

GLOBALIZACIÓN, DERECHO ECONÓMICO Y GOBERNANZA

Jorge WITKER¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Globalización y ruptura*. III. *De la globalización 01 a 02*. IV. *Consideraciones Finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización como proceso político internacional, se consolida a partir de la década de los 90s en que las economías de mercado se alzan como paradigmas dominantes, derivado de la extinción de Unión Soviética (fin de las economías centralmente planificadas) y hegemonía de Estados Unidos de América construyendo el esquema unipolar de las relaciones mundiales.²

Se inicia así, la llamada globalidad 01 que, bajo los postulados diseñados por el consenso de Washington propicia la apertura de las economías nacionales a las inversiones, mercancías y servicios preferentemente estadounidenses bajo un sello de un capitalismo victorioso.³

Esta globalidad, apoyada en las tecnologías de la información y comunicación (TIC), provoca efectos contradictorios pues por una parte articula cadenas de valor horizontales exitosas, por la otra fragmenta las sociedades (sociedades de ruptura). En ellas se habla más de una sociedad de mercado que de economías de mercado. Dicha ruptura provoca exclusiones sociales y transforma a los ciudadanos, fundamento de los sistemas democráticos representativos, en consumidores alejados de lealtades territoriales nacionales.⁴

¹ Investigador titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; el Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 3.

² Pilon, Dominique, *El nuevo capitalismo*, Siglo XXI Editores, 2003, Argentina, pág. 13 y 14

³ Berggruen, Nicolas y otro, *Gobernanza Inteligente para el siglo XXI*, Taurus Chile 2013, pág. 43

⁴ Cárdenas Afanador, Walter René, *La Nueva Lex Mercatoria: La transnacionalización del Derecho*, Universidad Libre Bogotá. 2003 pág. 65 y siguiente.

Este proceso, a nivel planetario, a su vez rompe con las soberanías y el estado nación, fragmenta poderes internos, nulificando las regulaciones y políticas económicas nacionales o domesticas; alimenta poderes facticos internos y externos que disputan las decisiones tradicionalmente radicadas en los niveles públicos propiciando la confusión de intereses generales y sociales con los intereses privados de lucro. Esta fragmentación, responde a una dispersión global de las capacidades productivas que desde fuera imponen, parámetros de producción y consumo en los mercados internos.

En este contexto, el derecho económico que comprende normas regulatorias generalmente, de derecho público, se erosiona ante estos fenómenos, que lógicamente son impulsados por los propios agentes económicos.

Por otra parte, la gobernanza se refiere al conjunto de reglas, prácticas comerciales e institucionales que, de hecho o de derecho, el proceso globalizador conforma y que impactan las formas como se organiza la acción colectiva a nivel interno para atender problemas percibidos como globales. Para otros, la gobernanza es un discurso que contribuye a legitimar al mercado y actores privados, en áreas y sectores que antes se encontraban en el ámbito de lo público.

Estas reflexiones intentan iniciar un análisis introductorio de estos elementos bajo el prisma de la disciplina del derecho económico nacional e internacional, en el cual incluimos el comercio internacional en el que México está inserto a fin de contribuir a la discusión y debate sobre dicha temática.

II. GLOBALIZACIÓN Y RUPTURA

La globalización se caracteriza, entre otras dimensiones, por un desplazamiento del poder, tanto interno como externo de cara al estado-nación que ha sido y fue en los siglos XIX y XX, el ámbito de la realización de la soberanía, de la democracia representativa, incluso de la identidad como sentimiento de pertenencia.⁵

Hoy en la sociedad de ruptura al transnacionalizar las actividades económicas nacionales, dichas funciones ya nos son posible pues los derechos económicos que regula el qué producir; cómo producir y para quién producir, se han desplazado del poder estatal a los mercados los que responden con racionalidad privada y al amparo de la dispersión de las capacidades productivas a nivel planetario.

⁵ Ohmae Kenichi, *El fin del Estado – Nación*, Andrés Bello, 2003, Santiago de Chile, pág. 109.

Pero la situación, se hace más compleja, pues los mercados son inventos simbólicos en manos de agentes privados; el estado-nación por su parte es consecuencia de los sistemas democráticos representativos en los cuales los ciudadanos eligen a sus representantes y gobernantes, precisamente para resguardar y proteger los intereses generales.

Esta complejidad se ilustra con la crisis financiera de la deuda soberana de 2008 en donde el sistema financiero mundial, enfrentó colapsos monetarios profundos, derivados de conductas de bancos privados, sin que los estados hicieran algo por remediarlos. Allí se observó que los gobernantes y representantes populares nacionales, ante dicha crisis, decidieron cubrir los déficits presupuestarios a través de nuevos impuestos, logrando de esa manera salir en defensa del sistema financiero mundial. Esta incompetencia de los estados nacionales y de los organismos financieros internacionales evidencia que los poderes fuera del estado y de la comunidad legal internacional pasan a controlar cuotas de poder que escapan a los sistemas democráticos y que al parecer actúan libres de control y regulación.

Estos fenómenos afectan a las organizaciones sociales de la democracia y especialmente a los partidos políticos, los que pierden credibilidad y aceptación configurando la circunstancia que señala un autor: “Los viejos partidos cuanto menos tienen que ofrecer al electorado, mas desesperadamente tratan de recaudar fondos electorales para mantenerse en el poder, cuanto más desacreditado están como fuerza histórica en la globalidad, mas necesitan gastar.”⁶

Este fenómeno y otros como el cambio climático, la monopolización de los alimentos y fármacos induce a una creciente conciencia de los ciudadanos de que en las elecciones optan por sus preferencias de representantes y gobernantes nacionales al parecer con la convicción de que hay sectores que escapan de sus manos para gobernar ámbitos competentes que ahora dependen de esa cosa difusa inaprensible llamados mercados.⁷

En las décadas de los 90s, México experimentó un caso similar en que una colosal deuda privada bancaria (FOBAPROA) fue transformada en deuda pública y fue cubierta por nuevos tributos afectando a toda la sociedad mexicana.⁸

El desplazamiento del poder mencionado anteriormente, modifica las bases mismas del estado moderno, que se caracteriza por la corresponden-

⁶ Gardel Natan en el *Washington Post*, abril 2007

⁷ Zenteno Trejo Blanca, *La compraventa electrónica internacional de mercaderías*, BUAP, México 2010. Pág. 109

⁸ Witker, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, UNAM México, 2014

cia entre un espacio territorial, un sistema económico, un orden jurídico, un modelo político, una población organizada social y culturalmente según su historia.

Es decir funcionan en torno a una economía que abastece a sus consumidores y a la política que define distintas opciones ya sea para distribuir la riqueza o para concentrarla.

La sociedad capturada por la penetración globalizada presenta en contrastes aspectos económicos autorregulados, sin vinculación a intereses nacionales donde operan poderes fáctico fragmentados al margen de toda lealtad geográfica y política.

Este escenario, se organiza en torno al consumo y las comunicaciones; aquí vemos como los territorios nacionales son remplazados por un ciberespacio mercantil con destinatarios anónimos separados de toda identidad nacional. En esta vertiente, los contratos de franquicias son ejemplos nítidos de dicho espectro.

En consecuencia, la sociedad contemporánea presenta una visión dual, donde existen marcadamente dos modelos que la globalización ha acentuado y que requieren de enfoques y análisis distintos a los que tradicionalmente se han hecho desde la perspectiva de la vertiente jurídica.

En efecto, en el estado - nación la economía de mercado y la democracia representativa, donde confluyen territorio, economía, derecho y política, es erosionado por la dispersión global de producciones diversas y por un desplazamiento de los poderes centrales, y por las actividades económicas transnacionalizadas aliadas a poderes fácticos generalmente monopólicos y oligopólicos (alimentos, fármacos, transportes, telecomunicaciones, etc.) que condicionan y limitan las regulaciones de derecho económico y comercio exterior.

Esta dicotomía o sociedades duales en que coexisten ordenes normativos (internos e internacionales) de los tratados de libre comercio y facticos simultáneamente, en la legislaciones económicas presentan problemas y controversias permanentes pues según el espacio que cubran los respectivos agentes económicos serán las normas o costumbres o complicidades que se apliquen a las actividades respectivas, todo lo cual, a consecuencia de las limitaciones u oportunidades que imponga los factores globales.

En la experiencia mexicana, a partir de la vigencia del tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) se han presentado frecuentemente controversias que exigen una decisión de gobernanza racional.

Estamos, en presencia de situaciones en que los estados pactan clausulas en los Tratados de Libre Comercio que, en la práctica son desvirtuados por grupos de agentes privados que acuerdan practicas mercantiles diferentes,

al interior de las cadenas de valor, que perjudican los interés nacionales a costa de ventajas lucrativas privadas. He aquí un ejemplo de México en la vigencia del TLCAN.

II-A. *Los acuerdos de equivalencia respecto a las Normas Oficiales Mexicanas*⁹

Con fecha 17 de Agosto del 2010, se publica en el Diario Oficial de la Federación acuerdos por los cuales se reconoce equivalencia de estándares extranjeros (estadounidenses y Canadienses) relacionados con las normas: NOM-001-SCFI-1993, NOM-019-SCFI-1998, y NOM 016-SCFI-1993, referido a productos eléctricos, electrónicos y procesamiento de datos.¹⁰

Esta unilateral decisión de Política Económica, implica diseñar un sesgo importador total a la Economía Nacional, omitiendo toda posibilidad de estimular y fomentar el aparato productivo interno, estrategia que todos los países utilizan para, precisamente ,colocar sus producciones exportables en los mercados internacionales;

En efecto, la normalización como un instrumento permanente de innovaciones productivas, es una actividad que compromete a toda la sociedad, pues los productos nacionales constituyen un factor de identidad nacional y ningún país, por pequeño que sea, renuncia a su mínima autonomía productiva, tecnológica y científica en el mundo competitivo de los mercados globales actuales.

La política industrial de México desde hace cinco décadas, e incluso antes, en que se desarrollara la actual plataforma exportadora, puso especial énfasis en la normalización y procedimientos de evaluación de la conformidad de los productos mexicanos, con la perspectiva de vincularse a los esquemas internacionales de normalización y evaluación, relacionándose a nivel multilateral con las principales organizaciones impulsadas fundamentalmente por el sistema de Naciones Unidas.

Es interesante destacar que países como Brasil, Chile, España y los bloques político-económicos, como la Unión Europea, asignan a las organizaciones nacionales de normalización un papel predominante en sus economías, como entidades ágiles para responder con eficacia a las demandas del mercado y de la sociedad comprometida con el desarrollo sostenible de esos países en lo económico, social y ambiental.

⁹ Witker Jorge y Márquez Daniel, “Bases jurídico-económicas e internacionales para sustentar la ilegalidad de la equivalencia de normalización con Estados Unidos y Canadá”, *Documento de Trabajo* num. 156 .UNAM, Junio 2011.

¹⁰ Witker Jorge. *Ibidem*

En efecto, actualmente un organismo de normalización cuenta con 162 miembros, por lo que se puede estimar que casi la totalidad de la comunidad internacional, busca legítimamente armonizar sus esquemas de normalización a partir de reglas técnicas reconocidas multilateralmente, emanadas de la propia ISO (Organización Internacional de Normalización), la Comisión Electrónica Internacional (CEI), el *Codex Alimentarius*, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, etc., además, se debe destacar que los países toman las reglas técnicas emanadas de esos organismos y las adecuan sus procesos técnicos, y ni siquiera en los países de la Unión Europea, cuyo avanzado proceso de integración es evidente, se utiliza la vertiente de la equivalencia, puesto que ningún país somete a sus estructuras productivas, tecnológicas y ambientales a las de otro país, ya que al hacerlo implica subordinar sus políticas y mercados industriales, que responden a esquemas de planeación científico y tecnológico, ambientales y de desarrollo, a los dictados de países diferentes. Por ello, no es extraño que las exportaciones estadounidenses a la Unión Europea, deban cumplir a su vez los requisitos que establece dicho mercado, sin poder esgrimir equivalencia alguna.

Con esta perspectiva, la Organización Mundial de Comercio (OMC), que es el Código mercantil que reúne a más de 150 países, expide en la Ronda Uruguay, y los Acuerdos finales de Marrakech en 1995, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, que reconoce expresamente la autonomía y soberanía de cada país para que, en función de sus necesidades y realidades económico-sociales, establezca sus esquemas de normalización y reglamentos técnicos pertinentes, con la condición de que no se utilicen como barreras no arancelarias que impidan el libre flujo de mercancías de un territorio aduanero a otro.¹¹

Este Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, es el que debe regir nuestro esquema de normalización y reglamentaciones técnicas, y no esquemas de equivalencia emanados de autoridades administrativas con dudosa competencia para emitirlos. No soslayamos que la equivalencia, que si bien se insinúan en el Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), carece de toda legalidad a la luz tanto de la regulación de la propia OMC, del contenido del TLCAN y de la legislación nacional interna.

Finalmente, cabe destacar que al afán de facilitar las importaciones que evidentemente persiguen estos acuerdos, deja paradójicamente al margen a la producción nacional exportable, pues reiteramos, las instituciones mexicanas de normalización, evaluación y de conformidad, no tienen reconoci-

¹¹ Witker, Jorge, *Ibidem*

miento alguno en Canadá y Estados Unidos, no obstante, haber suscrito 12 tratados de Libre Comercio y exportar a más de 40 países y proclamar en el discurso a México como una plataforma exportadora privilegiada.

Como es posible percibir la llamada plataforma exportadora es inconsistente con estos acuerdos de equivalencia, puesto que la industria nacional y especialmente, las pequeñas y medianas empresas, no están relacionadas con la normalización productiva que viene a ser un factor estratégico en la actualidad para los mercados extranjeros. La política de normalización como dijimos anteriormente compromete a la sociedad toda pues las normas promueven la calidad de productos y servicios, la confiabilidad de los mismos, la eficiencia, la protección ecológica y ambiental y el intercambio de tecnologías.

Cuatro errores conceptuales o dispráxis evidenciamos en estos unilaterales acuerdos de equivalencia:

a) Los Estados Unidos de América y Canadá no otorgan reciprocidad a las normas oficiales mexicanas ni a sus reglamentos técnicos;

b) Confunden conceptualmente a los *standards* que en el Derecho Estadounidense y Canadiense son convenciones de derecho privado no vinculantes a terceros ,con los reglamentos técnicos que son normativas de derecho público y, en consecuencia obligatorias, y que su inobservancia incorpora riesgos a los consumidores y usuarios de productos y servicios importados de estos países;

c) Los estándares y reglamentos técnicos de estos países se aplican internamente en los respectivos territorios, de tal suerte que un daño eventual a los consumidores mexicanos no pueden ser reclamado dicho daño por esta clara limitante que la norma oficial mexicana establece como responsabilidad del importador de dichos productos;

d) Finalmente y no menos importante, está el principio de no discriminación que México debe observar, pues este tratamiento de equivalencia debería extenderlo al resto de los 12 tratados de Libre Comercio que a la fecha ha suscrito.

La dispráxis en esta materia exhibe connotaciones tremendamente desventajosas para el país, pues deja a las empresas productivas nacionales desprotegidas totalmente de la competencia de productos y servicios extranjeros en el mercado interno; desestimula la investigación y desarrollo base de las innovaciones productivas que todos los países fomentan a través de sus Universidades e Institutos de investigación y finalmente , deja a los consumidores en total indefensión, pues los daños y perjuicios que, eventualmente se produzcan , por el uso de estos productos normatizados externamente, sin recurso alguno para reclamar la reparación del daño respectivo.

Como puede observarse, aquí hay una coalición entre lo pactado en el TLCAN y la práctica que realizan los agentes económicos privados en que vulnerando los intereses generales, privilegian sus intereses lucrativos, situación que evidencia una coexistencia de orden normativos que requiere ser resuelto por una gobernanza racional que se aleje de los grupos de poder que vulneran normas de Derecho Económico.

III. DE LA GLOBALIZACIÓN 01 A LA 02

Se ha denominado globalización 01 a la articulación productiva dominada por las corporaciones transnacionales a las cuales los gobiernos recibieron y aceptaron efusivamente a través de los tratados de libre comercio especialmente en América Latina. México bajo esta premisa ha suscrito doce tratados de libre comercio con más de 40 países intentando atraer inversiones productivas para desarrollar un modelo exportador basado en importaciones logrando que su comercio exterior cubra cerca del 60% del PIB teniendo en los últimos 20 años tasas de crecimiento anual de solo un 2% promedio. Es decir, que dicho modelo exportador no ha impactado al sistema productivo nacional ni menos ha beneficiado al mercado interno.

Esta globalización inducida, esencialmente por Estados Unidos no ha beneficiado el desarrollo económico y social tanto en los países exportadores ni menos en los importadores. Las crisis cíclicas permanentes en las relaciones Norte-Sur son la mejor muestra de que dicho modelo no propicia una buena sociedad en que los habitantes de dichos países alcancen los llamados vitales mínimos.

Se observa la paradoja que se generan muchos pobres en países ricos y pocos ricos en países pobres lo que vienen a confirmar que los beneficios de la sociedad de ruptura o dual que mencionamos anteriormente tienen efectos sociales también significativos. Incluso se habla de que la democracia representativa en estos países ha pasado a ser una democracia consumista que solo vive el presente sin perspectiva de futuro. Estas democracias funcionan temporalmente para las próximas elecciones y no para las próximas generaciones.

En este cuadro de la globalización 01 se observa también que grupos privados y de intereses específicos controlan y dominan las representación política pues a través de los medios de comunicación bajo el criterio que el dinero vota y manda, las sociedad y ciudadanos cada vez se alejan más de la participación política pues los partidos cada vez capturado por los intereses

de grupos generalmente económicos responden a dichos intereses y no a los de los ciudadanos y sociedad en general.

En síntesis esta globalidad 01 vinculada a los sistemas democráticos tradicionales, al parecer comienza a construir un episodio terminal que planteara a la gobernanza global tan necesaria para disciplinar los sistemas financieros y defender la vida en el planeta problemas masivos profundos que ya comienza a inquietar a lo que pudiéramos denominar la clase política mundial.

La globalización 02 se diseña a partir de la presencia de la República Popular China como segunda potencia mundial y de otros países emergentes (BRICS) que entran a disputar a occidente (Europa y Estados Unidos) la primacía económica internacional. Así tenemos que de la sociedad unipolar que dio origen a la globalización 01 asistimos en este siglo XXI a la necesaria convergencia de filosofías políticas hasta ayer tremendamente dispares: individuo-comunidad, autoritarismo-democracia, democracia representativa- democracia deliberativa; consumismo inmediato versus ahorro futuro es decir, la convergencia de las visiones oriente-occidente que nadie hace algunos años habría imaginado.

Ahora bien, tanto la democracia representativa transformada en democracia consumista de occidente como el gobierno meritocrático de China (mandarinato institucional) en el actual siglo XXI se encuentran en crisis estructural que puede impactar la existencia misma de la comunidad internacional, las crisis financiera de deuda soberana ultimas expresiones de los sistemas monetarios que se suponían controlados por los estados teóricamente, globalizados ahora en la práctica sin fronteras y sin reglas validas exigibles evidencia una anarquía que reclama urgentemente una posible gobernanza racional.

Se trata entonces, de una revisión integral pues esta anarquía golpea, tanto a occidente como oriente y pone en peligro, tanto al sistema comunista chino, como a la democracia consumista estadounidense, modelos opuestos hasta ayer y que deben hoy articular una especie de sistema constitucional híbrido que armonice una democracia informada con una meritocracia competente que permita crear una buena gobernanza o gobernanza inteligente que asegure mínimos vitales a todos los habitantes de la tierra, lejos de los grupos de interés privados que utilizan la democracia representativa (una persona un voto) para servir sus propios intereses. Por otra parte el mandarinato autocrático chino debe abrirse a las demandas participativas de su sociedad, que Hong Kong actualmente representa, y que las redes sociales y el internet, plantean vientos de cambios que inevitablemente cristalizaran en un nuevo modelo de convivencia social y política.

A nivel de esta necesaria gobernanza global, dado la incapacidad e incompetencia que demostraron los organismos internacionales, responsables de la economía mundial y de las limitaciones de los propios estados nacionales, se ha pensado en asignar al grupo de los 20 que ha demostrado en una pluralidad de miembros y de estados, elementos de convergencia que pudieran ser indicios de una futura gobernanza equilibrada que se sustraiga a los limitados intereses particulares que como hemos visto han capturado a los derechos económicos e instrumentos de comercio exterior, perjudicando a toda la comunidad mundial.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La sociedad contemporánea se encuentra en procesos de ruptura en donde coexisten los intereses de distintas capacidades productivas por la globalización, frente a estados - nación que carecen de competencia y fuerza para aplicar las propias normas del orden público económico vigente. México experimenta esta situación en varios sectores del Derecho Económico y Comercio Exterior como lo ejemplificamos con los acuerdos de equivalencia en materia de Normas Oficiales Mexicanas.

A esa vertiente, se suma la denominada Globalización 02, que comienza a configurarse con la emergencia de China y los llamados países BRICS, que con la crisis de la Deuda Soberana de 2008 se evidenció como el comportamiento de agentes privados, bancos, seguros y sociedades de inversiones, sometieron al mundo a un colapso que todavía no logra superarse, especialmente en el campo de los equilibrios monetarios y financieros mundiales.

Por el papel que jugó el G20, algunos analistas sugieren que este tipo de acuerdo puede ser el germen para una Gobernanza que logre armonizar a una democracia informada de perfil liberal con la tecnocracia autoritaria (mandarinato institucional) que viene de oriente encabezado por China y el bloque de los países Asiáticos.