentemente como igualdad, como libertad, como participación, o, incluso, como estado de Derecho, aunque esto no significa que sean términos sinónimos, porque ya la ciencia política tiene bien perfilados los contornos de cada uno de esos conceptos. Sin embargo, cuando sucede en la práctica política diaria, cuando la libertad es negada o afectada, cuando la participación de los ciudadanos encuentra obstáculos, o cuando hay deficiencias en la protección del Estado de Derecho, entonces

Democracia representativa en el Estado Mexicano

285

hay que censurar que las cosas sucedan así, porque diremos que esto no es democracia .

La democracia, proyectada de esta manera sobre los diversos ámbitos de convivencia, es difícil que sea alcanzada, ya que los esfuerzos de los seres humanos consiguen solo una aproximación a ella. Así diremos que determinados regímenes políticos son más democráticos que otros, y determinados gobernantes se comportan de un modo más democrático que otros. La valoración final, en cada caso, se compone de las apreciaciones parciales obtenidas en las varias parcelas en las que la democracia ha intentado realizarse.

III. ORIGEN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Es usual hablar de la Revolución Francesa como revolución burguesa contra los estamentos privilegiado del feudalismo y contra la soberanía monárquica absoluta, y calificar a la burguesía del siglo XVIII como clase revolucionaria y al régimen naciente de esa revolución como democracia; afirmaciones que se pueden calificar de imprecisas.

El único pensador que defiende de manera decidida formas de autogobierno popular directo, Rousseau, postula, junto a ellas, el mandato imperativo frente a la idea de representantes independientes. Rousseau, que rechaza la representación legislativa, se basa en que “es imposible querer por otros”, puede sí, “querer en lugar de otros”,

lo que significaría una “representación formalista”, de la que no existe ningún motivo para suponer que la voluntad del representante vaya a coincidir con la voluntad del representado. Consecuentemente “tener la voluntad de alguien sustituida por la de otro” significa, simplemente, estar dominado por otro. La crítica de Rousseau, implica una contraposición entre “legitimidad” y “representación”, dado que esta última se asienta en el principio de la voluntad general, pero que prácticamente se puede convertir en criterio legitimador de la voluntad particular de los representantes.

Por otra parte, a manera de recordatorio, cuando con la revolución francesa, la burguesía alcanza una representación política proporcional a los antiguos estamentos privilegiados, lo hará de la mano de ciertos principios políticos: La soberanía nacional, frente a la monarquía absoluta, y el mandato representativo, frente al imperativo.

El modelo de representación política, que es el que llega a nuestros días, se ha nutrido de tres aportaciones teóricas importantes: la teoría inglesa de la confianza, la francesa del mandato representativo y la alemana del órgano.

1. Los representantes que acudían al parlamento inglés cada vez llevaban instrucciones más generales para poder hacer frente con ellas a todos los giros de las negociaciones y poder ultimar todos los asuntos y no quedarán paralizadas las deliberaciones, se daba ya el supuesto que los representantes tenían la confianza para ocuparse de los intereses generales. Igual

Seminario de Teoría del Estado

286

idea produce Locke en su ensayo sobre el gobierno civil.

2. La doctrina francesa, que es la que ha dado nombre a la institución, del mandato representativo, se fragua en vísperas de la revolución. Ya Montesquieu como hemos mencionado defendió la idea de unos mandatos muy generales para dar libertad a los representantes.

La Declaración de Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 consumaron el proceso, conforme al cual la soberanía nacional es una e indivisible, lo que exige que los representantes lo sean de la nación en su conjunto y no de electores concretos. Se propala un concepto de nación ideal y sublimado, como unidad global distinta de los individuos y de los grupos parciales que la componen y que sin embargo, incluye las generaciones pasadas y futuras.

Esta magnitud indeterminada e indeterminable no puede querer ni actuar por sí misma, sino solo a través de sus representantes. Por tanto quedan prohibidas las instrucciones y revocación de los representantes.

3. Posteriormente Jellinek niega que haya dualidad entre representante y representado. Aquel es órgano de éste, del pueblo. Por eso el pueblo no puede expresar su voluntad más que a través de su órgano, como ocurre con las personas jurídicas en derecho privado. Sobre ésta base el pueblo no trasmite el poder al representante, sino que solo lo selecciona, y éste recibe su poder

de la constitución. Y naturalmente, si el pueblo no transfiere el poder, mal podrá dar instrucciones para su ejercicio.

4. Max Weber, sin hacer juicios de valor, desde la sociología, sostiene que, Por “representación” se quiere significar que “la acción de algún miembro del grupo es imputada al resto, que considera dicha acción como legítima y vinculante para ellos.”

5. Con esta rápida visión sobre el concepto de “representación” de diversos teóricos, se podrá observar que cada uno construyó dicho concepto de acuerdo al paradigma imperante y los intereses del momento histórico que le tocó vivir. Sin embargo esas concepciones ideológicas no difieren de las que imperan en la actualidad. Lo que llevaría a una primera y rápida apreciación sobre la eficacia del instituto. Sin embargo, por el hecho de que la representación política haya llegado hasta nuestros días, si bien demuestra su eficacia formal, no garantiza su legitimación desde los aspectos sociológicos y axiológicos.

Entonces ¿por qué hablar de democracia representativa, si democracia y representación eran términos contradictorios y excluyentes? Se debió a dos tonos semánticos:

1. De un lado, los términos pueblo y nación, que eran sinónimos, terminaron diferenciándose en el len-

Democracia representativa en el Estado Mexicano

287

guaje de los revolucionarios más moderados, de manera tal que su correspondiente idea de soberanía nacional no exigía sufragio universal, son solo el censitario. Por aquí se percibe también que el fundamento económico de la representación no varía con el paso del mandato imperativo al representativo, ya que con el sufragio censitario votan los propietarios y categorías sociales asimiladas.

2. Por otra parte, y apoyándose en la anterior inflexión y equivocidad se comenzó a llamar también democracia al gobierno representativo, basándose en que gobiernan los representantes de la nación. De esta forma, se complacía el oído del pueblo con la expresión "democracia" sin perjuicio de que la participación política estuviera muy lejos de ser popular. A manera de recordatorio el primero en utilizar la expresión democracia representativa fue Condorcet por el año de 1787.

El éxito de estos dos cambios semánticos, que puede verse tanto en algunos protagonistas políticos como en los textos legales y constitucionales revolucionarios, los ha hecho ya irreversibles, ya que los constitucionalistas del siglo XIX, aun con titubeos, ya comienzan a llamar democracia al gobierno representativo; y, en el siglo XX, apenas se habla de otra forma de democracia que es la representativa.

Por lo anterior, resulta evidente el alejamiento entre este modelo de repre-

sentación y la democracia en su sentido originario.

Pero también es cierto que la evolución posterior de este régimen, sobre todo desde la conquista del sufragio universal, ha hecho de él, el que históricamente ha permitido una mayor influencia popular en el poder, ha aportado a éste una mayor legitimidad y le ha exigido una mayor responsabilidad; es decir, ha terminado siendo, en efecto, una democracia representativa, aun con todas sus limitaciones.

La idea de democracia participativa adquiere así una significación especial.

IV. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN EL ESTADO REPRESENTATIVO

Hemos mencionado que, las formas de participación directa han sufrido una evolución histórica en la que se fue desprendiendo de las connotaciones revolucionarias con que nació. Si en el siglo XVIII y en la Revolución francesa aparecía como la demanda de los sectores más radicales, el siglo XIX significa su traslación a los más conservadores.

Hoy se puede decir que con la generalización del sufragio y el protagonismo de los partidos, las instituciones de democracia directa adquieren una significación diferente. De lo que se trata hoy en día es saber en que medida y dentro de que límites pueden estas instituciones servir para mejorar el funcionamiento del sistema, pues en efecto pueden ser funcionales para el Estado Constitucional, en el que el referendo popular es creciente para la

adopción de decisiones sobre soberanía territorial o textos legislativos que obligan a un especial consenso y como procedimiento excepcional para corregir disfuncionalidades parlamentarias.

V. CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La democracia representativa se impone en la presente hora histórica, pero como mencionamos, que en la forma en que se configura no satisface plenamente el deseo de participación, ya que sectores amplios de ciudadanos se sienten extraños en su propia tierra: La simplificación de las opciones electorales, con el fin de favorecer la eficacia de los gobiernos que salgan de las urnas, perjudica la relación entre quienes mandan y los que obedecen, en consecuencia se sugieren otros cauces, al margen de los partidos; se piden complementos a la representación que asumen los partidos.

En efecto, la legitimidad del actual modelo democrático es cada día menor.

El modelo actual de participación política que se reduce prácticamente al hecho electoral y que constriñe el desarrollo pleno de consultas populares directas; acompañado, de unos partidos políticos y unas instituciones públicas que se encuentran con cada vez más problemas para la canalización de las demandas ciudadanas, está provocando que la crisis de la representación política, sobre todo en términos de legitimidad, sea cada día más evidente en nuestra sociedad.

Una sociedad donde los ciudadanos se encuentran un paso por delante de los propios partidos políticos y las instituciones públicas. Condicionada esta situación sobre todo por la formación de un número cada vez más creciente de ciudadanos, así como las innovaciones tecnológicas que permiten nuevas formas de participación política y un impacto informativo masivo que dejan, en entre dicho, a un modelo de representación cada vez más desfasado frente a las potencialidades, de democratización, que ofrece la sociedad actual.

Los culpables de que se mantenga esta situación, mientras la sociedad ya está un escalón por encima de todos ellos, son los partidos políticos y las rígidas estructuras de la burocracia pública. Unos partidos políticos que son conscientes tanto de la pérdida de su propia legitimidad como la del actual modelo de representación, que ellos mismos encarnan y que están tratando de exprimir, hasta el momento que les sea posible.

Este desfase entre la sociedad y los partidos políticos se evidencia aún más en el sentido de que a los representantes políticos se les exige, cada vez más, por parte de la ciudadanía, una serie de actitudes democráticas y la total transparencia de su gestión; pero que no son capaces de cumplir ya que se encuentran absortos dentro de mecanismos y dinámicas internas a sus partidos que no responden ni mucho menos a los ideales democráticos.

Enfocado desde la realidad, nos queda la evidencia de que, en el man-

Democracia representativa en el Estado Mexicano

289

dato de representación, queda impedida la posibilidad de que el elector intervenga de algún modo en la fijación de los contenidos, quedando diluida su identidad en el común de la Nación.

No está previsto ningún tipo de contacto o control intermedio o posterior tutelado por el Derecho y queda sin fijarse la responsabilidad del representante, es decir no existe la forma de que éste vuelva de alguna forma a sus representados. Enfocado desde la realidad, nos queda la evidencia de que, en el mandato de representación, queda impedida la posibilidad de que el elector intervenga de algún modo en la fijación de los contenidos, quedando diluida su identidad en el común de la Nación.

Este apretado análisis tiende a los siguientes planteamientos: ¿qué entendemos por el derecho de representación? ¿Elegimos a conciencia a quienes nos deben representar? ¿Nuestros representantes conocen nuestras expectativas y nosotros conocemos sus programas? ¿Tenemos derecho de exigir rendición de cuentas a nuestros representados? Según sean las respuestas podremos decidir si el derecho de representación política funciona o padece de graves deficiencias de comunicación.

Degenerando de esta manera el modelo democrático en una partidocracia, por la que los partidos llegan a absorber el papel de elementos sustantivos del régimen político y adquieren intereses autónomos. Provocando, una situación de la cual difícilmente se podrá salir si depende de sus propios responsables.

De tal manera que la etiqueta de “representante político” parece invitar a una apreciación crítica: ¿Es una ficción? ¿Es una fórmula vacía? ¿O es realmente la sustancia de la representación democrática?

El representante político actual, no representa a sus votantes en cualquier asunto, ni tampoco lo hace por sí mismo aisladamente, sino que trabaja con otros representantes en un contexto institucionalizado y en una tarea específica —el gobierno de una Nación o de un Estado subnacional: provincial, municipal o regional— y en este punto generalmente aparecen conflictos entre intereses locales y generales.

No puede desconocerse, tampoco, que el representante moderno actúa dentro de una elaborada red de presiones, demandas y obligaciones.

En primer lugar, el representante político tiene un electorado y es difícil determinar y representar los intereses o los deseos de un solo individuo, es infinitamente más difícil determinar y satisfacer los de miles de individuos, que a su vez pueden tener diversos intereses en conflicto.

En segundo lugar, y en el mejor de los casos, es un político profesional, un miembro de un partido político que debe ser sensible a su partido político y a diversos grupos e intereses públicos y privados.

En tercer lugar, el representante tiene sus opiniones y perspectivas, sintiendo que algunas medidas son intrínsecamente erróneas, inmorales o indeseables. Sus propias opiniones, incluso, pueden estar en cierta medida formadas por los líderes del parti-

do o por otros colegas. Además, como miembro del legislativo, ocupa un cargo público al que corresponden ciertas obligaciones y expectativas.

Podría decirse, siguiendo a Feniichel Pitkin, que en la actualidad "... representación significa actuar en interés de los representados, de una manera sensible ante ellos". Sin embargo la realidad indica que por el mero hecho de que se esté dentro de un sistema representativo, no es garantía de que el ciudadano elector esté representando verdaderamente. Por esto, cuando el representado es el pueblo con su pretensión de tener voz y voto en los intereses que le atañe, llega a ser tan relevante que el representante debe perseguir siempre los intereses de los electores, por encima de sus compromisos o intereses.

Pero todo lo anterior no debe de ser razón de desánimo o conformismo para la ciudadanía, ya que este solo colaboraría al continuismo de la situación actual de déficit democrático.

Esta situación debe de ser un factor determinante para la movilización de la ciudadanía y su articulación en organizaciones autónomas que se sobrepongan a las divisiones ideológicas y las confrontaciones sociales; en muchas ocasiones creadas artificialmente, por intereses particulares, pero que no se corresponden a la realidad ni al sentir de los ciudadanos.

Una movilización más allá de las banderas y los personalismos que desde siempre se han creído los portadores de la verdad más absoluta; porque no hay bandera ni color capaz de albergar y representar a la plurali-

dad de la ciudadanía. Para así, entre todos poder llegar a democratizar las instituciones públicas; para que estas respondan a las verdaderas necesidades y preocupaciones de la ciudadanía, más allá de los intereses políticos, y lograr la participación activa de los ciudadanos en el control de la gestión y la toma de decisión de las diferentes instituciones.

El propósito, es lograr una democracia de calidad que beneficie a los ciudadanos en todos los aspectos.

VI. PROPUESTAS DE DEMOCRACIA DIRECTA EN LA REFORMA POLÍTICA DEL ESTADO MEXICANO

La discusión y debate sobre el cambio político que México requiere está desarrollada en numerosos libros, en múltiples ensayos y en artículos que se publican día con día en la prensa o en las revistas especializadas. Ese debate debe.

En este dictamen, se considera, además de las numerosas iniciativas antes reseñadas, los foros de análisis que el propio Senado ha convocado al respecto, en especial el celebrado en el mes de enero de 2010, al que concurren especialistas, nacionales y extranjeros, legisladores y el entonces Secretario de Gobernación. Igualmente, hemos considerado las valiosas opiniones de los senadores y senadoras de los grupos parlamentarios, que de manera personal, o en grupos de trabajo integrados de manera informal, se han preocupado de aportar sus ideas y propuestas.

Democracia representativa en el Estado Mexicano

291

La propuesta que presentan los senadores que, es el resultado de más de dos años de trabajo, de múltiples reuniones de intercambio de ideas; intentar entender lo que los ciudadanos quiere, lo que la sociedad demanda.

En política democrática no hay tiempos fatales, mucho menos predeterminados por una voluntad suprema. Los acuerdos se alcanzan cuando llega el tiempo y se genera la circunstancia que los hace posibles. Este es el caso, la política es coyuntural.

Ahora, los políticos representados en el Senado, presentan una propuesta con el fin de otorgar a los ciudadanos a través de la constitución una mayor participación, propuesta se queda corta y poco se avanza respecto a los mecanismos de democracia directa:

INICIATIVA CIUDADANA

Al respecto manifiestan los Senadores en su dictamen que, en los últimos años, México ha transitado hacia un modelo democrático capaz de generar una alternancia en los Poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, esta transición no ha sido suficiente para asegurar una representatividad en la cual la ciudadanía incida eficazmente en la toma de decisiones de interés público y en la que se incluyan los temas de interés ciudadano en la agenda legislativa. Por esta razón, resulta indispensable complementar nuestra actual democracia representativa con mecanismos de democracia directa que sean capaces de resarcir estas deficiencias.

Una de las figuras de participación ciudadana que cuenta con un mayor consenso como forma de expresión directa del interés de la ciudadanía en los asuntos públicos es la de iniciativa ciudadana. Con el objeto específico de permitir al ciudadano delinear los espacios, las políticas, los derechos, así como otros factores sociales, económicos y políticos entre los que se desenvuelve, se propone reconocer a los ciudadanos el derecho de iniciar leyes.

En México los ciudadanos no cuentan con ningún mecanismo para incidir de manera directa en la agenda legislativa. De acuerdo con el artículo 71 constitucional, los únicos actores que tienen el derecho de iniciar leyes o decretos son el Presidente de la República, los legisladores federales y los Congresos locales.

Si un ciudadano o un grupo de ciudadanos desean promover un cambio a la legislación, tienen que acudir con algún legislador y pedir su intermediación ante el Congreso, lo cual nulifica la intención de la ciudadanía.

Son varios los conceptos que se desarrollan respecto el concepto de Iniciativa Ciudadana:

“Es el derecho que se le confiere al pueblo para hacer propuestas de ley al Poder Legislativo, reconocido en algunas constituciones a favor del pueblo, estableciéndose como único requisito que la iniciativa sea presentada por cierto número de ciudadanos. Consiste en la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal, a una determinada fracción del cuerpo electoral”.

“Es el procedimiento que permite a los votantes proponer una modificación legislativa o una enmienda constitucional, al formular peticiones que tienen que satisfacer requisitos predeterminados”.

“Es una figura jurídica por el que se concede derecho al pueblo a fin de presentar propuestas al gobierno a los gobernantes establecidos”.

Es así, como los conceptos anteriores forman y dan sentido a todo un régimen de participación directa de la ciudadanía.

La iniciativa ciudadana puede considerarse como una forma más evolucionada de hacer política, ya que implica un compromiso no sólo de la parte gubernamental por llevar a cabo sus tareas, sino que la ciudadanía, una parte de ella, se involucra en forma directa en la generación de ideas y propuestas para transformar el sistema legal.

Es así que en la idea de una democracia directa, se van a plantear compromisos más fortalecidos de ambas partes, tanto de la clase política como de los gobernados.

La propuesta consiste en reformar el artículo 35 constitucional para establecer como derecho de los ciudadanos presentar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen la Constitución y la Ley del Congreso. Así como establecer que el Instituto Federal Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley.

Y en correlación con lo anterior se reforma el artículo 71 constitucional para establecer a los ciudadanos como sujetos constitucionalmente legi-

timados para iniciar leyes o decretos ante el Congreso de la Unión, siempre que esas iniciativas cuenten con el respaldo de al menos el equivalente al 0.25% de la lista nominal de electores, en los términos que señale la Ley del Congreso, va encaminada a los siguiente:

a) Introducir nuevos temas en la agenda legislativa.- A través de esta facultad, los ciudadanos pueden presentar nuevos temas en la agenda legislativa, que de otra manera, difícilmente formarían parte de ésta, ya sea porque son contrarios a los intereses de los legisladores o simplemente porque no sean relevantes para ellos.

b) Aumenta el costo de no discutir temas relevantes para los ciudadanos.- Las iniciativas, al estar respaldadas por un número importante de ciudadanos, cuentan con una legitimidad que difícilmente puede ser ignorada por los legisladores que se encargarán de dictaminarla.

CONSULTA POPULAR

En esta figura de democracia directa los legisladores argumentan que, Las democracias modernas son, por definición, representativas. Es decir, se trata de formas de gobierno en las que el proceso de toma de decisiones involucra a representantes elegidos popularmente mediante sufragio universal, que son quienes en nombre de sus representados procesan y adoptan las decisiones colectivas. La participación de los ciudadanos en ese proceso se concreta, en

Democracia representativa en el Estado Mexicano

293

primera instancia, en el ejercicio del derecho de votar para elegir a quienes los representarán en las fases sucesivas del proceso de adopción de las decisiones políticas. Esa participación de los ciudadanos en el proceso democrático de decisión en México se ha venido ampliando y garantizando a través de múltiples reformas constitucionales y legales que hoy permiten el ejercicio de las libertades políticas en un contexto jurídico e institucional caracterizado por la existencia de varios mecanismos de garantía.

Sin embargo, a la par de los mecanismos de democracia representativa, ha existido una tendencia, en las constituciones de la segunda postguerra, a introducir algunas fórmulas adicionales que tienen la finalidad de multiplicar los espacios de la participación ciudadana en los procesos de decisión política. Estas fórmulas de la así llamada democracia “semidirecta”, como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, han tenido una gran proliferación en el constitucionalismo contemporáneo como complementos de la representación democrática.

En América Latina, por ejemplo, todas las constituciones, salvo las de México y de República Dominicana, contemplan algún mecanismo de participación directa de los ciudadanos en los procesos de decisión política.

Estos mecanismos tienen la virtud de estimular la participación política de los ciudadanos más allá de las elecciones, al permitirles intervenir en la discusión pública de temas de relevancia nacional que ameritan un pronunciamiento explícito de los ciu-

dadanos que corre paralelo al debate y a las decisiones que se adoptan por los órganos representativos del Estado, en primer lugar, las instancias parlamentarias o legislativas.

Es particularmente necesario asumir que estos mecanismos no son, ni deben ser, sustitutivos de las instancias de representación política en los procesos de decisión colectiva. Las fórmulas o métodos de la democracia “semidirecta”, adecuadamente reguladas, son instancias complementarias y subsidiarias de la democracia representativa.

En efecto, su uso excesivo y una regulación inadecuada pueden terminar por erosionar las instituciones representativas y dar pie a lo que en el ámbito de la teoría política se conoce como “democracia plebiscitaria”, que, en realidad, sólo en apariencia es una democracia, pues ahí se anidan graves pulsiones autoritarias. Los totalitarismos del siglo XX nos recuerdan con claridad que los sistemas autoritarios siempre utilizan evocaciones directas “al pueblo” como una manera de legitimación.

Cabe señalar que el recurso a estos mecanismos de consulta a los ciudadanos no son ajenos al ordenamiento jurídico mexicano. Existen varias entidades federativas en donde el marco normativo local introduce instrumentos a través de los cuales los ciudadanos pueden expresar su sentir en torno a temas de importancia para sus respectivas sociedades. En esa circunstancia se encuentran los Estados de Baja California, Coli-

Seminario de Teoría del Estado

294

ma, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Tlaxcala y Veracruz.

Por lo anterior los representantes de las fuerzas políticas representadas en el órgano legislativo federal, reconocen, por un lado, la importancia de contar con un mecanismo a nivel federal que permita al conjunto de ciudadanos de la República expresarse en torno al sentido que deben tener las decisiones relativas a los asuntos de gran importancia nacional, pero también estiman que la introducción de ésta figura constitucional, sin controles adecuados, de mecanismos de la llamada democracia “semidirecta”, puede lograr el efecto contrario al de la consolidación y fortalecimiento del régimen democrático y propiciar su erosión y eventual vaciamiento.

Debe existir una plena convicción de que, con una adecuada regulación, la introducción de mecanismos que supongan el involucramiento de los ciudadanos en los procesos de decisión colectiva puede aumentar y fortalecer la participación política de éstos y con ello contribuir a construir una ciudadanía más fuerte, consciente y atenta a los problemas que la aquejan y corresponsable de las soluciones colectivas que se adopten para enfrentarlos.

La figura de la consulta popular, aunada a la de la iniciativa ciudadana, puede ser un mecanismo que permita fortalecer el proceso de decisión democrática en la medida en la que se abre otro canal para que propuestas legislativas, en este caso realizadas directamente por grupos de ciudadanos, sean conocidas y tomadas

en consideración por ambas Cámaras del Congreso de la Unión.

Asimismo, se considera que, ponderando las experiencias comparadas, resulta pertinente incorporar a través de la figura de la consulta popular la posibilidad de que exista ese pronunciamiento directo de los ciudadanos en relación con asuntos de gran trascendencia nacional, de manera que su voluntad, vinculante conforme determine la ley, que en el caso, debe aprobar el Congreso de la Unión.

La consulta popular, como mecanismo de participación e intervención de los ciudadanos en la toma de las decisiones relacionadas con temas relevantes, constituye además una vía para poder resolver, a través de la consulta a la base política de la sociedad, eventuales diferendos relativos a temas de suma importancia que se presenten en los órganos representativos o entre éstos.

Atendiendo a esa finalidad, este mecanismo debe poder ser inducido mediante solicitud que puedan realizar tanto el titular del Poder Ejecutivo, como una parte de los integrantes de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, e incluso un grupo de ciudadanos, equivalente al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores utilizada en la elección federal previa.

Por otra parte, al tratarse de un mecanismo cuyos resultados, de alcanzarse un índice de participación en la consulta, resultarán vinculantes para el Congreso de la Unión, en los términos que determine la ley, resulta pertinente que, con independencia de

Democracia representativa en el Estado Mexicano

295

quién haya solicitado la realización de una consulta popular, exista una aprobación respecto de la realización de la misma por parte de la mayoría de los integrantes de cada una de las cámaras en las que se deposita la función legislativa federal.

Este requisito, lejos de constituir un impedimento o un obstáculo innecesario, representa una garantía para que las consultas populares no se conviertan en un instrumento sustitutivo de la instancia democrático-representativa por excelencia, sino que implique un acompañamiento de los órganos que tendrán la responsabilidad y la obligación de procesar normativamente la voluntad ciudadana expresada en la consulta.

Es sabido que la formulación de la pregunta que debe ser sometida a la consulta de los ciudadanos, constituye un aspecto especialmente delicado, pues su redacción puede, eventualmente, condicionar el sentido de la respuesta. Por su propia naturaleza, las consultas populares, como todos los demás mecanismos de democracia directa en los que se recaba la opinión de los ciudadanos, suponen respuestas simplificadas que en la mayoría de los casos suele reducirse a una alternativa entre dos posibles respuestas. Esporádicamente pueden preverse alternativas más complejas. Ello implica que el modo de plantear la pregunta resulta determinante para el adecuado desarrollo de este ejercicio democrático.

En ese sentido, consideran los legisladores plantear, que la formulación de la cuestión –pregunta– obje-

to de la consulta popular deba ser sometida a la opinión previa de nuestro máximo tribunal constitucional, es decir, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y una vez realizado lo anterior, tendrá que ser aprobada mayoritariamente por las Cámaras del Congreso de la Unión; la pregunta validada por la Corte deberá estar expresamente contenida en el decreto por el cual el Congreso de la Unión convoca a la consulta.

Consecuentemente, la ley que regule esta modalidad de participación ciudadana deberá contener los procedimientos y mecanismos que deberán seguirse para que todo el proceso de organización y desarrollo de la consulta se rija por los principios de objetividad, imparcialidad y certeza. Por ello, se dispone que las consultas populares sean responsabilidad, en términos de su organización y realización del Instituto Federal Electoral, en forma integral. El propio Instituto deberá certificar, en su caso, la veracidad de la promoción ciudadana al respecto.

La experiencia comparada enseña que todos los mecanismos de consulta popular o de otros mecanismos de democracia “semidirecta” (referéndum o plebiscito), cuando tienen un carácter vinculante para los poderes públicos, están sujetos a la existencia de un quórum de participación ciudadana. En ese mismo sentido, este dictamen plantea establecer un umbral de participación para que el resultado de la consulta popular sea vinculante para el Congreso de la Unión, consistente en que un porcentaje de al menos la mitad más uno del total de ciudadanos

Seminario de Teoría del Estado

296

inscritos en la Lista Nominal de electores que corresponda haya acudido y participado con su voto en la consulta.

En relación con los temas sobre los que pueden versar las consultas populares, se considera pertinente también establecer ciertas materias en las cuales no procede este tipo de ejercicios y que se asume están reservadas, en cuanto a la capacidad de decisión, exclusivamente a la competencia de las Cámaras del Congreso de la Unión, conjuntamente o de manera exclusiva de alguna de ellas de conformidad a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esas materias, en las que no procede la realización de consultas populares son: la electoral, los ingresos y gastos del Estado, la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de las Fuerzas Armadas.

Por lo que hace a los tiempos para realizar el ejercicio mediante el cual los ciudadanos darán respuesta a la o las preguntas planteadas a través de las consultas populares, se propone que la realización de las consultas populares coincida con la fecha de realización de la jornada electoral federal, es decir, el primer domingo de julio de cada tres años. Ello no implica que a lo largo del periodo que media entre dos elecciones no pueda proponerse la realización de una consulta popular y determinarse su procedencia por parte del Congreso, sino que el ejercicio específico de someter a la consideración ciudadana la o las preguntas en las que la consulta se articule coincidirá con la jornada electoral federal. En virtud de lo anterior, en caso de que no

haya sido solicitada y aprobada la realización de una sola consulta, sino de varias en el periodo que media entre dos elecciones federales, las preguntas correspondientes a todas ellas serán sometidas a la consideración de los ciudadanos de manera simultánea y concurrente con la fecha de realización de las elecciones respectivas.

Lo anterior obedece esencialmente a dos razones fundamentales: en primer lugar a simplificar desde un punto de vista logístico y de racionalidad de esfuerzo y gasto, la realización de las consultas populares, pues en vez de instalar específicamente centros de votación en los cuales los ciudadanos puedan emitir su opinión respecto de las preguntas sometidas a su consideración, se aprovecharía la logística que en cada elección federal despliega el Instituto Federal Electoral para instalar en todo el país las Mesas Directivas de casilla, órganos en los cuales, además del procesamiento y escrutinio de los votos emitidos en las elecciones que correspondan, serán responsables de recibir y procesar las respuestas de los ciudadanos sobre los temas sometidos a su consulta.

Por otra parte, la concurrencia de las consultas populares con los procesos electorales federales tiene también la finalidad de inyectar en la discusión electoral un contenido programático en el debate público que tendrá que ver con los temas sobre los cuales versarán dichas consultas. Una de las características que han distinguido las recientes contiendas electorales es el escaso debate programático e ideológico, centrando la atención en los

Democracia representativa en el Estado Mexicano

297

candidatos y en los lemas de sus campañas, más que en las plataformas electorales que los partidos tienen la obligación de presentar y registrar ante las autoridades electorales. La coincidencia de las consultas populares con las elecciones puede ser, en ese sentido, una oportunidad para reivindicar la importancia de la confrontación pacífica de ideas y de contenidos programáticos en el marco de las precampañas y campañas electorales.

Finalmente, lo anterior implica que la organización, desarrollo, cómputo y declaración de los resultados de la o las Consultas Populares que se realicen cada tres años, esté a cargo del Instituto Federal Electoral, para lo cual la ley establecerá puntualmente los actos y los procedimientos que dicho Instituto deberá desplegar para la adecuada realización de las consultas, así como de la verificación del requisito del número de ciudadanos que deben respaldar la solicitud de realización de una consulta cuando sea el caso

VII. CONCLUSIONES

Primera. Dentro de los aspectos que conforman la estructura de una sociedad, los componentes, sociales, políticos, económicos y culturales no actúan en forma separada generando, cada uno, elementos que parecen disociados de los hombres. En el marco del proceso histórico, dichos componentes se combinan produciendo un entramado social que no es otra cosa que el producto del accionar de los hombres entre sí.

En efecto, si dicha combinación, a través de la historia, fue generando formas políticas de gobierno para normatizar las relaciones sociales, quiere decir que la política es el único medio para lograr formas de poder popular que logren encauzar voluntades en aras de un proyecto cultural.

Segunda. Si de acuerdo a nuestra hipótesis la democracia representativa padece una crisis, no se trata de intentar sustituir los procedimientos, sino, simplemente, de hacerlos funcionar adecuadamente.

Fortalecer la representación política con procedimientos de democracia participativa, concebidos conforme al discurso de legitimación y justicia.

Revisar, corregir y hacer avanzar las formas actuales de la representación, de manera que posibilite la incorporación de elementos relacionales. Por ejemplo, habría que generar fórmulas que aproximen a representantes y representados, evitando caer en las formas imperativas de relación, que el sistema no toleraría.

Tercera. Tendrá que pensarse en el elector, no desde su indefensión y desde su aislamiento actual, sino en la posibilidad de organizar su potencial colectivo, lo que permitiría referir su intervención, incluso, a la vida interna de los partidos.

Cuarta. Cómo solución a esta deficiencia comunicativa en la representación política, se propone:

a) reforzar el circuito comunicativo existente el de la representación política clásica-representado por los partidos políticos; o

b) reforzar la autonomía funcional de los distintos subsistemas que integran la compleja realidad contemporánea.

En el primer caso la institución de los partidos aumentaría su capacidad de conocimiento racional y de respuesta política, sin transformarse internamente; mientras que en el segundo, con la generación de diversos circuitos institucionales autónomos (provincias, regiones, municipios, asociaciones), con un mecanismo de intercomunicación pluralista y horizontal operaría un efecto relativo de descarga sobre el circuito representativo central (nacional).

Ambas posibilidades, y más aún implementadas en forma conjunta, permitirían tender el nexo desarticulado entre los representantes y sus representados, dando significación al acto eleccionario.

Quinta. Sin embargo, en la actualidad, esta cuestión de la representación política, afectada por los vicios congénitos del liberalismo político, no puede prescindir del apoyo de la mass media, que se ha erigido en la voz y oído de la sociedad. Una especie de “representante de hecho” del pueblo elector relegado y desposeído de su mandato, con posibilidad de exigir rendición de cuentas, si no hubiera cumplimiento en el ejercicio de la función encomendada. Tal vez estemos ante un elemento que permita reconstruir el trípode que originó la representación ante el poder.

Sexta. Para que esto pueda concretarse y mientras exista la figura de la representación política como es entendida hasta el presente, resulta-

rá de gran utilidad la participación de los medios de comunicación masiva, a través de un periodismo ético, tanto de carácter general como local, con libertad de expresión y puesto al servicio de la comunidad toda.

Por otro lado, la participación ciudadana, respetuosa de sus derechos y deberes, organizada en sus sectores de interés, pero entendiendo las necesidades generales desde la óptica local, coadyuvará a la concientización social sobre la responsabilidad de dar su opinión mediante el acto eleccionario. Y ambos como medios eficaces de contralor de sus representantes.

Séptima. La democracia participativa se considera como un modelo político que tiende a facilitar a los ciudadanos su capacidad de asociarse y organizarse, de tal modo que puedan ejercer una influencia directa en las decisiones públicas, lo cual es elemental para el desarrollo de una sociedad con cultura democrática.

Solo de esta forma, parece ser posible que la ciudadanía actual sea capaz de constituirse en defensora de sus derechos fundamentales y desarrollar sus capacidades para determinar su propio destino a través de sus representantes.

Octava. Las entidades educativas tienen el gran desafío en la formación de los recursos humanos especializados y, junto a los medios de comunicación como formadores sociales de primer nivel, el trabajo de inducir al conocimiento de los derechos que el constitucionalismo social garantiza al pueblo.

Democracia representativa en el Estado Mexicano

299

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- FenichelPitkin, Hanna (1985). El concepto de Representación. Estudios Constitucionales.
- Garrorena Morales, Ángel (1991). Representación Política y Constitución Democrática. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Habermas, Jürgen (1998). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Buenos Aires: Trotta.
- Habermas, Jürgen (1978). L'espacepublic: archéologie de la publicité commedimension-constitutive de la sociétébourgeoise. Paris: Payot.
- Olivas, Enrique (1991). El Problema de Legitimación en el Estado Social. Madrid: Trotta.
- Porras Nadales, Antonio (1996). El debate sobre la crisis de la representación política. Madrid: Tecnos.
- Sartori, Giovanni (1968). "Representational Systems". En Sills, David L. (Ed.) International Encyclopedia of the Social Sciences. Nueva York: The Macmillan and the Free Press.
- Senado de la República de México, Dictamen legislativo de Mayo de 2011

Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho, editada por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el 10 de octubre de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Arial y Calibri. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel ahuesado de 75 grs. y los forros en cartulina sulfatada de 14 pts. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de 1000 ejemplares.