

---IUSTITIA---

Revista de investigación jurídica

Órgano de difusión del Departamento de Derecho del ITESM



JEREMIAS BENTHAM

Mayo de 2003. Número 6

Campus Monterrey

(IMPRIMIR EN LA PRIMERA PESTAÑA DE FORROS, EL TEXTO SIGUIENTE):

Arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad, son términos empleados en el lenguaje jurídico, frecuentemente de manera indistinta para tratar de expresar una misma idea. Sus significados y alcances, son desde luego, diferentes.

Existe *arbitrariedad*, cuando un gobernante emite un mandato en forma caprichosa, e impone un cumplimiento irresistible. Es aquél que constituye una negación de lo jurídico, puesto que no se encuentra apoyado o instrumentado de acuerdo con las normas jurídicas existentes. Es un acto de autoridad que queda fuera del campo jurídico, que es contrario a derecho. Es el mandato *groseramente* dictado por un gobernante.

En cambio, la *ilegalidad* de un mandato gubernamental se da, cuando éste es dictado en contravención a las normas legales que regulan una situación determinada, ya en el fondo o ya en la forma. La emisión de un acto gubernamental ilegal se da dentro del campo del derecho es decir, el mandato ilegal no deja de ser un acto que se genera dentro del campo del derecho.

La *ilegitimidad* por su parte, se da también dentro del espacio jurídico y se presenta cuando el funcionario o integrante del órgano gubernamental, no tiene la competencia que le debe otorgar la ley, para ejercer la función correspondiente, porque hubiere asumido la función pública en contravención a los ordenamientos legales o bien, porque hubiere contravenido o rebasado el límite de sus atribuciones.

(IMPRIMIR EN LA SEGUNDA PESTAÑA DE FORROS, EL TEXTO SIGUIENTE):

“La crisis de la función pública se presenta, cuando se gobierna sin un auténtico patriotismo, sin austeridad. Llegar al gobierno y crearse en él injustificados privilegios, altos sueldos no proporcionados al valor social, científico o jurídico de la función o el empleo, debilita la autoridad moral que es indispensable para gobernar”.

Rafael Bielsa.

“El político debe tener la virtud de la eubolia que consiste, en ser discreto de lengua, en ser cauto, en ser reservado, en no decir, sino lo que le conviene decir. No debe desparramarse en palabras, no debe ser fácil a las conversaciones y conferencias con publicistas y gaceteros en asuntos de estado”

Azorín.

“La anarquía significa una situación social en la que se da a todos los miembros de la comunidad, un poder ilimitado. Donde impera la anarquía no hay reglas coactivas que todo individuo esté obligado a reconocer y obedecer. Todo el mundo es libre de hacer lo que quiera. No hay estado o gobierno que imponga límites al ejercicio arbitrario de ese poder.”

Edgar Bodenheimer.

IUSTITIA
REVISTA INVESTIGACIÓN JURÍDICA
ÓRGANO DE DIFUSIÓN
DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
Mayo de 2003. Número 6

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector del Campus Monterrey

Lic. Salvador Treviño Martínez
Director de la División de Administración y Finanzas

Lic. Donato Cárdenas Durán
Director del Departamento de Derecho

Lic. Eloisa Fernández Rangel
Directora de la Carrera de Derecho

Editor responsable: Dr. Rogelio Martínez Vera
Correo electrónico: rmartinez@itesm.mx

IUSTITIA
Revista Arbitrada

CONSEJO EDITOR

Lic. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Gabriel Cavazos Villanueva
Dr. Rogelio Martínez Vera

Los artículos de esta revista son de libre reproducción, pero se deberán respetar en todos los casos, los derechos patrimoniales y morales de los autores, en términos de la ley de la materia y se agradecerá la mención de su origen.

INDICE

- Nuestra portada
- Editorial
- Contratos de Alianza estratégica (Joint venture)
Por Lic. José Manuel Martínez
- El Naciturus
Por: Lic. Donato Cárdenas Durán
- La publicidad comparativa ¿Es ilícita?
Por: Centro de Investigación Jurídica
- El Sistema electoral. Un fundamento obligado de todas las políticas públicas
Por: Centro de Investigación Jurídica
- La personalidad Jurídica de la Unión Europea
Por: Lic. Dorisled Martínez Mabarak
- Teoría del derecho
Por: Dr. Rogelio Martínez Vera
- Temas de derecho para investigación
Por: Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
- El proceso de formación de las leyes en diferentes ordenamientos
constitucionales
Por: Magda Marbella Lemus Orozco, Alfonso Salinas Martínez y Jorge
Abraham García Díaz

NUESTRA PORTADA

Jeremías Bentham, jurista y filósofo, nació en Londres, Inglaterra, en 1748. Desde niño mostró una inteligencia fuera de lo común. A los tres años ya había aprendido a leer y empezó a aficionarse por el conocimiento del latín, lengua que más tarde dominaría a la perfección. Su padre, que era un prestigiado abogado de la localidad, alimentó en su hijo, la habilidad innata por conocer y estudiar, y era tanta su fe en la calidad intelectual de su descendiente, que llegó a proclamar que el pequeño Jeremías llegaría a ser ministro de relaciones exteriores de Gran Bretaña. En consecuencia, su padre lo apoyó cotidianamente y con gran entusiasmo en toda actividad intelectual que Jeremías emprendía; así fue como en compañía de su progenitor, nuestro personaje se introdujo en el estudio de la historia de Inglaterra. En este campo, Bentham llegó a ser *la autoridad* más reputada, en cuanto al conocimiento de la historia británica.

Ante la sorpresa del mundo académico. El joven Jeremías aprobó a los 13 años, los exámenes de ingreso para estudiar la carrera de derecho en la Universidad de Oxford. No obstante, nuestro personaje muy pronto se desilusionó de la práctica jurídica. Le bastó escuchar la cátedra de Sir William Blackstone, para percatarse que las leyes no se aplicaban por igual a todos los súbditos británicos, y que existían privilegios que hacían de los ordenamientos jurídicos, lugares injustos para el progreso y la cultura, por lo cual, después de terminada la carrera de abogado, Bentham se dedicó fundamentalmente al estudio de otras disciplinas ajenas al derecho, como la historia, la sociología o la arquitectura. Se aplicó asimismo, en el estudio de temas de investigación jurídica, que ponía a disposición de profesores y estudiantes de la carrera de derecho. Estos estudios se fundamentaban de manera muy acentuada en tesis utilitaristas, así como en los más importantes fundamentos del derecho natural. Se erigió en un crítico formidable de las costumbres británicas de la época, y en un gran defensor de la igualdad de derechos entre los hombres, sin importar clase social, edad, raza o condición económica. Hizo importantes estudios sobre administración pública en particular y asuntos gubernamentales en general.

Al acontecer la muerte de su padre en 1792, y contando Jeremías ya con 40 años de edad, se percató de la necesidad de reorganizar sus finanzas personales para lograr su sobrevivencia, puesto que hasta esas fechas, su padre había financiado todas las actividades de nuestro personaje. Fue así como logró un espacio en la actividad universitaria, y comenzó ahora sí formalmente, a impartir cátedra universitaria y a desempeñar diferentes empleos y cargos públicos.

Bentham destacó de manera brillante en el estudio de problemas jurídicos de carácter internacional. Si bien, Hugo Grocio es conocido como el padre del derecho internacional, al que en su época se le conocía con el nombre de *derecho de gentes*, a Jeremías se le debe precisamente la actual denominación de *derecho internacional*. Nuestro hombre realizó estudios importantes sobre penitenciarismo. Bentham diseñó un modelo arquitectónico denominado *Panóptico*, que consistía en construir los edificios para la estancia de los internos, en una estructura circular, colocando al centro de las construcciones, una gran torre de vigilancia, más alta que los edificios. Bentham decía: "Permítanme construir un penal conforme a mi proyecto, y me comprometo a ser carcelero". Actualmente, casi todas las construcciones penitenciarias, adoptan el modelo panóptico de Bentham. Nuestro ilustre personaje adquirió una verdadera obsesión por

investigar y escribir. Sus biógrafos afirman que se impuso la tarea de escribir al menos 20 cuartillas diariamente.

Sin duda alguna, el proyecto más importante para nuestro homenajeado, fue el de crear una universidad en donde todos: Ingleses y extranjeros, hombres y mujeres, pobres y ricos, tuvieran acceso a los estudios profesionales. Fue así como finalmente en 1828, su sueño se hizo realidad: Se creó la Universidad de la Ciudad de Londres (London City University –UCL). Desgraciadamente, Bentham estaba ya muy anciano para esa época y poco, muy poco disfrutó en vida de su obra cumbre, puesto que falleció en 1832, apenas cuatro años después de que la UCL inició sus actividades académicas. En la biblioteca de esta universidad se conservan la mayoría de los manuscritos de la obra de Bentham, y bajo el patrocinio de esta institución se han reimpreso numerosas obras de este estudioso de la ciencia.

Existe en torno a este personaje un hecho insólito: El ilustre Jeremías dispuso en su testamento, que su cadáver embalsamado, permaneciera en las instalaciones de su universidad. La institución tomó la decisión, no solamente de conservar el cuerpo en el interior del campus, sino que el citado cadáver debidamente embalsamado, excepto su cabeza que es de cera, con obras permanentes de mantenimiento, permanece sentado en la Sala de Consejos de la institución, aislado por un grueso cristal, pero la mesa en donde sesionan los consejeros, se encuentra pegada al cristal, con el fin de que simbólicamente Bentham forme parte de las personas que sesionan. En los estatutos de la universidad se encuentra inserto un precepto que obliga al Presidente del Consejo Universitario a precisar al inicio de cada sesión: *Preside este evento el dean Jeremy Bentham*. Inclusive, Bentham tiene en cada evento, voto de calidad: Si la votación estuviere empatada entre los consejeros, el voto del dean Bentham es en favor de la innovación.

IUSTITIA rinde un tributo de admiración y reconocimiento a este destacado jurista, cuyos méritos sin duda, son manifiestos y evidentes.

EDITORIAL

SE CREA LA EGAP EN EL TECNOLÓGICO DE MONTERREY

“Nuevas políticas, para nuevos tiempos”. Este es el lema empleado por la Escuela de graduados en Administración y Políticas Públicas (EGAP), División académica de nueva creación en el Tecnológico de Monterrey, quien con ello confirma su participación definitiva en la preparación de muchos de los próximos dirigentes de los destinos de México en sus tres niveles de Gobierno: Federal, estatal y municipal.

Advierten los directivos de la EGAP que los sistemas políticos y jurídicos nacionales e internacionales requieren de líderes capaces de gobernar en los ámbitos legislativo, administrativo y judicial, estar técnicamente capacitados para crear, administrar y aplicar los cambios de criterios sociales, económicos, políticos y jurídicos y la globalización de estos criterios en los nuevos modelos que en esas diferentes áreas, se están creando en los escenarios regionales y mundial.

La EGAP, cuyas actividades ya se iniciaron formalmente, mediante la firma de convenios con las universidades de Harvard y Georgetown en EUA, así como de Barcelona en España, para compartir experiencias, planes, programas de estudio, profesores y estudiantes, en actividades debidamente coordinadas, se encuentra laborando intensamente, con reuniones a nivel directivo y con el claustro de profesores de alto nivel que lo integran, para ofrecer en los campus Monterrey, Ciudad de México y del Estado de México, maestrías en Administración Pública, en relaciones Internacionales, y en diversas áreas del derecho, enfocadas a las políticas públicas, que vengan a llenar un gran vacío que actualmente existe en la transformación de un país más preparado, que enfrente los retos que el nuevo milenio ha planteado a todas las naciones. La sabiduría política, económica, jurídica y administrativa, se habían venido adquiriendo en forma empírica, ahora, los nuevos tiempos exigen sabiduría técnica, universitaria, en donde las teorías cristalicen en habilidades e importantes conceptos éticos de la función pública, que haga de los servidores del estado sobre todo, en los niveles directivos, personas comprometidas, con excelentes habilidades técnicas y un alto sentido de la ética gubernamental.

Señala Maquiavelo -considerado el Padre de la ciencia política-, que es preciso que un gobernante *“tenga una inteligencia capaz de adaptarse a todas las circunstancias, y que no se aparte del bien...”* La función pública comprende áreas de un gran valor y trascendencia para la comunidad: la política electoral, la política económica, sobre todo la relacionada con los ingresos y el gasto público; la política agraria, la energética, la política industrial, la comercial, la turística, la política tecnológica, la relacionada con la inversión extranjera, con la educación o con la seguridad pública, todas ellas y otras de igual importancia, representan áreas importantes para el manejo de las cosas públicas del estado. En todas ellas, la función que desempeñan los servidores públicos es importante y definitiva.

La función pública en síntesis, requiere habilidades, templanza, conocimientos, experiencia, talento, honestidad, y otros valores que tiendan a la sabiduría, para armonizar los tres grandes intereses en pugna en la vida del estado: Los intereses públicos, los intereses privados y los grandes intereses sociales. No dañar indebidamente a unos para favorecer a los otros. Esta es la sabiduría que requiere el

gobernante del nuevo milenio, y esta es la que pretende crear la EGAP como una filosofía propia de su trascendente misión en la comunidad.

CONTRATOS DE ALIANZA ESTRATÉGICA (JOINT VENTURE)

Primera parte ASPECTOS ECONÓMICOS

Por. Lic. José Manuel Martínez*

A) Entorno económico actual.

Para analizar el contenido jurídico del contrato de alianza estratégica o joint venture, es no sólo conveniente, sino necesario, efectuar un estudio económico de los diversos factores que en este campo rodean a los diversos tipos de *alianzas estratégicas*, concebidas como unidades jurídicas de profunda trascendencia en el mundo de los negocios. Para iniciar tal estudio resulta necesario hacer referencia de manera muy especial a las innovaciones tecnológicas que están revolucionando al mundo en su aspecto económico. Como consecuencia del desarrollo tecnológico otros campos también se están transformando, como acontece con el mundo del derecho. Es preciso, por esta razón, hacer un estudio de las implicaciones económicas, y concretamente empresariales, de la tecnología como instrumento de progreso y desarrollo.

En el ámbito empresarial se están dando cambios realmente importantes. Algunos de esos cambios son el resultado directo del avance tecnológico; otros se dan por el hecho de que, debido al progreso en las comunicaciones y en los transportes, el comercio exterior cada vez es mayor y, en consecuencia, los mercados son cada vez más globales y menos locales o aún regionales; y, finalmente, otras transformaciones tanto económicas como sociales se han venido dando de manera acelerada, y esto ha sido desde luego un campo propicio para el impresionante desarrollo tecnológico que se ha presentado hasta este momento.

Todos estos cambios están repercutiendo notoriamente en la economía mundial. Tanto a nivel micro como macroeconómico, las empresas privadas, y aún las públicas, tienen ahora una perspectiva que difiere enormemente de la que tenían hace unos cincuenta años.

Hacia aquella época, las ideas de Schumpeter expuestas en un importante libro titulado: *Teoría del Desarrollo Económico*, produjeron un impacto muy resonante. El autor señaló que el motor del progreso, del desarrollo económico está conformado precisamente por las innovaciones que realizan las empresas que compiten unas con otras en el mercado. El citado tratadista planteaba que el capitalismo podía dividirse en dos grandes partes: el capitalismo competitivo y el capitalismo monopolístico.

Cabe aclarar que usualmente el término “*capitalismo*” es usado para designar al sistema económico de producción basado en la propiedad privada de los instrumentos del mismo. Tal situación es posible apreciarla en la definición de capitalismo propuesta por el profesor Samuelson: “*Sistema económico en el cual la mayor parte de la propiedad (la tierra y el capital) es de propiedad privada. En este tipo de economía, los*

* Abogado consultor internacional.

*mercados privados son los principales instrumentos utilizados para asignar los recursos y generar rentas”.*¹

Este término, sin embargo, ha estado envuelto por matices ideológicos; normalmente se ha usado para designar a los sistemas económicos que son opuestos al feudalismo, por un lado, y al socialismo, por el otro. Es por esta razón que el término en cuestión no es muy preciso. Cabe aclarar que Schumpeter utilizaba la palabra “*capitalismo*” para designar de manera genérica, al sistema económico de producción correspondiente a las economías posteriores al siglo XV.

De acuerdo con este autor, en el capitalismo existían pequeñas empresas en comparación con el tamaño del mercado, por lo que éstas no podían fijar el precio a su arbitrio, y era factible crear nuevas empresas a raíz de la aparición de innovaciones. En el capitalismo monopolístico, las empresas se habían convertido en enormes corporaciones que dominaban el mercado y podían influir sobre el precio, además de que las innovaciones surgían de sus propios recursos. Es por ello que en esta segunda etapa se dificultaba la aparición de nuevas empresas debido a que el surgimiento de innovaciones no implicaba la creación de nuevas empresas.

Es lógico el paso que ha de darse de la primera etapa a la segunda, tomando en consideración que toda empresa que aporte alguna innovación práctica tendrá ventaja sobre sus competidores, lo cual a la larga puede implicar un monopolio, si es que la compañía en cuestión llegara a crecer y a quedarse con la mayor parte del mercado. Imaginar una economía en la que sólo existan pequeñas empresas en relación con el tamaño del mercado más bien se asemeja a un estado estacionario, como el que implícitamente planteó Walras en su Teoría del Equilibrio Económico.

Schumpeter demostró que tal estado estacionario no era posible, debido al surgimiento de innovaciones. “*Para Schumpeter la verdadera competencia de la economía capitalista no es la que se ejerce entre las pequeñas empresas que producen la misma mercancía, sino la que ejercen las empresas innovadoras que desarrollan una cierta actividad empresarial*”².

Al respecto, Rothschild señala que: “*En la teoría de J.A. Schumpeter, los empresarios arriesgados pueden establecer monopolios temporales mediante la creación de los nuevos productos, lo que se considera como fuente del progreso económico*”³. En realidad, de acuerdo con Schumpeter, no tiene que tratarse de nuevos productos, sino de cualquier clase de innovación.

Ya ubicados en el capitalismo monopolístico, los que eran monopolios temporales, se convirtieron en permanentes, al irse quedando numerosas empresas fuera de la competencia debido a su rezago con respecto a los demás empresarios, quedando así el mercado en manos de unos cuantos.

¹ Samuelson, Paul A., et al. **Economía**. 14ª. Edición, Editorial Mc Graw Hill. Traducción: Rabasco, Esther, et. Al. Madrid, 1993. Pág. 889

² Astudillo Ursúa, Pedro. **Lecciones de Historia del Pensamiento Económico**. 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 209.

³ Deane, Phyllis, et al. **Vocabulario Básico de Economía**. 1ª. edición, Editorial Crítica. Traducción: Pascual, Jordi. Barcelona, 1992. Pág. 305.

Cabe recordar que etimológicamente la palabra monopolio significa “*un solo vendedor*”. Por eso Samuelson define al monopolio de la siguiente forma: “*Estructura del mercado en la que una única empresa ofrece una mercancía*”⁴. Sin embargo, el uso de esa palabra se ha extendido para describir toda “*aquella situación de mercado que se caracteriza por la falta de competencia o por una sensible limitación de la misma*”⁵.

En realidad, los monopolios absolutos son muy poco frecuentes, pero los diferentes grados entre la competencia perfecta, es decir, un mercado en el que abundan los oferentes y los demandantes y nadie puede influir directamente sobre el precio, y el monopolio absoluto son lo más común en la práctica. “*El monopolio y la competencia perfecta son dos casos extremos. Raramente se encuentran en su forma pura en el mundo real. El monopolio puro apenas es posible, porque las mercancías sustitutivas ejercerían presiones competitivas sobre los monopolios*”⁶.

La estructura del mercado que sí ha sido muy frecuente en el capitalismo monopolístico es el oligopolio, que etimológicamente significa: “*pocos vendedores*”. Samuelson lo define en los siguientes términos: “*Situación de competencia imperfecta en la que una industria está dominada por un pequeño número de oferentes*”⁷.

Por su parte, Davies señala sobre el oligopolio lo siguiente: “*La evidencia sobre los niveles de concentración en el mercado sugiere que es la estructura de mercado dominante en la mayoría de las economías industriales de Occidente. La característica central del oligopolio es la interdependencia de actividades de las empresas. Así, cualquier acción de un oligopolista influirá significativamente en las ventas, rentabilidad y cosas por el estilo de sus rivales*”⁸. Esta influencia de las empresas oligopolistas sobre el mercado, y su privilegiada situación con respecto al mismo, es de lo que hablaba Schumpeter refiriéndose al capitalismo monopolístico.

Pues bien, este modelo sobre el capitalismo había sido bastante realista hasta principios de los años ochentas, cuando existían enormes gigantes corporativos que habían tenido un gran éxito, tales como Kodak, IBM, General Motors, Xerox y 3M, entre otras. Estas empresas resultaban enormes en relación con el mercado que dominaban y de esta manera podían, si no controlar los precios, sí por lo menos si influir decisivamente en ellos. Además, efectivamente no permitían el surgimiento de nuevas empresas a raíz de la aparición de innovaciones, puesto que algunas provenían de sus propios recursos y por otro lado, adquirirían otras creadas fuera de la corporación.

Badarocco⁹ compara a la gran compañía norteamericana, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y hasta los ochentas, con una ciudadela medieval rodeada por una doble o triple hilera de murallas con torreones, debido al aislamiento que tenía en relación con otras empresas.

⁴ Samuelson, Paul A., et al. Opcit. Pag. 905.

⁵ Astudillo Ursúa, Pedro. **Elementos de Teoría Económica**. 2ª. Edición, Editorial Porrúa. México, 1994. Pag. 108.

⁶ Deane, Phyllis, et al. Opcit. Pag. 305.

⁷ Samuelson, Paul A., et al. Opcit. Pag. 906.

⁸ Deane, Phyllis, et al. Opcit. Pag. 317.

⁹ Badarocco, Joseph L. **Alianzas Estratégicas**. 1ª. Edición, Editorial McGraw Hill. Traducción: Real Gutiérrez, José. Madrid, España, 1992. Pág. XV-XVI

La primera “*muralla*” o límite consistía en la función administrativa, ya que la empresa estaba perfectamente definida a través de su esfera de control jerárquico. Los ejecutivos en la cúspide tenían autoridad sobre sus subordinados y así sucesivamente. Dentro del organigrama podía definirse quien era parte de la firma.

El segundo límite era de naturaleza financiera, ya que estas corporaciones eran dueñas de todos sus activos importantes, tales como fondos, instalaciones, maquinaria y propiedad intelectual, como patentes y marcas, evitando así, en la medida de lo posible, combinar sus recursos con los de otras empresas.

La tercera limitante era de índole social, puesto que la convivencia de los empleados en el seno de las compañías implicaba que éstas fueran comunidades unidas por normas sociales y valores compartidos, además de tener un propósito en común. Los empleados de una empresa raramente trabajaban en conjunto con los de otra.

Cualquier trato que estas corporaciones realizaran con otras, lo hacían bajo esquemas clásicos de contratación, en los cuales quedaba plenamente definida la autonomía de cada cual. Como ejemplo de esto, se tienen a los contratos de licencia que aún son comunes en las empresas multinacionales, a través de los cuales se concede la explotación de algunas patentes o marcas, al mismo tiempo que tal propiedad intelectual sigue siendo parte del patrimonio de la multinacional en cuestión.

Sin embargo, al llegar la década de los ochentas muchas de las grandes firmas norteamericanas comenzaron a tener serios problemas; crisis financieras, cierres de plantas y recortes de personal las hacían semejar a gigantes con pies de barro. Parecían ser los primeros indicios de que se avecinaba una extinción en masa.

“Las ganancias de IBM cayeron de golpe, y, en el periodo de 1990/1991, DEC sufrió sus primeros despidos después de una trayectoria de treinta y siete años. En diciembre de 1991, GM anunció que cerraría 21 plantas y despediría a 74,000 empleados. Sears Roebuck puede encontrarse en el cambio más grande de todos. A pesar de haber sido durante mucho tiempo símbolo del éxito norteamericano, es probable que la empresa tenga que vender Sears Tower, el edificio más alto del mundo. Los problemas de la empresa afectarán a muchas personas: la tercera parte de todos los norteamericanos trabajaron, compraron o utilizaron una tarjeta de crédito de Sears”¹⁰.

Fue entonces que comenzaron a multiplicarse las alianzas estratégicas en los Estados Unidos, especialmente en el sector servicios, en industrias tales como publicidad, servicios financieros, sistemas de comunicación y bases de datos. En algunos de estos sectores se realizaron más alianzas en un solo año que en los quince o veinte precedentes. En Europa se incrementaron alrededor de diez veces entre 1980 y 1985, y las alianzas de empresas norteamericanas con compañías de otras latitudes de duplicaron luego de 1978.

El sistema de alianzas estratégicas entre empresas es algo que no era compatible con el sistema tradicional de las grandes compañías norteamericanas, puesto que consiste en trabajar en equipo, interdependientemente, sacrificando parte de su

¹⁰ Botkin, James, et al. **Ganando en las Combinaciones**. 1ª edición, Editorial Macchi. Traducción: Menna, Haydeé N. Buenos Aires, Argentina, 1994. Pag. 9

autonomía empresarial, cosa que los colosos multinacionales norteamericanos no estaban anteriormente dispuestos a hacer.

Estas compañías lograron ser autosuficientes luego de la Segunda Guerra Mundial, pues las tres cuartas partes de las innovaciones tecnológicas provenían de los mismos Estados Unidos. Sin embargo, esta situación empezó a cambiar a partir de los años sesentas y setentas, razón por la que las empresas norteamericanas comenzaron a cambiar su estrategia y aceptaron el hecho de sacrificar parte de su autonomía.

Fue a raíz de la crisis de los ochentas, cuando entre las empresas norteamericanas, las europeas y las japonesas se incrementaron de forma espectacular los convenios de cooperación técnica y los esfuerzos conjuntos de investigación y desarrollo. Por ejemplo, IBM había sido una típica empresa multinacional, controlando una serie de empresas subsidiarias. IBM Japón era una empresa subsidiaria, la cual poseía y controlaba sus propios activos y vendía sus productos a través de su propia plantilla de vendedores. Para 1988 ya había firmado contratos de alianza estratégica con diecisiete empresas de Japón. Ese hecho representaba para IBM el desviarse de lo que había sido su política tradicional, ya que se había caracterizado por ser una corporación autosuficiente.

“Tanto IBM como General Motors están viviendo ahora unos momentos históricos de cambio. Ambas hicieron en los ochentas audaces esfuerzos de transformación no sólo a través de alianzas, sino también recurriendo a trascendentales reorganizaciones, a inversiones masivas en instalaciones, equipo y tecnología... La próxima década nos mostrará si las recientes conmociones de ambas compañías son los estertores de muerte de dos viejos gigantes o los dolores de parto de dos nuevas firmas competitivas”¹¹.

Esta tendencia a nivel empresarial se está dando paralelamente también en el campo macroeconómico. A la vez que se están formando bloques empresariales, también los Estados globalmente considerados buscan agruparse en bloques económicos, abriendo así sus fronteras al comercio exterior, buscando de esta manera facilitar el desenvolvimiento de sus economías en un mundo en el cual cada vez toma más importancia el mercado global es decir, mundial, frente a los diferentes mercados nacionales y regionales.

En este sentido, se han formado:

- a) Acuerdos de cooperación aduanera, que incluyen preferencias arancelarias.
- b) Áreas de libre comercio, en las que se busca la libre circulación de bienes, sin barreras o tarifas arancelarias.
- c) Uniones aduaneras, en las cuales, además de lo anterior, se pretende tener una estructura uniforme de barreras arancelarias en relación con el resto del mundo.
- d) Mercados comunes, en los cuales, además de libre circulación de bienes también hay una libre circulación de factores de la producción.
- e) Uniones económicas, las cuales constituyen la etapa superior de integración económica entre los Estados miembros. En una unión económica, además de tener las características de los mercados comunes, existe un alto grado de coordinación de las políticas macroeconómicas, especialmente de la monetaria y la fiscal.

¹¹ Badarocco, Joseph L. Opc it. Pag. XX

Esta integración económica entre los Estados ha creado un ambiente diferente para el comercio exterior, contribuyendo a la globalización. De esta forma, se ha dado origen a que se multipliquen las alianzas estratégicas, y muchas veces entre empresas de diferentes países.

B) Factores que han dado origen a las alianzas estratégicas.

De acuerdo con Botkin¹² existen dos objetivos que las empresas de hoy en día deben lograr para poder encarar los desafíos que presenta el siglo XXI, y son:

1. *“Responder prontamente a las tecnologías emergentes y cambios del mercado mediante un rápido desarrollo y producción de nuevos productos y servicios innovadores”.*
2. *“Aprovechar la capacidad de marketing a nivel internacional y los canales de distribución para nuevos productos y servicios lo más pronto posible”*

Dicho en otras palabras, los retos que en la actualidad tienen las empresas son afrontar con éxito la constante innovación, así como la globalización de los mercados. Básicamente estos son los dos factores que han dado lugar a que se multipliquen las alianzas estratégicas como se conocen hoy en día. Los factores que, como antes se dijo, han dado origen a las alianzas estratégicas, son:

- a) **Innovaciones.** Para definir el término “innovación” es necesario recurrir a Schumpeter, y a su ya citada obra *Teoría del Desarrollo Económico*. En este libro señala los diferentes supuestos que pueden ser considerados como innovaciones : “ 1) La introducción de un nuevo bien – esto es, uno con el que no se hayan familiarizado los consumidores o de una nueva calidad de un bien. 2) La introducción de un nuevo método de producción, esto es, de uno no probado por la experiencia en la rama de la manufactura que se trate, que no precisa fundarse en un descubrimiento nuevo desde el punto de vista científico, y que puede consistir simplemente en una nueva forma de manejar comercialmente una mercancía. 3) La apertura de un nuevo mercado, esto es, un mercado en el cual no haya entrado la rama especial de la manufactura del país de que se trate, a pesar de que existiera anteriormente dicho mercado. 4) La conquista de una nueva fuente de aprovisionamiento de materias primas o de bienes semimanufacturados, haya o no existido anteriormente, como en los demás casos. 5) La creación de una nueva organización de cualquier industria, como la de una posición de monopolio (por ejemplo, la formación de un trust) o bien, la anulación de una posición de monopolio existente con anterioridad”¹³.

Como es posible apreciar, Schumpeter engloba dentro del concepto de innovación a cualquier modificación en el proceso productivo, desde la obtención de materias primas hasta la comercialización, pudiendo tratarse no exclusivamente de una cuestión tecnológica, sino de cualquier índole. Las condiciones actuales han provocado que la

¹² Botkin, James, et al. Opcit. Pag. 8

¹³ Schumpeter, Joseph A. **Teoría del Desarrollo Económico**. 1ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica. Traducción: Prados Arrarte, Jesús. México, D. F., 1994. Pág. 77

mayoría de las innovaciones sean de carácter tecnológico; sin embargo, en otros casos, el avance en este sentido permite que se den progresos en otros campos.

Las alianzas estratégicas, de acuerdo con el concepto del mencionado autor, son innovaciones, puesto que consisten en nuevas organizaciones empresariales, cosa que coincide con el quinto supuesto de innovaciones que plantea la citada obra. Además, cabría insistir en el segundo rubro que se refiere a nuevos métodos de producción, incluyendo la comercialización es decir, las innovaciones en los campos de la mercadotecnia, las ventas y la distribución. *“Cuando la mayoría de la gente piensa en la innovación, tiene en mente productos o procesos de alta tecnología en sí mismos. Sin embargo, las recientes innovaciones también se hicieron en... marketing, ventas y distribución”*¹⁴.

En las últimas décadas el avance en las comunicaciones y en los transportes han ocasionado que se den sistemas muy avanzados en este sentido: nuevas formas de comercialización, tal como lo fue la concesión en la primera mitad de este siglo, o la franquicia a mediados del mismo. Estas también representan, al igual que la tecnología nueva, importantes innovaciones.

Hablando exclusivamente de las innovaciones tecnológicas, Samuelson afirma: *“Existe cambio tecnológico cuando una técnica o unos conocimientos técnicos nuevos permiten obtener un mayor volumen de producción con la misma cantidad de factores o cuando es posible obtener el mismo volumen de producción con una cantidad menor de factores”*¹⁵.

Al respecto de las innovaciones tecnológicas Bueno señala que *“han estado siempre en el origen de las revoluciones industriales. La incorporación de nuevas técnicas supone modificaciones en los sistemas de fabricación, incrementos de productividad y, por consiguiente, reducciones de costo que repercuten favorablemente en el potencial de la demanda”*¹⁶. De la misma manera, el autor mencionado concluye acerca de las innovaciones tecnológicas que éstas constituyen la fuente más segura para tener una ventaja competitiva.

Cabe enfatizar en este aspecto que bajo las condiciones actuales es indispensable para las compañías innovar. *“En definitiva, las empresas ya no se pueden dar el lujo de dar la espalda a la investigación tecnológica y atribuirle un papel secundario. En las condiciones competitivas actuales, el dominio de una tecnología constituye un elemento diferenciador de primera magnitud que conviene explotar dándole un valor estratégico esencial”*¹⁷. Para darnos una idea de lo imperante que resulta para las empresas de hoy en día la innovación, podemos tomar como ejemplo a la compañía 3M. Según sus propias estimaciones el 25 por ciento de los productos que elabora no durarán en el mercado durante más de cinco años, por lo que esta firma le ha dado una preponderante importancia a la innovación.

¹⁴ Botkin, James, et al. Opcit.

¹⁵ Samuelson, Paul A., et al. Opcit. Pag. 138

¹⁶ Bueno Campos, Eduardo, et al. **Fundamentos de Economía y Organización Industrial**. 1ª. Edición, Editorial McGraw Hill. Madrid, 1994. Pag. 74.

¹⁷ Ibidem. Pág. 91.

Esto es algo generalizado, no propio de una sola rama industrial. “El 90 por cien de los productos que se consumirán dentro de diez años no existen en la actualidad o sólo se encuentra en estado de ideas o proyectos”¹⁸. La competencia obliga a las diferentes empresas a innovar para no rezagarse con respecto a los vertiginosos cambios tecnológicos de nuestros días. Honda tardaba antes 5 años para desarrollar un nuevo modelo; hoy solo 3 años. AT & T le llevaba dos años desarrollar un nuevo aparato telefónico; en la actualidad sólo un año.

Como es lógico suponer, una empresa obtiene una cierta ventaja sobre sus competidores cuando logra un cambio tecnológico, lo que representa, a su vez, una desventaja para éstos. “Vivimos en una época de grandes mutaciones tecnológicas y la organización que no se adapte y participe en los cambios se verá rápidamente apartada de la competencia”¹⁹.

Y no sólo es imprescindible innovar, sino hacerlo antes que el competidor. “En un mundo donde la competencia se encuentra limitada por el monopolio o las barreras geográficas, una empresa grande puede necesitar su tiempo para revelar nuevas innovaciones y estar razonablemente seguros de una ventana de mercado abierta para sus productos. Ello fue verdad en AT&T, IBM, y la industria automotriz estadounidense en los calmos días de las décadas de 1950 y 1960. Pero mientras los viajes por avión de propulsión a chorro y las telecomunicaciones modernas encogen su espacio, los horizontes del tiempo, también, lo cual hace imperioso innovar just in time (justo a tiempo) para alcanzar una apertura del mercado”²⁰.

No importa que una compañía sea japonesa, francesa, estadounidense o alemana, en breve tiempo puede apoderarse de los mercados internacionales y dejar a sus competidores fuera de la jugada, si la innovación que ha realizado es lo suficientemente buena. Es por ello que innovar, e innovar a tiempo, es de vital importancia para la competencia en los mercados globales.

Existen cuatro estrategias corporativas para la innovación. Dos de ellas tienen un enfoque interno, las otras dos, un enfoque externo. Y, dependiendo del grado de cohesión con respecto a la compañía, pueden tratarse de una estrategia integrada o de una autónoma.

La estrategia corporativa más usada por las empresas para la innovación era la interna integrada, llamada en inglés *intrapreneur*, ya que usualmente, lo que hacían las grandes compañías, como lo señalaba Schumpeter en sus ideas con respecto al capitalismo monopolístico, era obtener innovaciones dentro de sí mismas.

Se espera que en el desarrollo de una actividad diaria, los trabajadores y ejecutivos contribuyan a la innovación creando maneras de perfeccionar su trabajo. “Desde la perspectiva de una compañía grande, la *entrepreneur* puede ser la estrategia correcta para una empresa que pone énfasis sobre la autosuficiencia y no necesita innovaciones en los grandes descubrimientos”²¹. Bajo este esquema, se recompensa a los autores de ideas innovadoras cuando éstas funcionan, y se espera una cierta cantidad

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ibidem

²⁰ Botkin, James, et al. Opcit. Pág. 22.

²¹ Ibidem. Pág. 41.

de ideas inútiles, pero no se sanciona a los autores de tales ideas. Tenemos como ejemplos de compañías que trataban de estimular la innovación internamente, a 3M, Kodak, Volvo, Fuji y Xerox, entre otras.

Sin embargo, esto no estaba resultando suficiente, por lo que algunas de estas empresas probaron una estrategia interna tratando de imitar el ambiente de los pequeños talleres: el llamado *internal venturing*, el cual “es un sistema para proveer capital de riesgo corporativo para apoyar nuevas ideas desarrolladas por empleados individuales o unidades de trabajo... Ayuda a los posibles *entrepreneurs* de la compañía a desarrollar sus propios proyectos autónomos aparte de su trabajo habitual. En lugar de hacer que toda la compañía imite la atmósfera de la pequeña compañía, se simula estar en un ambiente parecido al de una incubadora”²².

Buscando eliminar barreras administrativas e imitar el ambiente de la pequeña empresa, algunas grandes compañías adoptaron este sistema. Sin embargo, menos del uno por ciento de las ideas que se desarrollaron bajo el sistema de *internal venturing* resultaron rentables, además de que muchas veces causaban problemas si trataban de operar en áreas que no le eran familiares a la corporación. Kodak, 3M, Du Pont, y Exxon, entre otras, probaron el *internal venturing* y lo consideraron deficiente.

Un ejecutivo comentó: “Los verdaderos *entrepreneurs* no se encuentran en las burocracias de una compañía grande, y las compañías no se destacan en dar las oportunidades y recompensas que los verdaderos *entrepreneurs* buscan”²³. Otro más afirmó: “La tecnología arraigada en cualquier compañía hace difícil innovar. Nuestra manera de pensar ‘dentro del límite’ hace difícil que salgamos de ellos. Creamos nuevas ideas a través de barros e innovamos dentro de un margen”²⁴.

Es por estas razones que numerosas grandes empresas comenzaron a buscar fuera de sus propios límites para encontrar innovaciones rentables. “Si usted tuviera que preguntar a un grupo de empresarios de donde vienen las mayores invenciones, es probable que la mayoría diga que surgen del taller y no de los laboratorios corporativos de I&D (investigación y desarrollo)”²⁵. Esto conduce indefectiblemente a las llamadas *estrategias corporativas externas para la innovación*, que igualmente pueden ser autónomas o integradas.

Las estrategias externas integradas son la adquisición y fusión de empresas. Cabe entender por fusión “la unión jurídica de varios organismos sociales, que se compenetran recíprocamente, dando lugar a que la pluralidad de organismos venga a ser sustituida por una sola organización jurídica”²⁶. Enunciado en términos más simples, la fusión “es la operación por la cual se unen en dos o más sociedades para formar una nueva sociedad que les sucederá en todos los derechos y obligaciones”²⁷.

²² Ibidem. Pág. 43.

²³ Ibidem. Pág. 46.

²⁴ Ibidem. Pág. 47.

²⁵ Ibidem. Pág. 10.

²⁶ Vázquez del Mercado, Oscar. Asambleas, **Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles**. 4ª Edición, Editorial Porrúa. México D.F, 1992. Pág. 299

²⁷ Colalácovo, Juan Luis. Et al **Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional**. Editores Macci. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 40

En cuanto a la adquisición, esta *“es la operación por la cual los titulares de una empresa adquieren otra”*²⁸.

Fueron éstas las estrategias seguidas por numerosas compañías a lo largo de la formación de los grandes emporios que se conocen hoy en día. Siempre que una empresa pequeña o mediana representaba una innovación o un nuevo mercado regional para alguna gran empresa esta procedía a comprarla y a fusionarla consigo. Las grandes compañías estadounidenses gustaban de tener control pleno sobre todo el proceso de fabricación, así como sobre todos sus activos. Es por ello que muchos medianos y pequeños empresarios terminaban perdiendo el control sobre sus empresas.

Sin embargo, una de las desventajas de este sistema era y sigue siendo que *“la fusión también destruye la capacidad de esa pequeña compañía para seguir siendo innovadora; la adquisición disgregada y fragmentada ya no puede crear la corriente de innovación que necesita la compañía grande”*²⁹. Es decir, el hecho de adquirir una pequeña empresa que previamente hubiera realizado alguna innovación importante representaba para una compañía grande el obtener para sí misma esa innovación, pero también renunciar a la posibilidad de que esa empresa siguiera produciendo innovaciones. Durante algunas décadas esta desventaja no fue trascendente, pero con el ritmo actual de innovación que requieren las grandes empresas, esto ciertamente puede representar una diferencia.

Otro claro inconveniente que acarrea la fusión y adquisición de empresas es el costo que esto representa para las compañías que han llevado a cabo esta estrategia. Se trata de una enorme cantidad de capital que la empresa ha decidido arriesgar. Inclusive, cabe tomar en cuenta que si esta inversión se realiza a través de algún crédito bancario el riesgo es aún mayor. La compañía se ve obligada a que la innovación desarrollada por la empresa recién adquirida realmente le reditue utilidades lo más pronto posible; de lo contrario, la transacción más bien le causaría una grave crisis financiera. De hecho, esto fue lo que a muchas grandes empresas les pasó luego de los años setenta: Las compañías que adquirieron no fueron rentables.

Las compras internacionales de empresas descendieron de 130.581 millones de dólares a nivel mundial en 1989 a tan sólo 54.360 en 1991. Estas adquisiciones y fusiones provocaron que se restringiera la competencia en los diferentes países, lo que también repercutió negativamente en lo que se refiere a las innovaciones que las compañías realizaban. Además, el gigantismo de muchas empresas las hicieron menos flexibles para afrontar los constantes cambios en el entorno económico. Tal y como lo afirma Bueno, *“el gran tamaño que van adquiriendo las compañías se convierte en un obstáculo a la hora de acometer una absorción, ya que el esfuerzo de integración derivado del proceso de crecimiento exige importantes recursos y atenciones”*³⁰.

Los tres tipos de estrategias para la innovación anteriormente mencionados implican altos costos para las empresas y, por consiguiente, altos riesgos. *“El problema al que se enfrentan entonces las entidades es al de la financiación de proyectos que*

²⁸ Ibidem, pág. 41

²⁹ Botkin, James, et al Opcit. Pág. 49

³⁰ Bueno Campos, Eduardo, et al Opcit. Pág. 316

*necesitan presupuestos cada vez más altos para fabricar productos cuya esperanza de vida va a ser, presumiblemente, corta*³¹.

Es por ello que muchas grandes compañías han comenzado a considerar como estrategia para la innovación la externa autónoma por excelencia, la alianza estratégica. *“La aversión por el riesgo incita a las empresas a elegir opciones estratégicas, integradoras y asociativas. Uniendo sus fuerzas competitivas y, en este caso, sus conocimientos y experiencias tecnológicas, las entidades pretenden obtener sinergias positivas y controlar el desarrollo tecnológico que se lleva a cabo en su sector de actividad... En este sentido se crean redes de cooperación que se configuran principalmente a través de alianzas fundamentales en operaciones de joint venture y que consisten en asociaciones parciales de duración temporal”*³².

Esto implica que las pequeñas empresas trabajen en conjunto con las grandes corporaciones. Las pequeñas compañías se han caracterizado por su capacidad para innovar de manera productiva y veloz, en tanto que las grandes corporaciones se han caracterizado por su poder y alcance globales. Ambas participan de los beneficios de la alianza, a la par de conservar su autonomía. *“Las grandes corporaciones no sólo buscan nuevas, ideas, que son abundantes, sino ideas novedosas comercializables, que son escasas. Para encontrarlas, necesitan más entrepreneurs que comprendan como desarrollar innovaciones exitosas de manera comercial”*³³.

De esta forma, las grandes compañías pueden acceder a los avances tecnológicos desarrollados por las pequeñas empresas sin tener que llevar el proceso básico de investigación y desarrollo. Además el riesgo es reducido ya que la pequeña empresa ya desarrolló la innovación; de esta forma la gran compañía no tendrá que arriesgar capital desarrollándose de forma interna. *“Cada vez más grandes y pequeñas empresas encontraron una manera más creativa de competir globalmente: combinarse para utilizar sus fuerzas suplementarias como una ventaja competitiva”*³⁴.

b) Globalización. En cuanto a la globalización, es decir, la integración de los mercados en un solo mercado mundial, ésta también ha sido un importantísimo factor para que estas alianzas se multipliquen. El avance en las comunicaciones y los transportes ha propiciado un aumento explosivo en el comercio exterior. En Estados Unidos de América las exportaciones representaban el 5,2% del PIB en 1960 y las importaciones el 4,4; en 1989, las importaciones ya constituían el 9,2% del PIB y el 7,1% las exportaciones. Esta tendencia coincide con los países de la Unión Europea.

Esto propicia que haya cada vez una mayor competencia. En otras épocas las grandes compañías de un país casi tenían asegurado su mercado. Actualmente grandes empresas de diferentes países están obligadas a competir con otras de su mismo ramo a nivel mundial. Bueno señala: *“El mercado de referencia para todas las compañías tiende a ser cada vez más un mundo económicamente interdependiente. La internacionalización y la liberalización de la economía, crean nuevas condiciones de*

³¹ Ibidem. Pág. 85

³² Ibidem

³³ Botkin, James, et al Opcit. Pág. 8.

³⁴ Ibidem, Pág. 6

producción y nuevos imperativos competitivos que dictan nuevos comportamientos estratégicos a las empresas”³⁵.

Esto ha favorecido la proliferación de alianzas, ya que cada vez se requiere mayor competitividad, además de que la transferencia de tecnología se realiza cada vez más, con mayor velocidad. *“En un momento en que el mundo se encuentra en plena mutación tecnológica y social, y van constantemente cambiando las pautas de comportamiento de todos los agentes inmersos en la competencia mundial, las empresas que más se caracterizan por su dinamismo intentan, mediante el crecimiento internacional, conseguir este poder de mercado que se convierte para ellas en fuente de estabilidad*”³⁶.

Además, como ya se había mencionado previamente, otro factor que está causando el incremento del comercio exterior es que las naciones están buscando crear entre ellas bloques con grados de integración económica diversa. Esto ha cambiado las condiciones de competencia para las empresas, ya que *“la tendencia a la formación de espacios económico-comerciales comunes, o lo que habitualmente se llama la conformación de grandes bloques (megabloques) económicos, lleva a los empresarios a constituir empresas conjuntas para no quedar fuera del terreno de los negocios*”³⁷.

Badarocco ha conjuntado ambos factores: innovación y globalización en uno solo, llamándole *globalización del conocimiento*, que de acuerdo con sus ideas *“consiste en que un número cada vez más grande de países, compañías, universidades y otras organizaciones están contribuyendo a la formación de un enorme depósito mundial de conocimiento comercializable. Parte de ese conocimiento es migratorio es decir, se mueve con rapidez y traspasa con facilidad las líneas divisorias de las compañías y los países. Otra porción del mismo se encuentra profundamente insertado en las relaciones sociales*”³⁸.

Desde luego, del fenómeno de la *globalización del conocimiento* surgen nuevos y grandes problemas que tienen relación muy estrecha con las regulaciones jurídicas de la propiedad intelectual. Esta otra parte por sí misma, conforma otro tema jurídico digno de ser estudiado en forma independiente al de la *joint venture* que ocupa totalmente la mente del autor de este estudio.

C) Antecedentes y origen de las alianzas estratégicas.

Las alianzas entre comerciantes no son nuevas. Los comerciantes fenicios ya realizaban ciertos acuerdos con socios extranjeros que tenían el objetivo de compartir el riesgo. Los mercaderes venecianos también llevaban a cabo convenios con comerciantes de otras latitudes en que se compartían tanto el riesgo como los beneficios. Este sistema igualmente se llevó a cabo con motivo del descubrimiento de América logrado por Cristóbal Colón, en la Compañía de Indias, así como en los contratos de transporte marítimo de mercaderías y su posterior venta en ultramar celebrados en Inglaterra a partir del siglo XVIII. Sin embargo, estas alianzas no tenían el alcance que actualmente

³⁵ Bueno Campos, Eduardo et al Ocit. Pág. 2

³⁶ Ibidem. Pág. 3

³⁷ Colaiácovo, Juna Luis, et al, Opc it. Pag. 133

³⁸ Badarocco, Joseph L. Opc it. Pag. IX.

tienen, simplemente por el tamaño de las empresas en cuestión, y porque los objetivos y finalidades no estaban frecuentemente bien definidos.

Fue a finales del siglo XIX y a principios del XX, cuando empezó a consolidarse lo que Schumpeter había llamado capitalismo monopolístico, dándose por varios medios la concentración de empresas. Algunas compañías comenzaron a crecer desmesuradamente y adquirían otras empresas competidoras fusionándolas consigo. Otros sistemas empleados fueron el de los *kartels* y los *trust*. Estos consistían en organizaciones que tenían el objetivo de realizar alianzas entre empresas para poder controlar los precios o limitar la cantidad de la producción de un determinado bien, constituyéndose como sistemas monopolísticos por excelencia.

El antecedente directo de las alianzas estratégicas como se conocen hoy en día, se encuentra en los primeros años de la década de los setentas del siglo pasado. El conocimiento tecnológico que tenían algunas compañías de los Estados Unidos de América, comenzaron a transmitirlo a otras originarias de algunos países de Asia, especialmente Japón, a través de licencias. Ello se debió a que en aquellos países las compañías norteamericanas podían contar con mano de obra menos costosa. De esta forma, el objetivo era confiar a un aliado exterior la fabricación de parte de su línea de producto o de algunos de los componentes, reduciendo así los costos. De esta forma, las empresas en cuestión podían tomar importantes posiciones en el mercado de los Estados Unidos. A estas alianzas se designó el nombre de *vínculos de producto*.

Sin embargo, pronto se dio otro tipo de alianzas. Buscando desarrollar nuevas capacidades o conocimientos, tecnológicos o de otra índole, muchas empresas norteamericanas comenzaron a asociarse con compañías extranjeras, principalmente también orientales, mediante estrategias que se conocieron con el nombre de *vínculos de conocimiento*. Estas alianzas exigían una interacción mayor entre ambas compañías, puesto que se trataba de crear productos o servicios reduciendo costos y riesgos. La función de estas alianzas ya no era simplemente la manufactura de algunos componentes, sino el desarrollo de nuevos productos.

La aceptación del sistema de alianzas por parte de las grandes empresas norteamericanas fue paulatino, debido a que la renuncia parcial a su autonomía era algo que tradicionalmente se contraponía a su cultura corporativa. Mientras las grandes compañías norteamericanas realizaban *vínculos de producto* o de *conocimiento* con empresas extranjeras, nunca habían dejado de existir pequeñas empresas en los Estados Unidos, también conocidas como *entrepreneurs* (emprendedores), que se caracterizaban por sus innovaciones y su crecimiento acelerado. La oportunidad de realizar alianzas estratégicas para estas pequeñas empresas en numerosos casos no llegó, como pudiera pensarse, de dentro de sus propias fronteras, sino de fuera.

A pesar de carecer de capital y de suficiente capacidad para competir inmersos en una globalización creciente, muchas de estas empresas habían prosperado de tan sólo comercializar innovaciones. En la medida en que muchos gigantes corporativos estaban teniendo serios problemas y luchaban por reestructurarse, otras tantas pequeñas y medianas compañías prosperaban.

Aún la situación para las pequeñas empresas que intentaran crecer por sí solas era y es difícil. El 85 por ciento de las pequeñas empresas en Estados Unidos no

consiguen seguir operando luego de cinco años. *“Este 85 por ciento incluye empresas con productos innovadores que tienen dificultad para obtener una financiación adecuada necesitan ayuda de marketing o carecen de acceso a canales de distribución efectivos. Un entrepreneur puede destacarse en investigar y desarrollar un nuevo producto, pero tropieza cuando trata de hacerlo fabricar, vender o distribuir, con graves consecuencias para la viabilidad de sus empresas y su tasa de crecimiento”*³⁹

Es por lo anterior que las grandes compañías habían aprovechado durante décadas estas dificultades de las pequeñas empresas usando las estrategias de comprar los derechos intelectuales de éstas para poder explotarlos con exclusividad, o bien, de adquirir a la pequeña empresa y fusionarla consigo. De esta manera, muchas veces los que eran dueños de pequeñas compañías terminaban perdiendo el control sobre las mismas. Sin embargo, el comprar y fusionar empresas resultaba, como ya se estudió previamente, más costoso y arriesgado.

Aunque los emporios norteamericanos estaban ya realizando alianzas con empresas orientales, esto se debía principalmente a su mano de obra barata, ventaja que no tenían las pequeñas empresas de su propio país. Lo que si ofrecían las pequeñas compañías norteamericanas consistía en rápidas y muchas veces, muy comercializables innovaciones. Algunas empresas orientales, especialmente japonesas, tales como Sony y Fuji, se percataron de esa ventaja y pronto empezaron a firmar alianzas con pequeñas y medianas compañías norteamericanas. Como es ya sabido, la cultura corporativa de los grandes consorcios norteamericanos se basaba en la autonomía, por ello se negaban a realizar alianzas con pequeñas empresas. Pero la crisis de los ochentas del siglo pasado, así como el ejemplo de las compañías orientales, les fueron haciendo cambiar paulatinamente de opinión. Fue entonces que los grandes emporios norteamericanos comenzaron a voltear los ojos dentro de sus propias fronteras y a realizar alianzas con las numerosas pequeñas empresas de su propio país que contaban con importantes innovaciones. Es a partir de entonces que estas alianzas se empezaron a multiplicar en el seno de los Estados Unidos de América.

*“Estas sociedades brindan probados beneficios mutuos tanto para las empresas pequeñas como a las empresas más grandes a las cuales proveen una rápida innovación y de las cuales reciben acceso al mercado veloz y efectivo. Cuando se manejan con éxito, estas son alianzas de empresas exitosas. La gran empresa necesita nuevas ideas, y los entrepreneur las tienen. Las pequeñas empresas necesitan mercados globales y un fuerte financiamiento, que las grandes pueden proveer. Esta sinergia beneficia a las dos partes”*⁴⁰. Cabe señalar que en el citado texto, el autor al hablar de “sociedades” no se refiere a personas morales, sino que este término lo está usando como sinónimo de alianzas estratégicas.

*“Aunque una vez que se desempeñaron por separado, y a menudo hubo oposición entre ellos, ahora los entrepreneur y los ejecutivos corporativos se necesitan más que nunca”*⁴¹. Debido a la creciente competitividad de las empresas, éstas cada vez necesitan más de colaboración entre ellas. Por eso es que el número de alianzas estratégicas se ha multiplicado.

³⁹ Botkin, James. *Et al opcit.* Pag. 12.

⁴⁰ *Ibidem* Pag. 15.

⁴¹ Botkin J. James. *Et al Opcit.* Pag. 7.

Simplemente en Estados Unidos de América, de acuerdo con la revista *Fortune*, se concretaron más de diez mil alianzas en 1996 por un valor de 600,500 millones de dólares. Cabe señalar que estas alianzas se han dado entre empresas grandes, pequeñas y medianas, en muy diferentes sectores, incluyendo el sector servicios, y su complejidad es cada vez mayor. Además, las necesidades empresariales que suelen satisfacer son múltiples, no meramente tecnológicas. Por todo ello es que cada vez más la alianza estratégica se consolida como uno de los métodos a seguir para las empresas dentro del actual milenio.

D) Necesidades que satisfacen las alianzas estratégicas.

Para entender las necesidades empresariales que suelen satisfacer las alianzas estratégicas es necesario resaltar que para que un producto llegue al consumidor final es necesaria toda una serie de actividades. Las alianzas suelen darse precisamente para que las empresas logren completar adecuadamente esa secuencia. Cabe recordar que el concepto de producción abarca no sólo la creación material de los bienes, sino también incluye a los servicios y, en general, a todos los actos que tengan como objetivo llevar los productos, sean bienes o servicios, hasta el consumidor final. La producción se define como *“la serie de procesos para incrementar los bienes y servicios que satisfacen necesidades humanas”*⁴².

Aunque muchas veces los autores han conceptualizado a la producción como la simple manufactura de bienes, este concepto es muy limitado, por lo que se ha ampliado para comprender otras actividades. Esto se debe a que para satisfacer necesidades humanas no es suficiente el hecho de elaborar un artículo, sino también llevarlo hasta el consumidor final, lo cual implica la transportación, distribución, mercadotecnia y comercialización. Estos últimos son esencialmente servicios, y cabe recordar que los servicios también son parte de la riqueza económica, puesto que son susceptibles de satisfacer necesidades humanas y no son estos servicios abundantes, sino por el contrario, escasos. Por lo tanto, el proceso de producir comprende varias etapas, que van desde la investigación y el desarrollo hasta el transporte, la mercadotecnia y la venta. El objetivo de tales alianzas ha de ser el de completar esas etapas buscando una mayor competitividad.

Muchos autores han llamado a esta serie de etapas “cadena de valor”, la cual es definida como *“una secuencia de actividades durante la cual se agrega valor aun nuevo producto o servicio mientras éste hace su camino desde la invención hasta la distribución final”*⁴³. Cabe aclarar, dentro de este concepto, no tiene que tratarse de un producto o un servicio nuevos, sino que dentro de cada etapa de la citada cadena se agrega valor a cualquier producto o servicio.

Una sola empresa, por más grande y poderosa que sea, no suele tener el mismo grado de efectividad en todas esas actividades. Dentro del marco económico actual de innovaciones constantes y globalización, la competencia es cada vez más difícil, por lo que se hace indispensable para las compañías tener una efectividad cada vez mayor en todas las fases de la cadena valor. Por ejemplo, usualmente las grandes empresas suelen tener dificultades en cuanto a la creación de innovaciones, como ya se vio.

⁴² Astudillo Ursúa, Pedro. *Opcit.* Pag. 42

⁴³ Botkin, James, *et al Opcit.* Pag. 20.

Esta secuencia de actividades, esta cadena de valor, tiene tres fases, que son: a) la investigación, el desarrollo y el diseño; b) la manufactura y fabricación, y; c) la mercadotecnia, venta y distribución.

a) Dentro de la primera etapa, es decir, la investigación, el desarrollo y el diseño, las alianzas estratégicas suelen darse por razones tecnológicas. Cabe resaltar que este es el motivo más común para que las empresas formen alianzas. De acuerdo con un estudio realizado por Mariti y Smiley publicado en 1983, el 29% de las alianzas buscan la transferencia de tecnología, es decir, tener acceso a nuevas patentes y propiedad industrial en general. Otro 41% busca la complementariedad tecnológica, es decir, la combinación de factores tecnológicos o la investigación y desarrollo conjuntos. Sumando ambos porcentajes, resulta que el 70% de las alianzas buscan satisfacer las necesidades tecnológicas que tienen las empresas.

b) Dentro de la segunda fase de la cadena de valor, correspondiente a la fabricación y manufactura, las alianzas estratégicas se dan buscando desarrollar relaciones entre clientes y proveedores, adquirir nuevas tecnologías para los procesos productivos, la fabricación conjunta, principalmente mediante la elaboración de componentes, o bien, incrementar la calidad de los satisfactores. Al respecto de este último punto, cabe hacer la reflexión de que, aunque en México el fomento a la calidad no es todavía algo generalizado, *“en la mayoría de los mercados occidentales, la calidad se convirtió en un factor sine qua non de las empresas exitosas y es cada vez menos un factor de diferencia en el mercado”*⁴⁴.

Por lo tanto, internacionalmente el factor de la calidad ya no es un factor de diferenciación entre las distintas empresas que compiten en el mercado. La diferencia suele constituirla más bien la tecnología. Esto se manifiesta estadísticamente. De acuerdo con un estudio realizado por Ricotta con datos del Centro FOR en Italia, basados en información obtenida sobre 1,883 convenios entre empresas realizado entre 1982 y 1985, el 19.7% de las alianzas buscaban la integración de la producción (fabricación de componentes, principalmente), y el 6.4 el desarrollo de relaciones estratégicas de suministro. Como es posible apreciar, el número de estas alianzas es menor al de las que obedecen a razones tecnológicas.

Cabe resaltar que en esta fase de la cadena de valor también se realizan alianzas por razones tecnológicas, no sólo en la fase de investigación, desarrollo y diseño, siendo también aplicables aquí las estadísticas sobre razones tecnológicas para constituir alianzas estratégicas.

c) En cuanto la tercera fase de la cadena valor, la mercadotecnia, las ventas y la distribución, también existen innovaciones al respecto, como ya se vio, hay numerosas alianzas en este sentido. Gracias al desarrollo de las comunicaciones y los transportes, se han hecho en las últimas décadas importantes innovaciones en la comercialización. Precisamente, muchas alianzas buscan completar la cadena de valor en esta etapa, teniendo así acceso a nuevos mercados, compartiendo canales de distribución, o formando otros nuevos. De acuerdo al estudio realizado por Mariti y Smiley, el 21% de las alianzas obedecen a razones de mercadeo, y de acuerdo con el estudio realizado por Ricotta, el 16.5 de las alianzas buscan nuevos canales de comercialización.

⁴⁴ *Ibidem*. Pag. 31

En ocasiones, estas alianzas se dan porque una compañía que requiere ingresar a un nuevo mercado encuentra menores dificultades, tanto para introducirse en un mercado con una cultura distinta, como para cumplir los requisitos administrativos que le exigen las normas del país en cuestión, a través del desarrollo de una alianza estratégica.

E) Ventajas y desventajas de las alianzas estratégicas.

Ventajas para las empresas. El sistema de alianzas estratégicas se ha expandido en el mundo empresarial debido a las numerosas ventajas que ofrece para las empresas que las celebran con respecto a la manera tradicional de hacer negocios. Algunas de estas ventajas se enumeran a continuación:

1°. *Combinación de aptitudes.* Existe una verdadera sinergia cuando se combinan lo mejor de una empresa con lo mejor en de otra, dando como resultado que pequeñas entidades empresariales obtienen un mayor control sobre el mercado por una fracción del costo. Este efecto es llamado por McHugh: *leverage*⁴⁵, lo cual, traducido al español, significa: *apalancamiento*. El tratadista emplea este término expresando que con una palanca, se puede mover mucho mayor peso que sin ella. En consecuencia, a través de una alianza estratégica, mediante la combinación de aptitudes de las empresas (apalancamiento), se puede producir un efecto multiplicador en las utilidades.

2°. *Velocidad.* Hay también un incremento en lo que se refiere a la velocidad, tanto en lo que respecta a la toma de decisiones como en lo referente a la comercialización. El aumento de la velocidad en la toma de decisiones se debe a que se simplifica la toma de ellas puesto que, al no existir las mismas barreras gerenciales para realizar operaciones con la otra o las otras empresas, como el sistema tradicional, no existe tampoco la necesidad de convencer a los superiores en la escalera corporativa.

Y en lo que corresponde a la velocidad de comercialización, ésta también aumenta, habiendo dos posibilidades para que ello ocurra. Una es que la empresa pueda tener a disposición un producto o servicio para comercializarlo inmediatamente en vez de tener que esperar a desarrollarlo por sus propios medios. La otra posibilidad es que a través de la alianza pueda aprovechar algún canal de comercialización para sus productos o servicios y esto sea más rápido que si lo hiciera tan sólo a través de sus propios canales.

3°. *Flexibilidad.* Una ventaja más de este sistema es la flexibilidad, puesto que es posible cambiar más fácilmente las características del producto o servicio para enfrentar las necesidades de un mercado que cambia rápidamente. El conocimiento sumado de las compañías que integran la alianza permite abarcar más asuntos que si la empresa trabajara sola. De esa forma es posible que se dé un rápido reconocimiento de fallas cuando estas ocurran.

⁴⁵ McHugh, Patrick, *et al*, *beyond Business Process Reengineering*. Primera edición. Editorial John Wiley & Sons. West Success. Inglaterra, 1995. Pag. 19.

4°. *Riesgo*. También es posible hablar de que en las alianzas estratégicas se comparte el riesgo, lo cual implica una reducción en el miedo al cambio, porque cada empresa confía en sus capacidades y las inversiones que necesitan hacer son mucho menores a las que hubiera exigido el sistema tradicional, especialmente en industrias como la automotriz en la cual se requieren inversiones realmente importantes. En condiciones normales, una empresa automotriz gasta alrededor de quinientos millones de dólares para desarrollar un nuevo motor y hacer los preparativos para fabricarlo, lo cual da una idea de la magnitud del riesgo que las empresas automotrices asumen. Por ello es que si a través de un sistema de alianzas estratégicas estas compañías pueden reducir sensiblemente esa inversión, esto será sumamente conveniente, ya que el riesgo de pérdida se reparte entre todas.

5°. *Autonomía*. Por otro lado, las empresas conservan su independencia. Ciertamente, los participantes en la alianza estratégica están cooperando unos con otros, pero a final de cuentas cada uno sigue siendo libre y permanecerá en la alianza sólo mientras le sea conveniente. Esto es particularmente ventajoso tratándose de compañías de distintas culturas ya que regularmente en el caso de una fusión entre empresas de países diferentes, al principio siempre existen problemas administrativos.

6°. *Crecimiento y beneficios*. Otro punto a favor de las alianzas es el rápido crecimiento y los crecientes beneficios que las compañías obtienen. Algunos expertos han verificado casos en que empresas de una tercera parte que del tamaño que otras pueden tener un crecimiento dos o tres veces mayor y un rendimiento dos quintas partes también mayor trabajando con el sistema de alianzas estratégicas.

7°. *Clientela sostenible*. Es posible enumerar una ventaja más de este sistema, la cual consiste en el desarrollo de una clientela a largo plazo, ya que cuando los clientes se han acostumbrado a la flexibilidad y capacidad de respuesta de los grupos de compañías que trabajan bajo el sistema de alianzas, las empresas que en ella participen contarán con una clientela más estable, controlando de esta forma a sus competidores.

8°. *Internacionalización*. A través de una alianza estratégica puede ser mucho más sencillo para alguna empresa ingresar a nuevos mercados. De esta forma podrán manejarse mejor las diferencias culturales. En cuanto al gobierno local, podrán satisfacerse mejor los requisitos gubernamentales, así como obtener un tratamiento fiscal más favorable que si la empresa se operara por su cuenta. Además, la compañía local con quien se establece la alianza conoce mejor el mercado en cuestión. La empresa extranjera tendrá menores gastos de personal, pues puede aprovechar al de la compañía local. También puede facilitársele la obtención de financiamiento interno. A su vez, la empresa local puede servirse de los modernos métodos administrativos de la empresa foránea e, inclusive, insertarse en otros mercados conjuntamente con esta última. También puede ser la única forma mediante la que la empresa local evite tener un poderoso competidor.

II. *Desventajas para las empresas.* Por otro lado, este sistema también acarrea consigo algunas desventajas, entre las que destacan las relativas a la convivencia de las sociedades que se asocian entre sí. Pueden surgir numerosas discrepancias en lo que se refiere a la gestión de la alianza, al manejo de la tecnología, particularmente de los secretos industriales y al reparto de los beneficios que la alianza reporte. Además, puede que no se hayan pactado mecanismos adecuados para el caso de que surjan disputas, Es por ello muy importante definir claramente estos puntos en el contrato respectivo, cosa que se estudiará más adelante. Otras dificultades más que se pueden presentar son la eliminación del rol de una empresa si su contraparte es muy poderosa, así como las regulaciones gubernamentales sobre competencia económica.

Otra desventaja que puede darse consistiría en que si la alianza se celebra a nivel internacional, puede darse el caso de que se presente una doble imposición fiscal si no existen tratados al respecto. Otras dificultades pueden consistir en calidad inadecuada o provisión irregular de las materias primas, problemas con la obtención del financiamiento local si el sistema financiero y bancario resulta inadecuado, diferencias con los sindicatos y gremios locales, así como riesgos cambiarios debido a la volatilidad de los mercados. Aun así, los riesgos son menores que la empresa invirtiera sola en un mercado extranjero.

III.- *Ventajas y desventajas para los países receptores.* Puesto que México es un país principalmente receptor de inversiones extranjeras a través de este sistema, cabe estudiar las ventajas y desventajas en relación con el país huésped de alianzas con compañías foráneas.

Las ventajas consisten en que el país en cuestión tendrá un aumento en el proceso productivo, con su consecuente generación de empleos, acceso a nuevas tecnologías, así como al capital extranjero, mejoramiento en la administración de las empresas locales, acceso al mercado internacional a través de los socios foráneos, y aumento de las exportaciones con su consecuente efecto favorable en la balanza de pagos.

Las desventajas pueden consistir en el pago de divisas, utilidades y regalías al exterior, dependencia de bienes de capital extranjero, un indebido control de las exportaciones por parte de las empresas foráneas, así como la probable afectación a las empresas típicamente nacionales. Asimismo, las empresas extranjeras que se asocian con las nacionales, pueden llegar a transformarse en instrumentos de poder político, que influyan en las decisiones gubernamentales, en detrimento de la soberanía de la nación. Además, al no tener la calidad de nacionales, las empresas extranjeras asociadas a las mexicanas, carecen de sentido social y sus decisiones están exclusivamente enfocadas al modelo costo-beneficio.

F) Alianzas estratégicas en otros países

Antes de tratar acerca de cómo se han dado las alianzas estratégicas en nuestro país, es conveniente hacer una breve reseña de la forma en que éstas se han dado en otras latitudes, además de los Estados Unidos. Hay ciertas economías que han contribuido en gran manera a dar forma a las alianzas estratégicas. Entre ellas, Japón, Europa Occidental, Europa Oriental. Se destacan Hungría en Europa Oriental y Suecia en Europa Occidental.

Los expertos en economía y negocios han empezado a darse cuenta de que no siempre lo que funciona en un determinado país ha de funcionar exactamente igual en otro. Ni siquiera es posible asegurar que ha de funcionar. Si bien es cierto que la globalización aumenta los lazos entre las naciones, no elimina las diferencias culturales, o por lo menos no del todo. Por ello, este asunto ha de servir de referencia, pero no debe llevar nunca a una conclusión extralógica.

Japón es el más grande competidor de Estados Unidos y con compañías tan grandes como las de aquel país. Sus grandes empresas, tales como Sony y Kubota, fueron las primeras que aceptaron alianzas estratégicas con pequeñas y medianas compañías estadounidenses, antes inclusive de lo que hicieran las grandes empresas del país norteamericano.

Por otro lado, Japón es una nación fuertemente conservadora. Sus tradiciones son muy difíciles de romper: especialmente las familiares son aún sumamente trascendentes. En Japón existe un sistema de empleo de por vida, que garantiza al joven graduado de la universidad que siempre a de tener un puesto disponible en alguna compañía japonesa, mientras el mismo no renuncie a su puesto. Es por ello que no es fácil que algún ejecutivo renuncie y ponga su propia compañía. Inclusive sería mal visto por su propia familia.

Además, el *internal venturing* sí ha dado resultados en Japón, a diferencia de Estados Unidos. Recordemos que esta es la estrategia interna autónoma que tiene una empresa para crear innovaciones y consiste en destinar recursos de la propia empresa hacia un pequeño grupo que trabaja en algún proyecto de investigación, diseño y desarrollo, además de su trabajo habitual. Este proyecto no enfrenta barreras por parte de los propios ejecutivos de la empresa, por lo que se dice que trabaja en forma autónoma.

En Japón, debido a su disciplina y lealtad cultural, esta estrategia si ha pagado dividendos. Por ello, muchas grandes compañías japonesas han encontrado un sano equilibrio en sus estrategias de innovación, combinando el *internal venturing* con la adquisición y fusión de empresas y con alianzas estratégicas.

Los empresarios japoneses no ven con buenos ojos la elevada cantidad de fracasos que se dan en las compañías de los Estados Unidos. Las empresas japonesas suelen centrar más su atención en el largo plazo. Sus proyectos se evalúan a periodos de amortización, es decir el transcurso en que tarda una empresa en recuperar el capital invertido, que duran de tres a cinco años, por lo menos. Mientras tanto, en los Estados Unidos las grandes firmas buscan recuperar más rápidamente su inversión, muchas veces en cuestión de meses.

La práctica de las *entrepreneur* estadounidenses, es decir pequeños emprendedores, las pequeñas empresas innovadoras, tienen su contrapartida en las *kaizen* y las *keratsu* japonesas. Estas pequeñas compañías, a pesar de que son muy numerosas en Japón, suelen buscar alianzas con compañías europeas o norteamericanas para evitar quedar cautivas de las empresas de su país.

Por otro lado, los japoneses han sido entrenados en sus universidades para buscar mejoras, no sólo tecnológicas, sino en cualquier campo y, específicamente en su área de trabajo. Por esta razón. Tanto las pequeñas como las grandes compañías japonesas han visto con buenos ojos las alianzas estratégicas entre sí y con pequeñas y grandes empresas de otras latitudes. Cualquier innovación al proceso productivo es bien recibida. La cultura de las grandes compañías japonesas no tiene como tabú la autosuficiencia como si se presenta en las de los Estados Unidos.

La Unión Europea, por su parte, ha sido un pilar en lo que se refiere a la formación y consolidación del sistema de alianzas estratégicas en el mundo. Paralelamente a la integración de las economías de los Estados miembros, se ha llevado a cabo una integración de sus empresas entre si y con las del resto del mundo. Además, la regulación jurídica que se ha hecho sobre las alianzas estratégicas es de las más avanzadas del mundo.

La importancia económica del comercio exterior en esa región es fundamental. Mientras que en Estados Unidos las exportaciones alcanzaron en 1999 el 8.1% de su PIB, en Francia alcanzaron el 19.4%, en el Reino Unido el 18.3, en Alemania el 28.7, y en Bélgica la impresionante cifra de 65.4%. El porcentaje medio fue 26.6%. La mayor parte del comercio exterior se lleva a cabo con países que también son miembros de la Unión Europea. Sin embargo, muy buena cantidad se realiza con países que no pertenecen a la Unión.

Esta importancia del comercio exterior se refleja en las compras internacionales de empresas. Mientras que en Estados Unidos se realizaron 609 operaciones en 1989 con valor de 27,591 millones de dólares, y en Japón tan sólo 195 por 14,729 millones de dólares, en la Unión Europea, 1,693 operaciones por valor de 63,683 millones de dólares. Esta cifra, sin embargo, se ha reducido a 959 en 1993 con valor de 30,465 de dólares.

En este sentido, Europa también ha seguido la tendencia mundial: Reducción de las adquisiciones y fusiones de empresas y aumento de las alianzas estratégicas. Según el reporte sobre la política de competencia elaborado por la Comisión Europea en 1989, el número de alianzas estratégicas intracomunitarias en el periodo de 1986- 1987 se elevó un 50% con relación al periodo 1987- 1988. Además, muchas empresas de países que no pertenecen a la Unión, especialmente norteamericanas, canadienses y japonesas, han realizado alianzas con empresas europeas. Esto ha sido para aprovechar tanto la competitividad de las empresas europeas como el gran mercado de la Unión Europea. Adicionalmente a esto, muchas empresas europeas han realizado alianzas con empresas de Europa Oriental.

En Francia, dos de las compañías que se han destacado por las alianzas estratégicas que han realizado son Renault y France Telecom. La compañía automotriz Renault ha realizado alianzas con Peugeot, Matra, Chrysler, Daf, Volkswagen y Toyota. La mayor parte de estas alianzas versan sobre el desarrollo y diseño, la producción conjunta y la elaboración de componentes. En tanto, France Telecom ha realizado alianzas con Deutsche Telekom en Alemania, U.S. West en Estados Unidos, ASCII Net en Japón, el Ministerio de Comunicaciones en Rumania, PTT en Polonia y General Mobile en India. El objetivo de estas alianzas va desde la modernización de las

redes hasta el desarrollo de redes celulares y desarrollo de páginas amarillas electrónicas.

Por otra parte, entre las grandes compañías del Reino Unido en este sentido se destaca British Telecom. Las alianzas más importantes que ha realizado han sido con las mundialmente famosas AT&T y MCI, que se cuentan entre las alianzas estratégicas más importantes que se hayan realizado a nivel mundial. Además, muchas pequeñas compañías de este país que tienen contacto con la Universidad de Cambridge han desarrollado tecnologías innovadoras y esto ha representado una buena opción para firmas japonesas o norteamericanas en lo que se refiera a la celebración de alianzas.

Aún mucho más que en la mayor parte de los demás países de la Unión Europea, las alianzas estratégicas han florecido en Suecia, siendo en este nórdico país el lugar de origen de muchas prácticas corporativas que han ido renovando y modificando este tipo de alianzas. Una de las grandes empresas de Suecia es Scandinavian Airlines Systems, la cual en 1986 realizó una de las alianzas estratégicas más importantes que se hayan hecho, firmó un contrato de alianza estratégica con líneas aéreas de otras latitudes, y con empresas relacionadas con viajes y hoteles, con el objeto de dar un servicio integral a los pasajeros, enfocándose primordialmente a los viajes de negocios.

Algunas de los socios de Scandinavian Airlines Systems son Continental Holdings en Estados Unidos, Canadian Airlines en Canadá, ANA en Japón, British Midlands en el Reino Unido, Thai Airlines en Tailandia, Lan Chile en Sudamérica, Swiss Air, Líneas Aéreas Austriacas y Finn Air en Europa. De esa forma se expandió el servicio en forma global, además de darle un servicio más completo al pasajero, no sólo en lo que respecta a su vuelo, sino también en cuestiones relacionadas con éste.

Esta alianza no tuvo precedentes en el mundo, tanto por el número y tamaño de las empresas involucradas, como por la heterogeneidad cultural de estas, además de su consiguiente complejidad. Esta alianza estratégica es el ejemplo más notable acerca de este tema en Suecia. Sin embargo, existen otras muchas alianzas que se han llevado a cabo en aquél país, y que han servido de ejemplo inclusive para países como los estados Unidos de América o Japón.

Uno de esos ejemplos lo constituye la compañía Perstorp, empresa que se dedica a especialidades químicas, la cual tiene un gran contacto con los emprendedores de su país, especialmente con las pequeñas empresas formadas por investigadores de las universidades en materia de biotecnología. De esta forma, no pocos pequeños empresarios que a su vez son investigadores académicos, pueden ahorrarse mucho tiempo en lo que se refiere al crecimiento de su empresa, puesto que la alianza con la gran compañía sueca les permite incursionar en mercados globales en forma rápida, por la credibilidad que ella les procura.

Un dato importante resulta el consistente en resaltar que Suecia tiene la tradición de contar con un buen número de inventores, algunos de ellos verdaderamente importante en la historia científica y tecnológica mundial. De hecho, Suecia presume de contar con la mayor concentración de inventores en el mundo; es decir, posee la mayor cantidad de inventores, en proporción a sus habitantes totales. Esto no es casualidad: Suecia tiene implantados programas de apoyo público para inventores. Cuenta con una asociación

nacional de inventores, de un gran prestigio mundial y una extraordinaria fuerza económica y política. Este país tiene organizado de manera institucional, el Premio Internacional de Inventores y la Medalla de Oro de la Real Academia Sueca de Ciencias de la Ingeniería, pero sobre todo, cada año otorga los Premios Nobel a los más destacados hombres de ciencia en el mundo. Todo lo anterior es una prueba de que la investigación, el desarrollo de la ciencia y de la tecnología, la cual se inicia y se centra en las universidades del país, coloca a Suecia como un país digno de imitarse en este campo.

En otros países de Europa oriental los cuales hasta hace relativamente poco tiempo se encontraban inmersos en un sistema de economía centralmente planificada, y que ahora se encaminan vigorosamente hacia una economía de libre mercado, que están poblados por una diversidad de razas, con leguas, costumbres y culturas diferentes, han hecho un gran esfuerzo por reestructurar sus economías nacionales y por incorporarse a sistemas globalizados. Este esfuerzo se nota principalmente en la República Checa, en Hungría y Polonia. En estos países se puso de manifiesto la ineficacia del monopolio estatal. Se puede citar como ejemplo a la empresa Trabant de Alemania oriental, que se dedicaba a fabricar automóviles, y era la única empresa que lo hacía en el país, constituyendo un monopolio de estado. Después de la caída del Muro de Berlín, y el reagrupamiento de las dos Alemanias, los vehículos fabricados por esta empresa resultaron invendibles, por su atraso tecnológico, en comparación con aquellos que eran fabricados por Alemania Occidental. Esta misma situación aconteció con los aparatos electrodomésticos y con otros bienes fabricados por las empresas monopólicas del gobierno socialista alemán ahora extinto.

El inicial arranque optimista de los países pertenecientes de antiguo, al bloque socialista de la Europa oriental, decreció ante el duro camino de la privatización. El desbordamiento de las importaciones y la carencia casi total de las exportaciones ocasionó una balanza de comercio más que desfavorable en aquellas naciones, lo que causó en un principio, un espectacular desplome del Producto Interno Bruto (PIB), en casi todos esos países. La recuperación ha sido lenta y penosa, pero lo están logrando gracias a su dedicación y esfuerzo.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, fueron las grandes empresas de esos países las que sucumbieron con mayor facilidad ante el fenómeno de la apertura económica. Las pequeñas compañías con menos de 50 empleados, crecieron rápidamente. Una de las mayores ventajas competitivas que tienen varias naciones de Europa del este, como Hungría o la antigua Alemania oriental por ejemplo, fue su tradición tecnológica. La mano de obra en estas naciones estaba altamente calificada, aún en su etapa socialista y ahora, responde esa mano de obra a los mayores reclamos del avance económico, aparte de que dicha mano de obra es más barata proporcionalmente que en los países de Europa occidental.

Hungría es el modelo más demostrativo del cambio experimentado por los países de Europa oriental. Este país dejó rápidamente de ser un simple proveedor de mano de obra calificada barata, para transformarse en una nación con notables avances industriales. Se crearon después de la apertura, más de 3,400 empresas colectivas las cuales, tienen relaciones muy estrechas con empresas de la Europa occidental. De hecho, el vocablo *joint venture*, es el término más usado en Hungría para designar las relaciones empresariales con occidente. La mayoría de esas relaciones han sido entre grandes

empresas, como la húngara Tungstram, fabricante de componentes electrónicos, que se asoció con la empresa estadounidense General Electric. Es obvio que la última ha modernizado a la primera, pero ésta conserva su autonomía patrimonial y operativa.

Una cuestión muy importante fue la de la privatización es decir, el proceso por el cual la empresa de capital público pasó a ser de capital privado. Eso implicó que también la propiedad y el control de las empresas estatales han de pasar a manos particulares. La solución a que se llegó en numerosos casos fue la de la formación de cooperativas, o la venta de acciones al público. No se hizo dicha privatización a favor de una sola o de unas cuantas personas en particular, sobre todo por problemas monetarios, puesto que las devaluaciones llegaron a niveles sin precedente.

Un dato interesante resulta el hecho de que el espíritu emprendedor estaba casi muerto en esas naciones, debido a las prohibiciones que impusieron los gobiernos socialistas. Por ejemplo, en Hungría, país emprendedor por tradición, durante el socialismo se prohibieron las empresas que tuvieran menos de 20 empleados. En consecuencia los húngaros tuvieron que trabajar como asalariados en las grandes empresas del estado. Actualmente, a pesar de los problemas económicos y monetarios, en Hungría las pequeñas y medianas empresas están prosperando espectacularmente y sus alianzas estratégicas con empresas de Europa occidental y aún asiáticas y estadounidenses, son cada día más comunes.

Como ejemplo de lo anterior, se puede citar a la compañía Húngara Szki, que elabora programas de computación. Los citados programas resultaron más avanzados que aún los hechos en estados Unidos de América, y a un precio infinitamente menor. Sin embargo, esta empresa no tenía la experiencia necesaria para competir en los mercados internacionales, por lo que recurrió a compañías occidentales y realizó alianzas estratégicas con el objetivo de poder exportar. Esto demuestra que la semilla del desarrollo que es la tecnología, es un producto natural de buenos centros de investigación académica en las universidades, aún frente al poderos capital de gigantes corporativos.

Sobre este aspecto se puede concluir que fueron los pequeños y medianos empresarios de los países de Europa oriental los que han sido pilares en la transición del antiguo bloque socialista a una economía de mercado. Si bien es cierto esa transición ha causado crisis económica, algunas muy profundas, la salida hacia mejores situaciones no está lejana para esas naciones, gracias a la decisión que han adoptado gobierno y empresarios, para dar a la propiedad privada el impulso y las garantías legales de operación y trabajo que ésta necesita. El complemento de esas políticas públicas de producción y comercialización, han sido las alianzas estratégicas que los empresarios de esas naciones, hicieron con empresas occidentales.

La investigación tecnológica académica, aún en pleno auge del dominio socialista, hizo menos penosa la incorporación a una economía de mercado a países como Hungría, República Checa, Polonia o Alemania oriental. Este modelo de motivación y desarrollo tecnológico en los centros educativos, debería tomarse como fuente de inspiración en los países latinoamericanos los cuales pocos, muy pocos recursos aplican a la investigación y avance tecnológico en las universidades.

Cabe destacar que existe una gran diferencia en lo que se refiere a las alianzas estratégicas entre compañías de países desarrollados entre sí, y de estas empresas con otras, ubicadas en países en desarrollo. *“Para muchas empresas de países desarrollados, el modelo global de sus estrategias internacionales, pasa en buena medida por la inversión en el exterior o bien por la conformación de algún tipo de alianza estratégica. A la inversa, muchas empresas de naciones en desarrollo, van volcándose a la cooperación y la asociación internacional con firmas de otros países por la necesidad que tiene de capital, financiamiento, tecnologías, equipamientos, management o acceso a mercados, ofreciendo a cambio, una parte de capital, recursos naturales o bien, mano de obra de bajo costo”*⁴⁶.

Empresas de países como Estados Unidos de América, Alemania, España, Italia, Francia, Reino Unido, Holanda o Japón, han celebrado alianzas con empresas de América Latina. A pesar de las asimetrías entre las economías, muchas de esas alianzas han tenido éxito. Aunque existen pocos datos al respecto, se conocen alianzas estratégicas que versan sobre proyectos agrícolas, agroindustriales, manufactureros, mineros y de servicios turísticos.

Aún así Colaiácovo afirma lo siguiente: *“En América Latina, los movimientos en este sentido han sido tenues y débiles hasta ahora. Sin embargo, algunos ejemplos pueden contabilizarse en forma positiva. México, tal vez sea una de las naciones más beneficiadas por la captación de joint ventures, en virtud de su vecindad con el mercado estadounidense y de su legislación sobre la industria de la maquila”*⁴⁷.

G) Alianzas estratégicas en México

En México no se habían dado grandes concentraciones de empresas sino hasta los años ochentas, cuando cambió la legislación, liberalizando la economía y la actividad comercial. Fue entonces que empezaron a multiplicarse las adquisiciones y fusiones, aunque aún no las alianzas estratégicas. Se fueron creando grandes consorcios, como Carso y Femsa, los cuales devoraron a pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, la apertura comercial que se ha dado a partir de la entrada de México al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1986, y sobre todo, luego de la entrada en vigor del TLCAN, el entorno ha cambiado para las empresas nacionales.

En México, debido a la falta de innovaciones tecnológicas, las pequeñas empresas han tenido demasiados problemas para competir con las empresas del exterior. Como ya se había mencionado, la mayoría de las alianzas se realizan a nivel mundial por razones no sólo económicas, sino también tecnológicas, por lo que en México es urgente dar prioridad a este aspecto, si lo que se busca es la competitividad a nivel internacional.

Las alianzas que se han dado en México, más bien han sido entre grandes empresas mexicanas y empresas extranjeras también grandes. Las compañías extranjeras han buscado, a través de estas alianzas, penetrar en el mercado mexicano, así como en el gran mercado regional que resultó con motivo de la entrada en vigor del TLCAN. También han buscado ingresar en el sector de la maquila, debido a los bajos costos de mano de obra en el país. En este sentido, cabe aclarar que no pocas empresas han

⁴⁶ Colaiácovo, Juna Luis, *et al*, *Opcit.* Pag. 131.

⁴⁷ *Ibidem.* Pag. 133.

preferido establecer maquiladoras en países de Europa oriental, debido a que la mano de obra, también barata, está mejor calificada. La ventaja de México en este sector, ha sido su proximidad geográfica con los estados Unidos de América y con los países latinoamericanos.

Para las empresas mexicanas, el celebrar alianzas estratégicas ha representado una oportunidad para modernizarse y evitar que se forme una desigual competencia con empresas extranjeras. Un ejecutivo del Grupo financiero BVV-Bacomer aseguró: *“Muchas amenazas del entrono global pueden neutralizarse con las asociaciones o alianzas con empresas extranjeras fuertes”*⁴⁸

Aunque no existen datos específicos sobre alianzas estratégicas en México (se extraña la eficaz vigencia de la ley que otorga el derecho a la información), la Comisión Federal de Competencia Económica lleva un registro sobre las concentraciones de empresas que tengan relevancia en relación con el tamaño del mercado. De 80 concentraciones que le fueron notificadas en 1989, el número de concentraciones se incrementó a 166 en 1996, y a más del doble, tres años después.

Una de las alianzas estratégicas más exitosas que se hayan verificado en México, fue la que se llevó a cabo para edificar la presa hidroeléctrica de Huites, en el estado de Sonora. Tres empresas mexicanas: ICA, Grupo Mexicano de Desarrollo y La Nacional, se aliaron con cuatro empresas extranjeras: Oderbrecht de Brasil, Siemens de Alemania, Voest Alpine de Austria y Energo Mashexpoort de Rusia. Esta gran red de empresas logró construir la mencionada presa en un tiempo récord de tres años, cuando otras presas de la misma naturaleza habían tardado de cuatro a siete años. La alianza se disolvió en 1996, pero ICA y Oderbrecht han realizado una nueva alianza para construir una presa en Indonesia.

En el sector financiero se registró un reacomodo sin precedentes. Debido a los problemas financieros de numerosos bancos, se permitió a instituciones foráneas obtener cierto control sobre bancos mexicanos tales como Probursa, Inverlat y Mexicano, y muchos otros han firmado alianzas con otros bancos extranjeros. Hasta 1997 sólo Banamex y Banorte no habían caído en estos supuestos. Además la puesta en marcha de las instituciones conocidas como Afores, las cuales administran fondos para el retiro, trajo consigo una oleada de alianzas entre instituciones financieras nacionales y extranjeras.

En el sector comercial, las empresas extranjeras han cambiado la inversión directa por la licencia de marca como estrategia, debido a la crisis en el sector que se ha dado desde 1994. K-Mart y Sears Roebuck decidieron vender sus unidades en México. Grupo Carso adquirió el 60% de Sears Roebuck. La excepción a esta tendencia es el caso de Wal-Mart, empresa que sigue haciendo importantes inversiones directas en conjunto con el mexicano Grupo Cifra. Entre ambos invirtieron un total de \$220 millones de dólares en 1997, sus resultados no han sido del todo satisfactorios. Finalmente, un caso de alianza estratégica que no logró prosperar fue el de Comercial Mexicana con la empresa francesa Auchan, quienes no lograron coordinarse adecuadamente, y la alianza se está dando por terminada.

⁴⁸ Pérez Moreno, Lucía. Expansión, No. 718. Informe especial: Alianzas estratégicas. Matrimonios por conveniencia. México, D.F., 18 de junio de 1998. Pag. 82.

Es posible concluir que el celebrar alianzas estratégicas se está convirtiendo en un factor clave para que las empresas mexicanas puedan competir dentro de un marco global. Muchas veces, esta puede ser inclusive, la única opción. Como ejemplo de la importancia de las alianzas se puede citar a la empresa tabacalera La Moderna, la cual se ha consolidado en base a realizar alianzas estratégicas y, por el lado contrario, tenemos a la Tabacalera Mexicana, la cual se ha visto superada y marginada al no haber realizado alianzas con otras empresas.

Por todas las consideraciones anteriores, es claro que las alianzas estratégicas se irán multiplicando en México, siguiendo la tendencia mundial, por lo que es sumamente importante conocerlas y estudiar el marco legal que las rige.

(CONTINUARÁ)

EL DERECHO DEL NASCITURUS

La capacidad jurídica del nasciturus para la interposición del juicio de amparo

Por: Lic. Donato Cárdenas Durán*

La historia del derecho mexicano, nos muestra que el amparo es una institución resultado de la cultura jurídica nacional que ha nacido esencialmente con la intención de proteger los derechos fundamentales de la persona contra los excesos de autoridad por parte del Estado.

El ejercicio de la acción para hacer valer los derechos fundamentales, implica el cumplimiento de una serie de presupuestos jurídicos, entre los que se encuentra la capacidad jurídica de quien ejerce la acción.

La controversia que se suscita, y que da origen a este ensayo, es sobre la capacidad jurídica del *nasciturus* para oponerse a una resolución de una autoridad y que implique el privarlo de la vida.

Para resolver la controversia se hará referencia a diferentes conceptos, con la intención de dar claridad a la trascendencia de la posición de la autoridad de amparo con relación al caso concreto: *nasciturus*, persona, personalidad y capacidad jurídica, son términos cuyo significado son indispensables para tomar una posición sobre la procedencia de la acción de amparo.

Es pertinente aclarar también que se utilizarán las metodologías de la jurisprudencia de conceptos y de intereses, la Constitución Mexicana, la Ley de Amparo, el Código Civil Federal, el Código Penal Federal, la doctrina sobre el derecho y algunos criterios jurisprudenciales, con la intención de aproximarse a la probabilidad de la procedencia del juicio de amparo que se presenta en la conclusión en este ensayo.

A. *Nasciturus*

Rafael de Pina define al *nasciturus* como “el ser humano no nacido, pero ya concebido”.³⁷ De este término se pueden deducir otros conceptos: ser humano, nacimiento y concepción. La concepción es un término que se refiere a la idea de formación, en este caso, a la formación de la vida. Con relación al ser humano, indica la esencia de identidad de pertenencia a una especie: persona. Por otra parte, el nacimiento es un término que hace alusión a la acción de salir del vientre, por lo que *a contrario sensu* el no nacido, no ha salido del vientre.

Con relación al nacimiento, el artículo 337 del Código Civil Federal, establece: “Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.”

Así que la idea del *nasciturus* indica la vida en formación de una persona que no ha sido desprendida del vientre.

* Director del Departamento de Derecho. Campus Monterrey.

³⁷ Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara. *Diccionario de derecho*. Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 358

B. Persona

La idea de persona es uno de los conceptos jurídicos fundamentales. Con el término de persona se pretende designar algo más que al hombre, es decir, se refiere esencialmente a la dignidad del ser humano.

En sentido jurídico, persona es el sujeto de derechos y obligaciones en la medida que pretenda realizar ciertos fines que merecen la protección y la garantía del ordenamiento jurídico.

Ignacio Burgoa escribe que *“el gobernado, a través de su persona, es susceptible de afectarse por un acto de molestia en sentido lato, en los siguientes casos: 2. Cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones.”*³⁸

Javier Hervada dice que *“Persona es todo ser humano, cualquiera que sea su condición”*.³⁹ De acuerdo con las ideas de Burgoa y Hervada, si el *nasciturus* es una persona no nacida, cualquier perturbación que pretenda restringir su capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, es acto de violación.

Aunque el término de persona es considerado un concepto técnico-jurídico, no tiene ningún significado si no es asociado a un ser cuya capacidad natural de racionalidad lo diferencia de otros seres de la naturaleza. Al término persona se encuentra unida la capacidad natural racional de pensamiento.

Es necesario identificar el término persona como concepto natural, a diferencia del término de derecho que se le identifica como un concepto cultural. El derecho es cultura y la persona es natura.

Para el logro de la protección de los fines de la persona, se construye el concepto de personalidad. El carácter teleológico de la persona es considerado de gran valor para el jurídico.

C. Personalidad

La personalidad es una construcción cultural para que la persona pueda *“actuar como sujeto de relaciones jurídicas concretas y determinadas”*.⁴⁰

La persona se manifiesta en múltiples dimensiones: otológica, jurídica, ética, moral, religiosa, etc. La dimensión jurídica de la persona se manifiesta en la personalidad, es decir, el ser sujeto de derechos y obligaciones, que no se confunde con el conjunto de derechos que posee la persona desde el momento de su concepción. De tal manera que no se puede negar el derecho a la vida del *nasciturus*, por lo que, en su caso, cualquier acción que le impidiera nacer, sería un acto de perturbación para restringir su derecho de adquirir derechos y obligaciones.

³⁸ Ignacio Burgoa O. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 337.

³⁹ Javier Hervada. *Introducción crítica al derecho natural*. Editora de Revistas, México, 1988, pág. 125

⁴⁰ Ignacio Galindo Garfias. *Derecho Civil*. Porrúa, México, 1976, pág. 306

La personalidad es una cualidad de la persona que el derecho toma en cuenta para regular su conducta en una época y lugar determinado.

Esta cualidad de las personas, implica una serie de atributos que las diferencian en sus relaciones jurídicas. En virtud de que el tema de este ensayo es sobre la procedencia del amparo a favor del *nasciturus* y con la intención de evitar distractores, sólo se describirán aquellos atributos de la personalidad considerados como necesarios para el ejercicio de la acción de amparo y que se establecen en artículo 116 de la ley correspondiente, como requisitos para la presentación de la demanda de amparo: nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre.

C1. Nombre

El nombre es el atributo de la personalidad que señala a una persona individualizándola.

El nombre está compuesto de dos elementos:

1. El nombre propio, que es más de origen histórico que esencial, y
2. El nombre patronímico, que se considera como la parte esencial de identidad del ser humano, ya que vincula a la persona a un determinado grupo familiar y al mismo tiempo implica un derecho subjetivo para impedir que otro sujeto interfiera en al esfera jurídica de la persona a la que identifica.

En el caso del *nasciturus*, el nombre se lo adquiere como consecuencia de la filiación consanguínea. Así que la filiación del *nasciturus* en relación con la madre, se da por el hecho biológico de la concepción.

Aunque existen otras formas de adquisición del nombre, como el reconocimiento, la adopción o por sentencia judicial, la identidad para el *nasciturus* es el hecho de la concepción.

Mientras que el nombre propio se adquiere por la declaración del padre, la madre o de ambos (o por quien lo presente para registrarle el nombre), ante el oficial del Registro Civil. Este nombre es impuesto por voluntad de los que lo presentan ante la autoridad.

Por lo que siendo el patronímico el elemento esencial como signo de identificación de la persona y que se adquiere por virtud del hecho biológico de la concepción, en el caso de la madre y por reconocimiento en el caso del padre, existen además otros elementos de presunción para asignarle el nombre al *nasciturus*: en el caso de la mujer casada, se presume que el hijo concebido por una mujer casada es de su marido, por lo que el nombre del concebido estará integrado por el apellido o patronímico de su madre y el de su padre.

En el caso del elemento del domicilio, la regla general es que el domicilio de los menores es el de las personas a cuya patria potestad está sujeta. Así lo establece la fracción I del artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal⁴¹.

D. Capacidad jurídica

Siendo la persona un concepto natural y el derecho una construcción cultural, lo que determina el derecho no es la capacidad natural sino la capacidad jurídica de la persona, pero no a la persona misma, que es antes que el derecho.

Así lo establece el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal: “*La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.*”

Pero no sólo el Código Civil protege al *nasciturus*, sino también en el artículo 329 Código Penal que establece que el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.⁴²

El aborto es la muerte del concebido. Rafael de Pina define al concebido como “*el ser humano que no ha nacido, pero que tiene vida intrauterina y el cual está bajo la protección de la ley, teniéndolo por nacido para los efectos que le sean favorables*”, por lo que se puede concluir que no se puede matar lo que no tiene vida, sino por el contrario, el *nasciturus* tiene vida y conforme al Código Penal está protegido.

Lo que significa que, si el *nasciturus* no tiene capacidad de goce para efectos del Código Civil, sí está protegido desde el momento de su concepción y entra bajo la protección de la ley como persona. El que no tenga capacidad, no significa que no sea persona. Es persona y por lo tanto entra bajo la protección no sólo del Código Civil, sino también del Código Penal y la Constitución Política, entre otros ordenamientos.

Por otra parte, el Amparo es el instrumento jurídico mediante el cual se hacen valer los derechos fundamentales contra los excesos de Autoridad.

Procede la acción de amparo a nombre y en representación del *nasciturus* cuando éste se vea amenazado en su integridad física, porque:

1. *El nasciturus* es persona y está protegido como concebido en todo aquello que le favorezca o lo perjudique, contra cualquier acto de perturbación que implique impedirle adquirir personalidad, y como consecuencia para la adquisición formal de sus derechos.
2. El artículo 22 de la Constitución Mexicana, prohíbe la aplicación de la pena de muerte y describe sólo aquellos casos en los que se podrá aplicar. El párrafo

⁴¹ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal. Comentado. Tomo I Libro Primero, de las Personas. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1998, pág. 35

⁴² Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Volumen IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 1998, pág. 2249

segundo del artículo 14, del mismo ordenamiento establece que, “nadie podrá ser privado de la vida...”⁴³

3. El Artículo 4° de la Ley de Amparo establece que “El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudica la ley, el tratado internacional, el reglamento, cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de acto que corresponda a una causa criminal, por media de algún pariente o persona extraña en los casos en los que la ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor”.
4. El Artículo 5° del mismo ordenamiento, establece que “son partes en el juicio de amparo: I. El agraviado o agraviados...”
5. El Artículo 17 de la citada ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, establece que cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida... y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquier otra persona en su nombre.
6. Conforme al artículo 166 de la Ley de Amparo, la demanda deberá formularse por escrito, en la que se expresará:
 - I. El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueva en su nombre;
 - II. El nombre y domicilio del tercero perjudicado;
 - III. La autoridad o autoridades responsables;
 - IV. La sentencia definitiva que hubiese puesto fin al juicio...
 - V. La fecha en que se haya notificado la sentencia...
 - VI. Los preceptos Constitucionales cuya violación se reclame y el concepto o conceptos de la misma violación;
 - VII. La Ley que en concepto del quejoso se haya aplicado inexactamente o la que dejó de aplicarse, cuando las violaciones reclamadas se hagan consistir en inexacta aplicación de las leyes de fondo...
7. El *nasciturus* cumple con las condiciones para promover el Amparo en el caso de que su integridad física se vea amenazada: es persona y tiene nombre, puesto que la asignación del nombre es por el hecho de la filiación consanguínea. Tiene domicilio, puesto que le pertenece el que corresponde a sus padres.

Con relación a lo anterior se ha emitido el siguiente criterio jurisprudencial:

Personalidad en el amparo. Si el individuo a quien perjudica el acto, está imposibilitado para promover el juicio de amparo, podrá hacerlo otro, en su nombre, aún cuando sea menor de edad o mujer casada, sin la intervención de sus legítimos representantes, y debe entenderse que esta personalidad subsiste para continuar el juicio de

⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada. 15ª ed., Editorial Porrúa y UNAM, México 2000, pág. 163 y 327.

garantías, mientras subsista la imposibilidad del agraviado, para promover.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis comunes, pág. 2117

En este mismo sentido:

Amparo a nombre de otro: Para que proceda el amparo a nombre de otro, lo importante es que los actos reclamados perjudiquen a la persona o al patrimonio del representante y no del representado.

Quinta época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XC, pág. 2254

Otro criterio en el mismo sentido:

Cuando el promovente del juicio de garantías, no es la parte quejosa por la imposibilidad del agraviado para firmar la promoción al encontrarse incomunicado, debe decirse, que esta representación tiene el carácter provisional en términos de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley de Amparo, la cual deja de surtir efectos cuando la persona a cuyo nombre se llevó a cabo la solicitud de protección constitucional, se encuentre en aptitud de continuar el juicio de amparo.

Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI Mayo, pág. 370

Bibliografía

De Pina, Rafael y de Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. Editorial Porrúa, México, 1986.

Burgoa O., Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, México, 1998.

Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Editora de Revistas, S.A. de C.V., México, 1988.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México, 1976.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tomo I 15ª ed. Porrúa y UNAM, México, 2000.

Código Civil Federal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de Marzo de 1928

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Volumen V México

Ley de Amparo. Colección de Leyes y Códigos. Anaya Editores. México, 1999

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA ¿ES ILÍCITA?

Por: Centro de Investigación Jurídica.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Existe un viejo refrán que señala que: *El que no enseña no vende*. Este importante dicho popular tiene una gran parte de verdad. Así se tiene que dentro de la mercadotecnia actual, el refrán citado es toda una realidad, porque es cierto que quien no se anuncia, que quien no promueve los bienes que produce o los servicios que presta, sin lugar a dudas carecería de penetración y aceptación en el mercado y terminaría quedando fuera de él. En efecto, esos bienes pueden ser muy buenos, pueden satisfacer de manera muy eficaz y oportuna las necesidades de numerosas personas, pero si éstas no saben de su existencia, no estarán en condiciones de adquirirlos o utilizarlos. Puede el producto o el servicio tener calidad de excelencia, pero si el público consumidor no los conoce, no recibe información sobre sus utilidades, bondades, calidad, precio, necesidades o deseos que satisface y otros requerimientos importantes, lo más seguro es que ese productor fracase en el mercado. Podría tratarse inclusive, de un bien o de un servicio único es decir, carente de competidores en el mercado, pero aún así el consumidor necesita saber de la existencia de ese bien. La publicidad en este caso, resulta importante, tanto para los productores, como para los potenciales consumidores.

Hay en uso otro adagio popular que reza: *Todas las comparaciones son odiosas*. El sentido de esta frase significa que cuando se hace una comparación entre dos personas, objetos, acciones, ideas o cualesquiera otras cosas, debe partirse del hecho de que es una posición no deseada pero frecuente, y que dicha comparación se hace numerosas veces, de manera tendenciosa o con defectos que distorsionan la realidad, produciendo una información falsa, incompleta, denigrante para el objeto comparado, así como para el productor o titular del mismo, cuyo resultado para el potencial consumidor, llega a ser no es del todo satisfactoria. De ahí que la publicidad comparativa exige requerimientos y actitudes más requisitorias que una publicidad unilateral o no comparativa.

La publicidad como requerimiento básico de un sistema de mercado de un bien o un servicio, es un instrumento técnico, pero que debe desarrollarse dentro de un marco jurídico, debido a las constantes relaciones que genera entre los productores y los consumidores o entre los productores mismos. El objetivo de este estudio es analizar el citado marco jurídico, pero por razones evidentes, será necesario aunque sea brevemente, introducirse en el contenido y procesos técnicos de la publicidad, a fin de estar en condiciones más adelante, de evaluar los requerimientos jurídicos de esta importante materia. Así, se efectuarán en primer lugar, una serie de comentarios previos, simples pero que se consideren eficaces para la identificación de este importante tema, con el fin de evaluar posteriormente, los requerimientos jurídicos que rodean a la materia publicitaria en general, y a la publicidad comparativa en particular.

Como se sabe, en la actualidad la producción de bienes y servicios rara vez se da de manera única puesto que, la libertad empresarial de que se disfruta actualmente, permite que varios productores de manera simultánea, participen en el mercado con similares o semejantes productos o servicios. Esto es lo que origina la competitividad empresarial y obliga a los productores a invertir una buena parte de sus recursos económicos en promoción y publicidad. El tema que aquí se va a tratar es muy importante, puesto que

la publicidad actual se da frecuentemente mediante la comparación de bienes o servicios existentes en el mercado, frente a otros que gozan de penetración, confianza y aceptación del público consumidor. Además, la publicidad comparativa ya ha rebasado los límites empresariales propiamente dichos, y la misma ha avanzado en terrenos hasta hace poco tiempo, inimaginables. En efecto, la publicidad en general, y la comparativa en particular, no sólo se ubican en el campo empresarial, sino que se encuentran inclusive posicionadas ya, como una realidad en el campo político, cultural o deportivo.

La publicidad es una materia que por ser multifacética y muy variada en su contenido, presenta serias dificultades para su conceptualización. A tal grado resulta complicado encontrar una definición acertada y aceptable de esta actividad, que puede afirmarse que hay casi tantas definiciones como existen autores que estudien esta importante área de la mercadotecnia. Basta citar algunos ejemplos, para convencerse de esta afirmación.

George Burton Hotchkiss expresa que la publicidad es “el conjunto de toda suerte de mensajes al público, difundidos con propósitos comerciales, pagados y firmados por quienes esperan sacar provecho de ellos”.

Stuart Peabody indica que la publicidad es: “La exposición de ventajas, méritos o utilidades de productos, servicios, instituciones o personas, sobre quienes el anunciador ejerce influencia”

Roberto C. Presas, tratadista argentino de la materia, señala que publicidad es: “Comunicación de un mensaje destinado a influir la conducta de los compradores de productos o servicios, divulgado por un medio pagado y emitido con fines comerciales”.

Billorou, también tratadista argentino define a la publicidad de la manera siguiente: “Es la técnica de la comunicación múltiple que utiliza en forma pagada, medios de difusión para la obtención de objetivos comerciales predeterminados, a través de la formación, cambio o refuerzo de la actitud de las personas sometidas a su acción”*

Para William F. Arens**, importante e influyente estudioso de la materia en los Estados Unidos de América, la publicidad es sólo una herramienta de entre otras muchas que se emplean en la comunicación de *marketing*. Indica que el padre de la publicidad en EUA fue Albert Lasker; que esa paternidad se dio a principios del siglo XX. Para Arens la publicidad es: “una comunicación estructurada y compuesta, no personalizada, de la información que generalmente pagan patrocinadores identificados, que es de índole persuasiva, se refiere a productos (bienes, servicios, ideas) y se difunde a través de diversos medios”.

En todas estas definiciones hay mucho de verdad, aunque en la mayoría de los casos se infringe el concepto lógico aristotélico de una definición, que es el género próximo y la diferencia específica. Así que, aunque la materia publicitaria no es la especialidad del autor de este estudio jurídico, se intentará emitir un concepto que aglutine los elementos esenciales de la publicidad y deseche otros que no tienen tal carácter como la influencia,

* Billorou, Oscar Pedro.- Introducción a la Publicidad. Librería “El Ateneo” Editorial. Buenos Aires, Argentina, 1985. pp 2 y 3. Todos los conceptos transcritos en esta página, se encuentran insertos en esta obra.

** Arens, William, F.- Contemporary Advertising. Traducida al español con el nombre de: “Publicidad”, por Rosa María Rosas Sánchez. Editorial McGraw Hill. México, 1999. pp. 6 y 7.

el convencimiento, el instrumento de pago o los medios de comunicación empleados para ese fin; todos esos elementos no son propiamente fundamentales y por consecuencia, resultan irrelevantes en una definición. El concepto sobre publicidad que ahora se intenta es el siguiente:

La publicidad en general se puede definir como un *instrumento de comunicación mediante el cual determinadas personas hacen del conocimiento de las demás, la existencia de un determinado bien (material o inmaterial) o de cierto servicio, así como las funciones características, finalidades, calidad y demás elementos conformativos de ese bien o servicio.*

Por su parte, la publicidad comparativa se podría conceptualizar también como *un medio de comunicación que llevan a cabo los productores para hacer del conocimiento de los consumidores potenciales, sus bienes o servicios, haciendo referencia a otros ya existentes en el mercado, resaltando las bondades de uno sobre el otro o los otros.*

Es importante advertir que estos conceptos de publicidad abarcan exclusivamente el campo de la llamada publicidad comercial, dejando fuera de su contexto a otros tipos de publicidad, como la cultural, la deportiva o la política. En efecto, como lo afirma Manuel Santaella*, El régimen jurídico de la publicidad, debe abarcar no sólo a publicidad con fines comerciales, sino también a otras variantes publicitarias plenamente insertas en el campo jurídico, político, social o cultural. Para este autor, no sólo se pueden efectuar trabajos o actividades publicitarias en el ámbito comercial –que es el más frecuente–, sino también en otros espacios ajenos al comercio, como por ejemplo, las campañas políticas de los candidatos, o la comunicación de los avances y los éxitos materiales de los gobernantes en el poder, los logros deportivos de determinada persona o institución o las actividades artísticas de determinado personaje. Desde luego, por las limitaciones trazadas de antemano para este estudio, el mismo se centrará exclusivamente en el análisis de la publicidad comercial, aunque al final se haga una breve consideración en torno a la publicidad política.

Toda publicidad, tanto la general como la comparativa tienen como objetivo fundamental efectuar una invitación, así como llevar a cabo una persuasión al consumidor potencial, para que éste adquiera o utilice esos bienes o servicios. Es desde luego también importante señalar, que la publicidad cada vez enfrenta más altos grados de dificultad, puesto que además de que los bienes o servicios similares o semejantes se han venido multiplicando en el mercado, los consumidores también han ido aprendiendo a controlar racionalmente cada vez más la publicidad y por lo tanto resultan más difíciles de persuadir en la adquisición de bienes o servicios. Esto ha originado que los especialistas en publicidad también creen o fortalezcan cada día más y mejores estrategias para superar los obstáculos naturales y racionales que opone el mercado.

Es un hecho incontrovertible que la publicidad desempeña un papel muy importante en la economía y en el desarrollo y avance de las empresas. Los mensajes publicitarios son generalmente cada vez más persuasivos, frecuentemente de mejor calidad y cada vez más apegados por razones propias de la exigencia del mercado, a una mejor realidad exigida tanto por los consumidores, como por los ordenamientos jurídicos y los órganos

* Santaella, Manuel, Introducción al derecho de la Publicidad.- Editorial Civitas. Madrid, España, 1982. Capítulo XIII. pp. 151 y siguientes.

públicos encargados de regular este importante instrumento de persuasión . Antes de hacer referencia de la publicidad comparativa y de su licitud o ilicitud, que es el tema central de este estudio, se considera importante como ya se dijo, efectuar un análisis aunque sea muy breve de la citada publicidad y sus objetivos y estrategias de aplicación. Para tal efecto, se seguirá en cierta medida, el desarrollo empleado por Salvador del Barrio García, un influyente tratadista español*, quien recientemente ha publicado un importante libro sobre la publicidad comparativa.

La publicidad en general requiere de la presencia de tres etapas que pueden presentarse sucesiva o indistintamente, aunque lo frecuente es que éstas se lleven a cabo de manera escalonada y sucesiva, ya que de no hacerse se corre el riesgo de que los esfuerzos publicitarios se pierdan en el vacío o no se logre la suficiente penetración y aceptación de parte de los consumidores.

La primera etapa de la publicidad, al decir de especialistas, es la llamada *etapa pionera* la cual, también puede denominarse *introdutoria* o *explorativa*, que se presenta cuando un determinado bien o servicio es nuevo y se trata de introducir al mercado consumidor. En esta etapa los publicistas acuden preferentemente a un modelo informativo del producto. Su objetivo es dar a conocer el nombre, propiedades, características, funciones, calidades y demás elementos básicos del citado producto, con el fin de que los consumidores potenciales reciban esta información y se produzca en ellos una especie de inquietud –demanda primaria- por conocerlo y probarlo. Esta etapa debe ser planeada cuidadosamente para que se consigan los objetivos deseados. Debe ser lo suficientemente informativa y persuasiva para lograr producir en el ánimo del público al que va dirigido el mensaje, un propósito de aceptación y demanda. Si en esta etapa la empresa comete el error de ser demasiado breve o no procura la información adecuada que produzca en el consumidor el conocimiento primario del producto y pasare a la segunda etapa en forma apresurada, lo más probable es que se fracase en la campaña publicitaria, no consiguiendo la aceptación, al menos en los niveles esperados.

La segunda etapa de la publicidad, es la llamada *competitiva* o *de mercadeo*. Esta se inicia cuando el bien o servicio ya ha producido en el mercado cierta aceptación y por consecuencia, los consumidores están dispuestos a adquirir esos productos, porque reconocen sus beneficios y ventajas. La empresa productora inicia una fase muy importante de la publicidad y que es la consistente en que aprovechando el impulso de la etapa *pionera*, se enfrenta a la realidad de la existencia de otros productos similares o semejantes con los cuales va a competir en el ánimo del consumidor. En esta etapa el productor tiene como objetivo mostrar la superioridad de sus productos frente a otros existentes, ya sea hablando muy bien de éstos (publicidad en general), o frente a los productos competidores, comparando unos con otros (publicidad comparativa).

La tercera etapa de la publicidad es la llamada *recordatoria* o *memorística*. Aquí el productor, que se presume ya ha alcanzado la aceptación y penetración en el mercado, decide iniciar una campaña consistente en que los consumidores ya conocen las características y bondades del producto; en consecuencia, procede a instrumentar una publicidad que pretenda recordarles a los citados consumidores la marca, sus usos y

*Del Barrio García, Salvador.- Publicidad Comparativa. Situación y Análisis. Editorial Pearson Educación, S.A. Madrid, España, 2002. Este autor realiza un estudio muy importante, precisamente sobre el tema que es objeto de este estudio monográfico.

bondades, sus calidades y beneficios, tanto económicos como de satisfacción de sus necesidades o deseos. Asimismo, el productor se compromete en esta etapa con los consumidores a la permanencia en el mercado y pretende lograr de dichos consumidores cierto margen de fidelidad y una promesa tácita de aceptación continuada.

La publicidad comparativa generalmente recurre también a estas tres etapas, pero lo hace con mayor énfasis, puesto que como se ha dicho, la persuasión es llevada a grados más importantes. Existen dos elementos que se dan en la publicidad comparativa: El primero de ellos, es que la empresa hace mención de su producto, privilegiando su calidad, características, valor de uso, bondades, propiedades y precio de adquisición. El segundo elemento consiste en la mención de los otros productos o servicios que se dan en el mensaje publicitario con los cuales se compara el producto o servicio anunciado, con el fin de establecer comparaciones entre los mismos. Estas comparaciones pueden ser de muy diversos grados o escalas, es decir, la publicidad comparativa puede ser **genérica o específica; implícita o explícita.**

La publicidad comparativa genérica se da o se presenta cuando la empresa hace en sus mensajes la comparación de sus productos con otros, pero exclusivamente resaltando las bondades de los suyos, refiriéndose en lo general, sin detenerse en ningún detalle particular, del otro u otros productos existentes en el mercado, con los cuales se está comparando. Por ejemplo, existe en nuestro medio, un anuncio publicitario en el que un aceite lubricante para motores de combustión interna (ESSO), expresa que este aceite no se licua a altas temperaturas, como *sí sucede con otros lubricantes*, y por lo tanto, persuade a los consumidores potenciales de lugares con climas extremos, a que prefieran este producto por encima de *otros* existentes en el mercado, por su mejor calidad técnica.

La publicidad comparativa específica se lleva a cabo, cuando un empresario anuncia su producto comparándolo con otro, pero en este caso lo hace citando marca, características y propiedades de uno y otros, con el fin de resaltar las bondades de su bien o servicio por encima de los demás o bien, no cita el nombre del producto, realiza descripciones o transmite imágenes de los envases o empaques del otro producto que lo tornan fácilmente identificable. Por ejemplo en los medios impresos existe una publicidad en la cual la empresa Chrysler compara un automóvil producido por ella (modelo Neón) y al mismo tiempo elabora una tabla en el que menciona otros modelos y marcas de automóviles de características similares o semejantes a aquél, estableciendo bondades de uno y otros, terminando por hacer resaltar que no obstante que el modelo que publicita (el Neón), tiene más cualidades y propiedades que los otros, su precio de adquisición es menor.

Otro ejemplo de publicidad comparativa específica se dio en una campaña que emprendieron los fabricantes del refresco pepsicola, quienes lo compararon con otro refresco del cual, no expresaron su nombre, pero en los medios de comunicación audiovisuales, presentaron la figura inconfundible de su envase; el público consumidor rápidamente identificó al otro refresco con la cocacola.

La publicidad comparativa implícita existe cuando el productor sólo menciona las bondades y características de sus bienes, tratando de persuadir al consumidor de que los otros bienes similares o semejantes existentes en el mercado, son inferiores en calidades, características o precio a los que él está promoviendo, sin necesidad de hacer

mención del otro producto con el que se está comparando. Por ejemplo, el anuncio publicitario que se está promoviendo en los medios televisivos de un producto antiácido (MELOX). El anunciante coloca dos mercancías en sendas copas de cristal; en la primera maneja el nombre de su producto; la otra copa permanece en el comercial intocada y sin mencionar expresamente su contenido el cual muestra un antiácido incoloro y con algunas burbujas, que podría ser o una Sal de Uvas Picot, o un Alka Seltzer. Aquí el publicista no está haciendo referencia al otro producto, simplemente manda al consumidor potencial un mensaje subliminal de que Melox es mejor que esos otros antiácidos de presentación transparente y burbujeante.

La publicidad comparativa explícita se presenta cuando la empresa productora de manera clara y evidente establece las ventajas de su producto frente a otros existentes en el mercado. El ejemplo de la empresa Chrysler es, además de específica, una publicidad explícita, por las razones antes indicadas.

Existe otro tipo de publicidad comparativa y es aquella en la que una empresa destaca las cualidades o propiedades de un producto ya existente en el mercado, y hace referencia al suyo, señalan que éste también posee similares propiedades y cualidades es decir, aquí no se pretende establecer ninguna ventaja que ubique al producto publicitado por encima del otro, sino que la función del anuncio es mandar un mensaje al potencial consumidor de que existe, además de ese producto ya conocido y aceptado mayoritariamente, otro que tiene las mismas características. Este modelo recibe el nombre de **publicidad adhesiva**. Algunos tratadistas la consideran una *publicidad desleal*, por virtud de que el anunciante aprovecha indebidamente la imagen pública y el prestigio del producto ya conocido y aceptado, para lograr que su producto penetre en el mercado.

La publicidad comparativa, presenta en la técnica mercadotécnica diferentes grados y características, así se tiene que esta publicidad puede ser de las siguientes clases:

- *Publicidad comparativa de confrontación*. Es aquella en la que el publicista compara los productos con los de uno o varios competidores tomando como base una o varias características del producto anunciado.
- *Publicidad comparativa de posicionamiento*. Su objetivo no es precisamente la comparación de las características de las diversas marcas o productos, sino que su objetivo es comparar las marcas entre sí. Es decir, el objeto de la comparación en este caso es mucho más amplio, puesto que se está frente a una comparación en la cual el conjunto de cualidades es evocada por el consumidor para apoyándose en estas cualidades, hacer mención del otro producto o de la otra marca. Ejemplo: “Este producto no tarda dos minutos en hacer burbujas y deshacerse, sino que, su efecto es inmediato”. Este es el caso de la publicidad de confrontación que se da en los medios televisivos entre un producto llamado *Sal de Uvas Picot*, y el otro producto que indudablemente es el *Alka Seltzer*.
- *Publicidad comparativa de combate*. En este caso la comparación tiene como objetivo señalar las características propias y exclusivas de los productos anunciados, haciendo mención de sus propiedades o cualidades frente a las que carecen otros productos o bienes denominados por su nombre. Esta publicidad de combate se puede dividir en dos grandes grupos.

- a) *Publicidad comparativa de refutación.* Aquí se trata de desmentir objetivamente las afirmaciones que la competencia hubiere realizado en sus campañas publicitarias sobre el producto comparado.
- b) *Publicidad comparativa de retorsión.* Aquí se trata de una publicidad un poco más sutil y que consiste en ridiculizar de manera más o menos estratégica la publicidad utilizada por el producto competidor.

Sobre la publicidad comparativa llamada de combate, Arens*, en su libro expresa textualmente lo siguiente:

“Las empresas libran la guerra de la publicidad comparativa a lo largo del campo de batalla de la publicidad. Con más frecuencia que nunca, los anuncios lanzan acusaciones y contraacusaciones; los protagonistas han dejado de ser marcas de segunda categoría que buscan un poco de promoción. Ahora las compañías dominantes pero vulnerables, que antaño se limitaban simplemente a ignorar a sus competidores pequeños, empiezan a contraatacar haciendo comparaciones. Por desgracia, este tipo de publicidad, más que iluminar las cosas, las enloda”

En opinión de este autor quien, no obstante la importancia de su libro le destina en él a la publicidad comparativa muy poco espacio, señala que este modelo publicitario es destructivo y poco aconsejable. Narra en su texto las campañas que en el mercado de los Estados Unidos de América, han realizado las empresas Visa y American Express, dedicadas a operar el mercado de tarjetas de crédito. Culmina el análisis el autor ahora comentado, indicando, que la publicidad comparativa y claramente ofensiva desarrollada por estas dos grandes empresas, puede conducirlos –a ambas-, a una pérdida de mercado, por virtud de que los anuncios comparativos descalificadores o negativos, disminuyen la credibilidad del patrocinador en la mente de los consumidores. Agrega este autor, que cuando se lleva demasiado lejos, la publicidad comparativa, ésta puede llegar a ser ilegal. Tiene toda la razón Arens, pero es el caso que esta publicidad ha llegado, se ha instalado en la mercadotecnia moderna, y la misión que tiene el Poder Político de cada estado, es la de ofrecer un marco legal adecuado a este tipo de publicidad, a fin de que nadie cometa abusos o simplemente se extralimite en la utilización de este modelo publicitario.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MERCADOTÉCNICOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El empleo de las comparaciones entre un producto y otro no es nada nuevo en el mundo de los negocios. En efecto, desde tiempos inmemoriales, los compradores han venido comparando tradicionalmente los productos que venden contra las mercancías que compiten con ellos. En consecuencia, la publicidad comparativa es decir, las comparaciones entre un producto y otro son tan antiguas como lo es el comercio mismo. No obstante, este tipo de publicidad ha despertado siempre una polémica que ha ido subiendo de tono en los ámbitos institucional, profesional e inclusive judicial. Esta tonalidad de la publicidad comparativa ha ido dependiendo muy frecuentemente de la manera en que los productores hacen uso de ella. En las épocas actuales la publicidad comparativa ha subido de tono, como lo expresa Arens en su libro, de lo cual ya se hizo

* Arens, William, F.- Op. Cit. pp. 218 y 219

el comentario en un párrafo anterior; a tal grado se ha vuelto agresivo este tipo de publicidad, que ha habido necesidad de someterla a regulaciones jurídicas. Sin embargo, en la historia comercial, según del Barrio García* de los bienes y servicios, podemos distinguir tres tipos de publicidad, que son las siguientes:

- ✓ *El modelo histórico.* Este tipo de publicidad que se da hasta fines del siglo XVIII, consiste en un anuncio de bienes y servicios que de manera muy tenue y muy poco importante, compara un bien o un servicio con otro de la misma especie y calidad. Aquí el comerciante solamente hace referencia al producto o bien, sólo con el fin de argumentar sin mayores razonamientos, que su producto es mejor.
- ✓ *El modelo profesional.* Este modelo abarca desde el siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. Aquí el productor o dueño del bien o servicio alaba las cualidades de su producto sobre los otros, pero cuidándose de no hacer referencia a los defectos o debilidades de aquél, por virtud de que era universalmente penado que el productor o propagandista de un bien denigrara a otro producto, porque esto se consideraba un acto de competencia desleal. Es decir, el anunciante podía señalar todo lo bondadoso que era su producto, pero no podía hablar nada de los defectos del bien o producto competidor.
- ✓ *El modelo social.* Este sistema de publicidad comparativa arranca a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Aquí se trata de proteger el interés de los consumidores por encima del interés de los productores. En este caso el estado interviene para señalar que el interés público está por encima del interés privado. Es decir, el estado interviene para regular la oferta de productos frente a la demanda de los mismos. Esta nueva concepción se centra en la protección fundamental, del orden económico del mercado. Esta situación trajo un cambio de ciento ochenta grados frente al liberalismo económico del siglo XIX. Por primera vez se toma en cuenta el interés del consumidor frente a la conveniencia exclusiva de los productores. Aquí se da un equilibrio entre la producción y el consumo, en la que el tercero en discordia, es el poder público, el cual tiene el interés de cuidar la armonía y la interdependencia entre los intereses de la colectividad, frente a los intereses de los particulares. Este tipo de publicidad comparativa ambivalente se presenta hasta los días actuales. Es muy cierto, es muy importante la imagen, el prestigio y la penetración en el mercado de las empresas productoras, pero también es muy importante que los consumidores encuentren una satisfacción adecuada a las necesidades y deseos de los bienes y servicios que demanden.

Todos estos elementos han dado lugar a que la publicidad comparativa en la actualidad se vea sometida a una serie de ordenamientos legales. Es muy cierto, el derecho solamente interviene en las relaciones sociales, cuando se considera que se ha roto o se puede romper el equilibrio entre las partes. Los ordenamientos jurídicos persiguen como fin muy importante, la certeza y seguridad en el trato, en los acuerdos y en las relaciones que se dan entre un miembro de la sociedad y otro. La publicidad comparativa, en particular, requiere de un cuidado acucioso por parte de los órganos públicos, ya que de no acontecer esto, se puede propiciar el abuso, la denigración, la falsedad o la mentira, al comparar un producto que se dice superior a otro existente en el mercado.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

* Del Barrio García, Salvador. Op. Cit., pp. 21-23.

El tratadista Del Barrio, al referirse a los antecedentes históricos y económicos de la publicidad comparativa, indica es necesario acudir a la historia económica y comercial de los Estados Unidos de América. En efecto, al decir de este autor y de los más importantes tratadistas sobre este tema, es indudable que en este país se comienza a desarrollar a partir del siglo XVIII el espíritu consumidor de sus habitantes y por tal razón, la publicidad comparativa encuentra sus antecedentes primarios en la mercadotecnia de esta nación. No obstante, durante ese siglo XVIII y todo el XIX, la publicidad comparativa en los Estados Unidos de América se efectúa de manera muy tímida, apenas mencionando el producto o la marca, frente a otros productos o marcas, pero sin hacer mención, de ventajas o cualidades de uno sobre el otro. Inclusive, ya en pleno siglo XX, se encuentra un ejemplo de publicidad comparativa de la empresa Chrysler, en la cual el publicista compara a los automóviles de esta fábrica con los de la Ford y la Chevrolet, y anima a los consumidores a observar las cualidades de los tres, antes de tomar una decisión de compra. Como se nota, la publicidad comparativa era para entonces muy tímida e incipiente.

Para 1960 la publicidad comparativa en EUA era un poco más frecuente y menos tímida, por virtud de que en esta etapa, los productores empezaron a señalar las ventajas de sus productos, frente a los de la competencia sin referirse en particular a las empresas o a las marcas productoras. Es decir, a estas fechas se consideraba desleal en EUA mencionar en la publicidad comparativa, datos específicos del fabricante o de la marca del producto. A fines de los años sesentas, este tabú se rompió, y los productores empezaron a referirse a los productos competidores por su nombre, situación que alteró en todas sus formas y modalidades a la publicidad comparativa existente hasta esos momentos.

Esto dio lugar a que partir del inicio de la década de los setentas la *Federal Trade Commission* (FTC) empezara a tomar cartas en el asunto, para manifestar que las comparaciones en la publicidad tenían que ser directas y específicas, puesto que las comparaciones indirectas y genéricas, no proporcionaban al consumidor, ninguna información útil para decidir. Es decir, animó a las empresas esta comisión gubernamental, para evitar confusión y alentar a los anunciantes a que realizaran una publicidad directa y específica en relación con los productos y marcas con los cuales estuvieran comparándose.

Esta decisión de un órgano gubernamental, alentó a todas las agencias de publicidad para desarrollar de manera importante la publicidad comparativa en todos los medios de comunicación, a tal grado, que para 1990, la publicidad comparativa en los Estados Unidos de América, tenía un porcentaje aproximado al cincuenta por ciento en relación con otro tipo de publicidad.

REGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EUA *

* Sobre este importante tema Véase a:

- Arens, en su obra ya citada, particularmente en su Capítulo 2. pp. 59 a 70, inclusive.

- Salvador del Barrio, en la obra ya mencionada en este estudio. Particularmente, en su capítulo III, pp. 56 a 63.

Cuando la publicidad comparativa comienza a crear inquietud entre los diversos sectores, tanto de productores, como consumidores, surge la necesidad, de que el estado intervenga para establecer una regulación jurídica en dicho instrumento de comunicación. Así sucedió en el sistema comercial de los Estados Unidos de América. Sin embargo, en dicho país, no existe una legislación específica sobre tal materia, y consecuentemente, para poder determinar la regulación jurídica de la publicidad comparativa en este país, es necesario acudir a tres instrumentos fundamentales: La Common Law, la legislación de la *Federal Trade Commission* y la *Laham Act*.

- *El régimen jurídico de la Common Law.* Bajo éste régimen legal, cualquier empresa o marca, cuyos titulares, se sientan injuriados por la competencia, pueden hacer una reclamación con apoyo en sus derechos legales, argumentando, descrédito, difamación o infracción, contra la marca registrada. En este caso, la empresa reclamante, perseguirá como propósito, exponer sus agravios, a fin de proteger a la empresa en contra de interferencias innecesarias o deshonestas suscitadas en el mundo comercial. En estas condiciones, el agravante tendrá la obligación de demostrar la falsedad, de las afirmaciones o negaciones hechas por la empresa competidora en sus anuncios publicitarios, así como los daños económicos causados.

En estos casos los tribunales estadounidenses, exigen que el demandante, pruebe los daños económicos o morales ocasionados con motivo de la publicidad comparativa desplegada por la empresa supuestamente responsable. Aquí los abogados de una parte y la otra, deberán ponerse de acuerdo sobre la naturaleza del daño y el monto económico del mismo. Como es de suponer, este acuerdo es difícil de lograr. Si a esto se agrega que a los cincuenta estados de la Unión Americana, existen diferentes formas de demandar y obtener una resolución del daño causado, se origina para los afectados, un clima de inseguridad jurídica tal, que esta vía, casi no es utilizada, por los afectados o denigrados, en una publicidad comparativa.

- *El sistema jurídico de la Federal Trade Commission (FTC)* es el segundo camino que pueden utilizar los empresarios que se sientan dañados o afectados por una publicidad comparativa. La FTC se creó en 1914, como una respuesta al reclamo de los empresarios estadounidenses por conseguir una legislación federal que protegiera sus intereses económicos, de manera independiente, a la legislación de cada uno de los estados de la Unión Americana. Uno de los aspectos importantes manejados por la FTC hasta la fecha y sobre todo a partir de 1938, se refirió a la práctica de actividades publicitarias comparativas. Se señaló en este caso, que las empresas que utilizaran este modelo, deberían actuar con libertad y en forma verdadera, es decir, no utilizar argumentos engañosos o falsos para influir en las decisiones de los consumidores, y que por consecuencia, la FTC actuaría en defensa del interés público para considerar desleal o engañoso, cualquier anuncio publicitario que tuviera como resultado defraudar la buena fe del consumidor.

La FTC tuvo sobre la Common Law, la ventaja de hacer más breve el procedimiento y menos importante la carga de la prueba, ya que bastaba una resolución de ella, para considerar presumiblemente realizado el engaño, y consecuentemente, la carga de la prueba pesaba, no sobre la parte denunciante,

sino sobre la empresa denunciada. Este procedimiento que fue muy agresivo entre 1930 y 1980 disminuyó eficacia, es decir, se transformó en pasivo y lento por virtud de que cada vez se iba exigiendo más pruebas y evidencias a la empresa denunciante y se iba aligerando en carga probatoria a la empresa denunciada. Hasta la fecha la FTC ha resultado un organismo gubernamental, poco eficiente en la sanción a empresas comparativas engañosas o fraudulentas.

- *El sistema jurídico bajo la vigencia de la Laham Act.* En la misma proporción en que la fuerza jurídica de la FTC disminuyó, empezó a crecer la eficacia legal de la *Laham Act*. Esta ley en su sección cuarenta y tres, tal y como se presenta en el año de 1988, autoriza a que las empresas o parte afectadas o injuriadas en una publicidad comparativa, puedan demandar a aquella empresa que utilice cualquier descripción, representación o denominación, falsa o engañosas, que esté vinculada a un hecho, una marca, a un bien o a un servicio, propiedad de otra empresa. En consecuencia, para interponer un recurso con apoyo en la *Laham Act*, se requiere exclusivamente que el afectado demuestre que el anuncio que se materia de la demanda contenga declaraciones o manifestaciones falsas o engañosas y que tiendan a que una mayoría de personas caigan en el error o bien, a que una empresa competidora resulte dañada en su imagen o en su reputación. En este caso, la carga de la prueba es muy tenue, superficial y breve. El denunciante inconsecuencia, lo único que tiene que argumentar es la evidencia pública del engaño o daño causado, y corresponde al tribunal exigir al denunciado que pruebe que su anuncio es bien intencionado, que no ha ocasionado daño o desprestigio y que consecuentemente, no deteriora a otra empresa, ni defrauda la buena fe del consumidor. El procedimiento en la *Laham Act* es breve, normalmente no va más allá de seis meses, y es muy eficaz, puesto que las autoridades jurisdiccionales federales, pueden con apoyo en la probanzas aprobadas, dictar una resolución oportuna.

Además de los controles legales sobre la publicidad comparativa, existentes en los Estados Unidos de América, que se han detallado en los párrafos anteriores, existen en este país importantes sistemas de autocontrol, tanto entre las propias empresas encargadas de producir o generar la publicidad, como entre los medios de comunicación que se encargan de divulgar la producción publicitaria a fin de que la misma no caiga en un desfase carente de control.

Así por ejemplo, las más importantes cadenas de televisión se imponen criterios de autocontrol publicitario, a fin de que en los anuncios se procure evitar la difamación, denigración o daño doloso en un anuncio comercial difundido por ellos, que tenga como objetivo perjudicar a otra empresa que sea o pueda potencialmente ser también una empresa patrocinadora de la citada empresa televisiva. En consecuencia, las más importantes cadenas de televisión en los Estados Unidos de América, se niegan a aceptar algún anuncio en el que la publicidad comparativa no cumpla con ciertos parámetros de transparencia y lealtad.

Existe una organización denominada *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) la cual, posee un código de conducta en el cual se señala, entre los conceptos más importantes relacionados con la publicidad comparativa, que las agencias publicitarias asociadas no deberán nunca producir publicidad que contenga

comparaciones injustas que pongan en situación desventajosa a un producto o servicio competitivo, cuando esa situación sea ofensiva, denigrante o difamatoria.

Sobre este mismo tema también existe la *Council of Better Business Bureaus* (CBBB), que como su misma denominación lo indica, se trata de un Consejo que tiene como objetivo buscar la mejoría en el ambiente de los negocios y desde luego, uno de los espacios que más preocupan a este consejo, es el de la publicidad en general y la publicidad comparativa en particular. Esta organización ha trabajado desde su fundación, en velar porque la veracidad y exactitud en la publicidad queden salvaguardadas. Con ese objetivo, dentro de este consejo han sido creados dos mecanismos de control paralelos que son: la *National Advertising Division* (NAD) y la *National Advertising Review Board* (NARB). El primero de estos mecanismos tiene como objetivo fundamental, revisar la publicidad que se emite por los medios de comunicación, actuando de oficio o a petición de las empresas afectadas o de los consumidores, formulando una conclusión final y una recomendación que tenga por objeto corregir desviaciones publicitarias.

Por su parte, la NARB es una especie de corte de apelación, que la integran especialistas en materia publicitaria, la cual se reúne en paneles para tratar las apelaciones vinculadas a las decisiones que hubieren sido adoptadas por el mecanismo anteriormente mencionado (NAD). Estas decisiones y apelaciones no tienen fuerza legal, pero es evidente que son muy observadas y respetadas por las partes en conflicto, a tal grado que su alcance llega a ser el de una verdadera *jurisprudencia ética* para futuros casos y situaciones.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA*

Este tipo de publicidad presentaba tradicionalmente diferentes características entre los países que actualmente integran a la Unión Europea, así por ejemplo, no existían muchas restricciones a esta publicidad en el Reino Unido, Irlanda y Países Escandinavos y en cambio, existía una prohibición completa para utilizar este modelo publicitario, en países como Alemania, Italia o Bélgica. Fue sin duda la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC), la que inicialmente hizo esfuerzos por someter la publicidad a controles adecuados. Así fue como desde los primeros códigos de conducta en materia de práctica publicitaria, producidos sucesivamente en los años de 1937, 1949, 1955 y 1966, esta Cámara mantuvo una actitud contraria a la publicidad comparativa, por considerarla una práctica desleal. Sin embargo, en el código de conducta emitido en 1973, autorizó por primera vez la presencia de la publicidad comparativa, estableciendo que si la citada publicidad incluía una comparación, ésta de ninguna manera debería llegar a engaño al consumidor, y deberían respetarse las normas de competencia leal. Asimismo, se dijo en este código de conducta, que los elementos de la comparación deberían basarse en hechos objetivamente verificables que se eligieran en forma equitativa.

El más reciente código de conducta sobre la publicidad elaborado por la ICC, se hizo en el año de 1997, el cual, recoge en su artículo 5, los mismo conceptos que antes se mencionaron, pero además el citado código, establece otras normas directamente

* Sobre este tema, debe consultarse a:

-Del Barrio García Salvador. Op. cit., capítulo III, pp. 64 a 67.

relacionadas con la publicidad comparativa, las cuales se insertaron en el artículo 7, en el que se indicó que ningún anuncio publicitario, deberá denigrar a ninguna otra empresa, organización, industria o actividad comercial, así como a una profesión o producto, con el propósito de producir su menosprecio o ridículo ante el público. A su vez, el artículo 10 de este código de conducta, señala que en los anuncios no se deberá hacer uso injustificado, del nombre, iniciales, logotipo y/o marca registrada de otra empresa, compañía o institución, ni debería tomarse ventaja indebida procedente del prestigio de otra empresa, persona o institución emanada del nombre, marca registrada u otra propiedad intelectual, así como tampoco se deberá tomar ventaja del prestigio logrado en otra campañas publicitarias.

Por lo que respecta a la organización de la Unión Europea, en los últimos años, se ha producido un permanente esfuerzo por permitir el avance de la publicidad comparativa, al mismo tiempo que recomendar una armonización entre los diferentes ordenamientos legales reguladores de dicho modelo publicitario, en cada uno de los países miembros de la Unión.

El mayor éxito legal sobre este tema, se encuentra en el documento aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la propia Unión, el 6 de octubre de 1997 con el número 97/55/CE en el cual, se mencionan directrices sobre la publicidad comparativa. A partir de este momento, se estableció la obligación de todos los países pertenecientes a la Unión de adoptar en un plazo de 30 meses, las directrices establecidas en esta Directiva (la 97/55/CE), con el fin de permitir en sus sistemas publicitarios internos, el uso de referencias explícitas, en todo modelo publicitario, aunque sujeto a condiciones muy estrictas, que se reducen a lo siguiente:

1. Que la publicidad no sea engañosa;
2. Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
3. Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre cuyas características podrá incluirse el precio;
4. Que la publicidad no propicie confusión en el mercado, entre el anunciante y uno o más competidores, o bien, entre marcas, nombre comerciales o cualquier otro signo distintivo de los bienes o servicios del anunciante, frente a los de algún competidor.
5. Que no desacredite ni denigre marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos en bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;
6. Que la publicidad se refiera en cada caso cuando se trata de productos con denominación de origen a bienes con la misma denominación;
7. Que no se obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de un bien con aquellos que se estén publicitando;
8. Que no se presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio que posea una marca o nombre comercial protegidos;
9. Que las comparaciones que en cada caso se hagan, cuando se referencien con una oferta especial, se deberá indicar de manera clara e indubitable, la fecha en la que termina la oferta, o en su caso, el hecho de que la oferta especial se encuentra condicionada a la disponibilidad que se tenga de los bienes o servicios, y en aquellos casos en que la oferta especial, no

hubiere aún empezado, se deberá señalar la fecha en la que se inicie el periodo durante el cual se va a aplicar el precio especial o las condiciones específicas.

En varios de los 15 países que integran la Unión Europea, existen leyes específicas sobre la publicidad. Entre estos países se cuentan Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia y España. Una de las legislaciones más completas, avanzada e integradas en la materia que ahora se estudia, es sin duda la Ley General de Publicidad (LGP) española, complementada con la Ley de Competencia Desleal (LCD), las cuales inclusive son anteriores a la Directiva aprobada por el Parlamento Europeo, en efecto, la LGP esa de 1988 y la LCD fue expedida en 1991. Lo único que se ha hecho con estas leyes es adecuarlas a la Directiva 97/55/CE emitida por el Parlamento Europeo en 1997.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN MÉXICO

Fundamentos constitucionales.- El artículo 5° de la Carta Magna, señala que ninguna persona podrá ser impedida para que se dedique a la profesión, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. Se indica asimismo, que el ejercicio de esta libertad solamente podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. En este orden de ideas, la actividad publicitaria es indudablemente una actividad profesional y al mismo tiempo, un acto comercial, ambos protegidos expresamente por este precepto constitucional que consagra una muy amplia libertad en estas materias. Sin embargo, debe advertirse que el propio precepto constitucional establece como límites a esta libertad, la licitud, los derechos de terceros y los derechos de la sociedad.

El primer aspecto constitucional, que es el relacionado con la licitud, es muy importante para la delimitación jurídica del estudio que ahora se está haciendo sobre la publicidad comparativa. A este respecto Ignacio Burgoa afirma que es ilícita toda actividad que vaya no solo contra la ley, sino contra la moral o las buenas costumbres. En consecuencia, se estima que toda publicidad comparativa engañosa, falsa, denigrante o simplemente ofensiva a las buenas costumbres o a la moral pública, debe considerarse como ilícita, y por lo tanto, la libertad del anunciante, no queda protegida por los alcances tan extraordinarios del contenido del artículo 5° de la Constitución.

El artículo 6° del Pacto Federal, señala por su parte, que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Es evidente que aquí también, y en relación con la publicidad comparativa, transmitida por medios orales, tiene un freno ubicado en los conceptos antes referidos. Finalmente el artículo 7° constitucional, por lo que se refiere a la publicidad comparativa escrita, indica que es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, pero esta libertad también tiene limitantes que se ubican en el respeto a la vida privada, así como a la moral y a la paz pública. En consecuencia, la publicidad comparativa escrita, tiene dentro del propio espacio constitucional, importantes limitaciones.

Es evidente que estas libertades y sus limitantes manifestadas en el texto constitucional, no pueden operar, plenamente por sí mismas, ya que necesitan de

vehículos jurídicos para encontrar su adecuada ubicación y dimensión. Es por ello, que se tendrá que acudir a otros ordenamientos jurídicos complementarios, mediante los cuales, se trate de localizar las regulaciones legales existentes en torno a la citada publicidad comparativa.

Antes de entrar propiamente en materia, queda por resolver un problema de competencia y jurisdicción. Se trata de un posible conflicto de competencia y jurisdicción que pudiera eventualmente existir entre el Gobierno Federal y los gobiernos locales (estados y municipios) en torno a las atribuciones de uno y otros, para expedir leyes reguladoras de la publicidad. Sobre este aspecto es importante señalar que la fracción X del artículo 73 de la Carta Magna, indica que es competencia exclusiva del Congreso de la Unión, legislar sobre comercio. Queda pendiente por precisar, si la actividad consistente en producir y divulgar anuncios publicitarios, es o no un acto de comercio. Para ello, habrá que consultar el artículo 75 del Código de Comercio, que enumera cuáles actos están dotados de mercantilidad. Es explicable que por la antigüedad del Código de Comercio (1875), y por las características de la publicidad, no sea posible encontrar con exactitud un precepto que indicara que la publicidad pueda ser considerada como un acto de comercio. Sin embargo, de la lectura de las veintitrés diferentes fracciones en las que se enumeran los actos de comercio, se desprende el hecho de que la publicidad es evidentemente un acto de comercio, que realizan comerciantes para promover o publicitar sus bienes o servicios. La fracción XXIV del texto jurídico al que ahora se hace referencia, indica que también se considera acto de comercio, *cualesquiera otros actos de naturaleza análoga los expresados en este Código*. Todavía se encuentra otro argumento más, a favor de considerar la actividad publicitaria como acto de comercio y consecuentemente, como una actividad de exclusiva regulación federal: El artículo 3° de este mismo ordenamiento legal señala en primer lugar, que se consideran comerciantes: *Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación habitual*. En estas circunstancias, es indudable que las empresas que se publicitan o aquellas que formulan la publicidad, están ejerciendo evidentemente el comercio, haciendo de esta actividad, su ocupación habitual. En consecuencia, esta actividad (la publicidad), es una materia de exclusiva competencia federal en cuanto a la formulación y aplicación de ordenamientos jurídicos reguladores.

Es cierto que en los municipios existe habitualmente un reglamento gubernativo sobre anuncios en la vía pública, pero es indudable que este reglamento hace referencia a las regulaciones que existen por parte de la autoridad municipal, para colocar anuncios en la vía pública, e inclusive, para pagar por ellos, contribuciones municipales, pero estas autoridades carecen de atribuciones para autorizar o determinar el contenido publicitario de estos anuncios, aunque en algunas ocasiones han incursionado en prohibiciones para anuncios que posean un alto contenido contrario a la moral social, pero esto sólo se ha realizado en situaciones excepcionales.

Regulación legal federal. Una vez acreditado y comprobado que la regulación jurídica de la materia publicitaria es de exclusiva competencia del Gobierno Federal, es importante estudiar en particular los ordenamientos legales vigentes sobre esta materia. En México no existen leyes específicas sobre la materia publicitaria, sino exclusivamente disposiciones legales que de manera aislada y a veces, en forma genérica, hacen referencia a la actividad publicitaria, como son: la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley Federal de Radio y

Televisión y la Ley General de Salud y finalmente, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), entre los documentos jurídicos más importantes.

La Ley Federal de Protección al Consumidor contiene en su texto un capítulo –el III-, integrado por 14 artículos. Este capítulo se denomina: *De la información y publicidad*. El precepto realmente fundamental para los objetivos de este estudio, es el contenido en el artículo 32 en el cual, se inserta un texto bastante amplio, relacionado con la información o publicidad a que pueden quedar sujetos los bienes y servicios. A este respecto el precepto antes citado señala textualmente lo siguiente:

La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables, y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan a puedan inducir a error o confusión por su inexactitud.

Se puede claramente percibir el sentido, significación y alcances de este importante precepto legal. En primer lugar, advierte que existen dos tipos de comunicación que pueden ser utilizados por el productor de un bien o el prestador de un servicio: Uno es el instrumento de divulgación denominado *información*, y el otro es la *publicidad*. En segundo lugar, se señala en este dispositivo legal, los medios de difusión o publicidad que al efecto se utilicen los cuales, pueden ser indistintamente cualquiera que esté al alcance del objetivo propuesto. Es decir, pueden ser medios impresos, radio o televisión y cualquier otro susceptible de divulgar información o promover un producto o servicio como por ejemplo el internet.

El tercer elemento muy importante que contiene el dispositivo legal al que se está haciendo referencia, es el consistente en que esa información o publicidad de bienes o servicios deberá ser veraz, comprobable y exenta de cualquier elemento de los señalados en el precepto, que *induzcan o puedan inducir* a error o confusión por su inexactitud. Precisamente, dentro del Capítulo Primero, se insertan en el artículo 1º que el objetivo de la ley es el de proteger los derechos de los consumidores y procurar al mismo tiempo, la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. El propio artículo 1º de la ley ahora comentada indica que los principios básicos en las relaciones de consumo se sustentan entre otras, en: “La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios”.

Es importante destacar en este caso, que el interés jurídicamente protegido, es el de la veracidad, comprobación y transparencia en la información del bien o el servicio publicitado. También es fácil comprobar que el sujeto jurídicamente protegido, es el potencial consumidor o usuario de los bienes o los servicios, pero en ningún momento se hace referencia a otro u otro potencial competidor, productor o prestador de bienes o servicios similares o semejantes, aunque parece importante decirlo, los productores o prestadores de servicios competidores, han iniciado y culminado acciones de defensa ante las autoridades competentes, en casos de publicidad comparativa desleal, abusiva o denigrante, aduciendo falta de veracidad, falta de comprobación o errores que pueden propiciar la confusión de los potenciales consumidores. La Procuraduría Federal del Consumidor ha dictado en contra de esos publicistas y de los dueños de los bienes o servicios publicitados, medidas que exclusivamente han producido el efecto de retirar de

los medios informativos ese tipo de publicidad, apoyándose fundamentalmente en el contenido del artículo 35 de la propia ley, que se refiere a los casos en que puede dictarse la suspensión de anuncios publicitarios. Desde luego, es importante señalar que el conocimiento y la resolución del conflicto, cuando se da entre productores por actos de competencia desleal, no es para la *jurisprudencia*, de la competencia de las autoridades de la Procuraduría Federal del Consumidor, por virtud de que esta autoridad sólo es competente para dirimir controversias entre productores y consumidores, atento a lo dispuesto por el artículo 2º de la ley de la materia* .

Una aproximación muy cercana a los objetivos de procurar una publicidad comparativa justa y equilibrada, se encuentra en un par de preceptos contenidos en la Ley de la Propiedad Industrial la cual, contiene dispositivos relacionados con la práctica de actos que signifiquen competencia desleal. Así se tiene en primer lugar, que dentro del Capítulo de Disposiciones Generales, el artículo 2º en sus fracciones III y VI, se insertan importantes consideraciones en torno a la protección de los intereses de los consumidores, puesto que el propósito de la ley que ahora se comenta, es el de propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y el comercio, así como prevenir todos aquellos actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan *competencia desleal* relacionada con la misma.

Dentro del capítulo correspondiente a las Infracciones, establece en las fracciones I y XI del artículo 213 esta misma Ley de Propiedad Industrial señala cuáles son las infracciones susceptibles de ser cometidas por personas o empresas competidoras de otras sobre determinados bienes protegidos jurídicamente por este ordenamiento legal. Se indica en consecuencia, que son hechos constitutivos de infracción a esta ley: La realización de actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen *competencia desleal* y que se relacionen con la materia que se encarga de regular la propia ley; llevar a cabo, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que cusen o induzcan al público en general, a confusión, engaño o error, por hacer creer o suponer infundadamente, diversos supuestos, tales como los siguientes:

- a) Que existe relación o asociación entre un establecimiento comercial o industrial y el de un tercero;
- b) Que se están produciendo o fabricando determinados productos o prestando ciertos servicios bajo especificaciones, licencias o autorizaciones de otro.
- c) Que el producto proviene de una región, territorio o localidad distinta a su verdadero lugar de origen, de tal forma que por este hecho, motive a los consumidores a su adquisición o utilización.
- d) Intentar o lograr el desprestigio de los productos, servicios la actividad comercial o industrial o el establecimiento de otra persona. El legislador no incluye en esta infracción a la ley, la comparación de productos o servicios que pueda ser tendenciosa, falsa o exagerada, situaciones que caen bajo la regulación de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

No obstante las regulaciones que contiene la Ley de Propiedad Industrial en la materia de que se ocupa este estudio, poca relevancia guarda con la regulación jurídica que se requiere para la publicidad comparativa. Inclusive, aunque se hace referencia específica

* Ovalle Favela, José.- Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor. Editorial McGraw Hill. México, 1994. pp. 15 y 16.

a la *competencia desleal*, no existe un concepto claro y evidente de ella, y consecuentemente, queda a la interpretación de los tribunales la definición de esta forma de competición en la industria y el comercio de bienes y servicios. Además como ya se vio, los conflictos entre empresarios, no son en términos generales, de la competencia de la citada Procuraduría Federal del Consumidor, no obstante que la ley que ahora se comenta, remite a los empresarios en conflicto, al campo de aplicación de la citada ley.

Un tercer ordenamiento legal que incidentalmente se refiere a la publicidad en general y poca o ninguna referencia hace en torno a la publicidad comparativa, es la Ley Federal de Radio y Televisión la cual, en su artículo 67 señala entre otros aspectos importantes, que la propaganda que se trasmite por la radio o la televisión, no será engañosa al público o le cause algún perjuicio por la exageración o falsedad en la indicación de los usos, aplicaciones propiedades del bien o el servicio publicitado. En este caso se repite, el interés jurídicamente protegido es el del público usuario o adquirente de los servicios o los bienes publicitados, pero en ningún momento esta ley hace referencia a los daños o perjuicios que pudieran eventualmente sufrir las empresas competidoras, y las acciones que esta pudieran intentar para la satisfacción de sus intereses.

Una legislación federal más, referida a la publicidad, es la denominada Ley General de Salud la cual, dedica el Título Décimotercero (artículos 300 a 312) a la regulación publicitaria de los bienes y servicios que guarden relación directa con la salud humana. Así el artículo 300 especifica claramente que con el propósito de proteger la salud pública, la SSA tiene atribuciones para autorizar la publicidad que se refiera a la salud, al tratamiento de enfermedades, a la rehabilitación de los inválidos, al ejercicio de las disciplinas para la salud y a los productos y servicios a que hace referencia la ley.

El artículo 206 de este ordenamiento legal, contiene importantes disposiciones a que deberá ajustarse la publicidad de bienes y servicios destinados a la salud humana, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- a) Toda información o publicidad que se emita, deberá ser comprobable y no engañar al público sobre la calidad, origen, pureza, conservación y propiedades de empleo de los productos;
- b) Los mensajes publicitarios deben poseer contenido orientador y educativo;
- c) Los elementos componentes del mensaje publicitario deben congruentes con las características con que fueron autorizados los productos, las prácticas o los servicios de referencia;
- d) El mensaje publicitario no deberá inducir a prácticas, conductas o hábitos nocivos para la salud física o mental que conlleven riesgo o atenten contra la seguridad e integridad física o dignidad de las personas;
- e) El mensaje publicitario no deberá desvirtuar no contradecir los principios, disposiciones y ordenamientos que en materia de prevención, tratamiento de enfermedades o rehabilitación, haya establecido la Secretaría de Salud y,
- f) El mensaje publicitario debe en todo momento estar elaborado de acuerdo con las disposiciones legales que al efecto se hubieren expedido.

De la lectura que se hace del contenido de todo el título de esta ley, se encuentran disposiciones específicas a tabaco, licores, medicamentos y otros, pero en ninguno de los ordenamientos aquí contenidos, se hace mención al tema que ocupa este estudio, que es precisamente la publicidad comparativa. En esta ley es evidente que el interés jurídicamente protegido es la salud de las personas, y que los titulares de estos derechos,

son todos los individuos (consumidores), que pudieran verse afectados por una publicidad contraria a sus intereses. Pero para nada se refiere este ordenamiento legal a los derechos que debieran tener las empresas competidoras, cuando se genere una publicidad desleal, denigrante u ofensiva hacia las actividades que realizan o bienes que producen.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), contiene en el artículo 182, una serie de disposiciones, que en materia de publicidad comparativa, se acerca más a los conceptos internacionales sobre esta materia, que lo realizado por todos los ordenamientos jurídicos mexicanos antes estudiados. En efecto, aquí el interés jurídicamente protegido es la propia campaña electoral, en cuanto a que la misma debe realizarse en campañas y mediante propaganda electoral tendiente a hacer conocer al electorado, sus candidatos, los programas y acciones. Por su parte, el artículo 185 señala que la propaganda política impresa debe ajustarse a las facultades y limitaciones señaladas por el artículo 7º de la Carta Magna. En tanto que el artículo 186 contiene los lineamientos que deberán seguir los partidos y asociaciones políticas, así como sus candidatos, cuando realicen actos de propaganda por medio de la radio o la televisión. En este caso, establece el precepto citado, deberán evitar cualquier ofensa, calumnia o difamación que denigre a otros candidatos, partidos políticos, instituciones y a terceros.

En este propio precepto legal se otorga a los partidos políticos, instituciones y candidatos, el derecho de solicitar y obtener aclaraciones, respecto a las informaciones que presenten los medios de comunicación, cuando consideren que las mismas han deformado los hechos o situaciones referentes a sus actividades o atributos personales. Esta facultad se otorga con independencia de los daños morales o las responsabilidades civiles y penales en que pudieran incurrir los responsables.

Por consecuencia, y para terminar este interesante estudio sobre la publicidad comparativa, puede afirmarse que en el ámbito federal no existen ordenamientos legales que directamente protejan los intereses de las empresas competidoras con aquellas que hacen un uso abusivo o indebido de la citada publicidad comparativa, y consecuentemente, se considera que en México se hace muy necesaria una Ley general de Publicidad, como la que existe en España, por ejemplo, o bien, que en los ordenamientos jurídicos existentes, se amplíen las regulaciones jurídicas, a fin de que no se protejan solamente los intereses jurídicos de los consumidores o usuarios de los bienes y servicios, sino también de las empresas competidoras las cuales, prácticamente se encuentran sin apoyo legal importante y sustancial para hacer valer sus derechos, en caso de ofensas, falsedades o campañas denigratorias en su contra, realizadas por las empresas competidoras. Es muy cierto, la publicidad comparativa apenas se inicia en México, pero su crecimiento va en ascenso, y no es deseable que caiga en un descontrol jurídico por falta de ordenamientos legales adecuados.

También es cierto que desde el punto de vista ético de la actividad publicitaria, existe el Consejo Nacional de la Comunicación, A.C., anteriormente denominado Consejo Nacional de la Publicidad, que agrupa a las más importantes empresas productoras de instrumentos publicitarios. Es cierto que en ese organismo existen dentro de sus estatutos importantes reglas éticas relacionadas con la publicidad. Sin embargo, éstas reglas pueden en un momento determinado, no bastar para frenar algunas campañas tan agresivas, como las que ya se han experimentado en el mercado estadounidense en donde el Poder Público ha podido manejar exitosamente, puesto que cuenta con los

instrumentos legales adecuados a los problemas que se han presentado. Esas autoridades han logrado hacer retornar el orden y la legalidad entre las partes *beligerantes* en la realización de campañas publicitarias comparativas que intentaron salirse de control. En México, la competencia desleal, la denigración y la ofensa a las empresas y productores competidores, sólo pueden combatirse por la vía penal, escasamente por medio de la legislación civil, pero con poco prometedores resultados.

Finalmente, puede concluirse: La publicidad comparativa que en principio es lícita. Puede fácilmente caer en la ilicitud o en la franca ilegalidad, si es denigrante, difamatoria, ofensiva, insultante o ridiculizante para otros bienes, servicios, empresas o personas competidoras. Es en consecuencia muy delgada la línea que divide a la licitud de la ilicitud en la publicidad comparativa en el país. El Poder Público en México debe legislar sobre esta materia, de manera organizada, congruente y precisa, sin que por ello se llegue a atentar en contra de la libertad de comercio, la libre exposición de las ideas o la libertad de imprenta, protegidas ampliamente por diversos preceptos de la Carta Magna. Es aconsejable la expedición de una ***Ley General de Publicidad***, que concentre preceptos dispersos en diversos ordenamientos jurídicos, y que legisle con cierta precisión sobre las prácticas desleales de comercio, de actividad política o de alguna otra área de la vida social en las que, valiéndose de los medios de difusión, eventualmente llegan a incurrir de manera impune, algunas empresas, en su afán de conquistar mercado o algunos políticos sin escrúpulos, en su afán de obtener votos.

EL SISTEMA ELECTORAL. UN FUNDAMENTO OBLIGADO DE TODAS LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Por: Centro de Investigación Jurídica

La parte principal de este estudio jurídico, ya fue publicado en IUSTITIA. Se ha avanzado y profundizado en la investigación de este tema de manera muy importante. Por tales razones se consideró conveniente publicar ahora esos avances junto con el estudio en cuestión, por considerar que la materia electoral en México está atravesando por importantes logros, pero también por indeseables retrocesos que obligan a la academia a poner su atención sobre el tema, aportando estudios como éste para crear elementos técnicos de apoyo a los encargados de la legislación y operación de las actividades políticas, para procurar en lo posible, que éstos integren un mejor sistema jurídico electoral, así como procedimientos electorales mejores, más aseados y democráticos.

LINEAMIENTOS GENERALES

Reciben el nombre de *políticas públicas*, todas las actividades que en su conjunto realizan los tres sectores del estado (sector, público, sector social y sector privado), interactuando entre sí con el propósito de realizar los objetivos y prioridades de la nación. Estas políticas requieren en primer término, de la elección y en su caso, designación de los servidores públicos que representen al gobierno del país, quienes se encargarán de coordinar y encauzar los esfuerzos conjuntos de los tres sectores antes señalados. Para la elección de esos representantes de la sociedad, que en conjunto integran el Poder Político del estado, los ciudadanos acuden a las urnas electorales a sufragar en favor de quienes a su juicio, son los mejores hombres y mujeres, que desempeñarán el cargo por determinado período. En consecuencia, el sistema, o para hablar con mayor propiedad, los sistemas electorales de un país, son definitivamente importantes para consolidar la actuación de los gobernantes electos por los ciudadanos de un país. Esta elección se sujeta a determinados marcos legales que deben ser objeto de estudio y desarrollo. El marco legal fundamental será objeto de análisis en este trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada Por la Asamblea General de la ONU, considera que es una facultad muy importante del ser humano, participar en la formación y operación de su gobierno, así como elegir a sus gobernantes. En efecto, la parte 1 del artículo 21 de esta Declaración indica textualmente que: "Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos".

La parte 3 del propio precepto consigna que: "La voluntad del pueblo es la base del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". En consecuencia, el derecho de las personas a participar en la integración, operación y funcionamiento del gobierno de su país, es uno de los derechos humanos consignados en la Declaración Universal sobre esta materia, que merece plena acogida y señalamiento en el Texto Constitucional.

Antes de abordar el Sistema Constitucional Electoral Mexicano, es importante realizar ciertas consideraciones de tipo teórico sobre la necesidad de que la sociedad cuente con dirigentes que se encarguen de realizar la función pública de dirigir, coordinar, regular

y controlar los destinos de las personas y de los grupos sociales. Como es de *explorado derecho*, el “Poder Político” es uno de los más significados elementos que concurren a la integración del estado, como una importante, la más importante persona moral de derecho público.

Por "*Poder Político*" debe entenderse la autoridad que tienen los órganos del ente público (que en su conjunto se le llama Gobierno), para arrogarse el derecho de dirigir y mandar, ser escuchado y obedecido por todos. Ese "Poder Político" ha sido generado, institucionalizado en los países modernos, por los propios gobernados. En consecuencia, ¿Cómo se dio este dualismo consistente en crear un Poder para que a su vez, los creadores se transformen en súbditos del Poder creado por ellos mismos? Este apasionante tema de estudio y discusión gira desde luego, en torno a dos elementos básicos de la Teoría del Estado y de la Ciencia Política: La democracia y la representación. Estos dos elementos son fundamentales para la creación y fortalecimiento del Estado.

Para Recaséns Siches¹ el Poder Político se organiza, convalida y legitima por medio del derecho. Las normas jurídicas en efecto, producen el efecto deseado, consistente en que los representantes de la sociedad política y jurídicamente organizada (*Poder Social*), se desprendan de parte de sus derechos y se los otorguen a sus representados para que éstos lo ejerzan en bien de todos –el bien común-. En consecuencia, el Poder Político deviene del Poder Social, de acuerdo con la tesis Roussoniana expuesta en el famoso Contrato Social.

Sobre este mismo tema Serra Rojas², en una de sus más importantes obras, señala textualmente lo siguiente:

“Ante la insuficiencia de sus propios poderes naturales, la sociedad se vio obligada a crear; primero un orden espontáneo de fuerzas y coacciones sobre los que amenazan su subsistencia; en segundo lugar, y en largos siglos de experiencia, un orden político artificial amparado en las fuerzas materiales. De este modo nace y se desarrolla el poder como un orden social provisto de una dirección que integra, más tarde, un fenómeno social “exclusivamente humano”, una creación de la propia sociedad para poder subsistir protegiendo a sus miembros y a su propia integridad”

Para estudiar el concepto de democracia, se acudirá a un eminente tratadista español de la ciencia política y al propio Serra Rojas. El primero de ellos, define a la democracia de la siguiente manera:

"La democracia es un régimen político que institucionaliza la participación de todo el pueblo en la organización, y ejercicio del poder político, mediante la intercomunicación y diálogo permanentes entre gobernantes y gobernados y el respeto de los derechos y libertades fundamentales dentro de una justa estructura socioeconómica"³

¹ Recaséns Siches Luis. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1997, capítulos 8 y 13.

² Serra Rojas, Andrés.- Ciencia Política. Editorial Porrúa. México, 1988, pp. 387 y 388.

³ Lucas Verdú, Pablo. Curso de derecho Político. Editorial Tecnos, Madrid, 1987, Vol II, p. 233.

Por su parte, Serra Rojas señala en relación con el concepto de democracia lo siguiente:

*“la democracia es un sistema o régimen político, una forma de gobierno o modo de vida social, en que el pueblo dispone de los medios idóneos y eficaces para determinar su destino, la integración de sus órganos fundamentales o para expresar la orientación ideológica y sustentación de sus instituciones”*⁴

En consecuencia, la base, el inicio de un sistema democrático se da, en su esencia más profunda, en el momento de la selección de las personas que desempeñarán el papel de gobernantes, mediante el voto mayoritario de los ciudadanos que integran el cuerpo electoral. La Constitución Política Mexicana no da desgraciadamente un concepto claro de democracia. Se concreta simplemente a presumir su contenido y alcances, y a describir en diferentes apartados, la presencia de este elemento. Así por ejemplo, el artículo 40 de la Carta Magna establece que: es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una “*República Democrática*”. El artículo 3º de este propio documento político indica en el inciso a) de la fracción II, que el criterio que oriente la educación en México será democrático, “considerando a la democracia no solamente como una estructura política y un régimen jurídico...”. Culmina señalando el precepto antes citado, que la democracia debe ser considerada como: “...un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Partiendo del supuesto anterior, la Ley Suprema indica en el artículo 25 que el estado ejerce la rectoría del desarrollo nacional con el fin entre otros, de fortalecer la soberanía de la nación y su *régimen democrático*. El artículo 26 indica que: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional..... para la democratización política, social y cultural de la nación”. En los párrafos tercero y cuarto del propio artículo 26 de la Constitución Federal, se repite el vocablo: *Planeación democrática*, sin agregar nada nuevo en cuanto a su estructura y contenido.

En síntesis, a la Carta Magna le faltaría quizá, elaborar un concepto fundamental de democracia, con el propósito de evitar improvisaciones, ideas erróneas, contradictorias o distorsionadas de la verdadera significación de este término, de profundo contenido político. Es dable opinar que el término *democracia* debe incluir al menos, tres requerimientos fundamentales, en ausencia de los cuales, no se podría estar frente a un régimen de gobierno democrático. Estos tres requisitos son los siguientes:

- a) Las personas que participan en la toma de decisiones se encuentran conformadas por la mayoría de los ciudadanos.
- b) Las decisiones se toman previa deliberación.
- c) Estas decisiones requieren de la previa existencia de un conjunto de requisitos que deben estar plenamente garantizados: Libertad de información, de expresión, de asociación o reunión, así como igualdad en la participación ciudadana.

Es cierto que en los modernos regímenes democráticos, el ejercicio de estas facultades no se lleva a cabo de manera directa, sino a través de un sistema de representación. La

⁴ Serra Rojas. Op. cit. p. 591.

representación es otro elemento que junto con el de democracia, constituyen los factores necesarios que hacen posible el asentamiento de la teoría del estado.

Precisamente, el artículo 40 de la Carta Magna señala: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa....” La *representación* es también como la democracia, un concepto multívoco y nada fácil de expresar en términos llanos.

Montesquieu, Locke, Rousseau y otros brillantes tratadistas de los siglos XVII y XVIII, efectuaron importantes estudios que integraron el concepto de representación. La voluntad general, señala Rousseau en el Contrato Social, crea al Estado, quien en nombre y representación del pueblo, ejerce la autoridad política.

La idea de gobierno representativo, expresa Patiño Camarena⁵, Siéyés la desenvuelve dentro de la órbita del pensamiento roussoniano y muy bien puede ser entendida como el complemento de la ideas del ginebrino, ya que si bien conviene con Rousseau en que la soberanía es indelegable, considera que nada se opone a que se delegue su ejercicio, convirtiendo la teoría del Contrato Social en un programa práctico, viable y de fácil realización.

Durante todo el siglo XVIII y una gran parte del XIX, se discutió sobre las características y los alcances de la representación política. Se culminó señalando en numerosos estudios elaborados al respecto, que el amplio número de ciudadanos en un estado, impide que todos ellos participen directamente en la toma de decisiones. En tal virtud, se hizo necesario recurrir al artificio de confiar esta toma de decisiones sólo en algunos individuos, los cuales previamente habían sido elegidos como representantes de la colectividad. Fue así como en la mayoría de los documentos constitucionales elaborados a finales del siglo XVIII y sobre todo en el siglo XIX, se adoptó el *Principio de democracia representativa* como algo valedero por sí mismo. Este Principio fue desvirtuado tan pronto se enunció, por virtud de que la famosa voluntad general, de la que hablaba Rousseau, se hizo nugatorio mediante el sistema de sufragio restringido. En efecto, en algunos lugares del mundo en aquella época, en los que estaba aún permitida la esclavitud, quienes tenían esta condición carecían de la calidad indispensable para ejercer la representación política. Lo mismo acontecía con las mujeres, quienes también en principio eran y aún son ajenas a todo sistema de representación política, en algunos estados soberanos, como acontece en los países que integran el mundo musulmán.

Por esas épocas y aún en etapas recientes en algunos regímenes políticos, los iletrados, los indígenas o los ministros de cultos religiosos, carecen de calidad para hacerse representar en asuntos políticos. El tema de la representación también se empezó a aplicar muy lentamente, pues en los regímenes monárquicos, como en Inglaterra o en Francia, sólo la nobleza era capaz de hacerse representar. De la misma manera, en los regímenes monárquicos, esta representación sólo se ejercía en algún pequeño espacio del poder político. Se reducía exclusivamente a las asambleas legislativas.

Se llegó inclusive a afirmar que eran estas asambleas legislativas las que poseían el verdadero poder, debido a la representación de los ciudadanos que ahí se ejercía. Hauriou y el propio Rousseau estaban convencidos de ello. La convicción de estos dos

⁵ Patiño Camarena, Javier.- Derecho Electoral Mexicano. Editorial Constitucionalista. México, 1996. p. 13.

importantes tratadistas fue válida si acaso, en las monarquías hereditarias de la época, pero no lo es para las monarquías modernas, ni menos aún para un sistema republicano⁶.

El origen de las asambleas legislativas es muy antiguo. Ya se encuentran antecedentes importantes de éstas entre los griegos y los romanos y desde luego en la edad media, aunque tal como se encuentran a la fecha, su origen se ubica en Inglaterra hacia el siglo XV de nuestra era. Estas asambleas recibieron diferentes nombres: *Estados Generales* en Francia, *Piamonte* en Italia, *Estamentos* en Cerdeña, *Parlamentos* en Inglaterra, Nápoles y Sicilia. En España se les denominó *Cortes*, desde un principio. Es común que en los estados republicanos, estas asambleas reciban el nombre de *Congreso*, que actualmente es el más utilizado, para designar a la forma por excelencia de hacer patente la representación de los ciudadanos.

La llamada democracia representativa tiene como base fundamental la expresión consistente en que la mayoría de los ciudadanos, aquellos que llevaron al cargo gubernamental a sus representantes, es aquella en la que los actos de decisión, son realizados por éstos. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “Gobierno representativo es aquél en el que, bajo diversas formas, concurre la nación por medio de sus representantes la formación de leyes”.

Parece conveniente destacar que la figura jurídica de la representación en el derecho público, es en esencia diferente a la que se da y opera en el derecho privado, en donde existe la figura de la revocación. En efecto, en el derecho público la representación es una figura que se da mediante el sufragio, término perteneciente a la ciencia política, mediante el cual los ciudadanos eligen a sus representantes.

Aún cuando se está tratando el tema de la representación, como mandato jurídico de la ciudadanía en favor de otras personas que asumen los puestos de gobierno, es importante señalar que a diferencia del derecho privado, aquí no es posible la revocación del mandato popular, aún cuando en algunos regímenes como el francés se tiene la figura del plebiscito, mediante el cual, bajo ciertas circunstancias, es dable que el jefe del Ejecutivo no pueda continuar en su encargo. En cambio en el parlamento o congreso, no es posible ninguna figura siquiera aproximada a la revocación, puesto que la persona elegida actúa en la asamblea de manera independiente al deseo o propósito de sus *representados*. Prácticamente se pierde toda dependencia con los electores. Esta llamada representación es más bien general. Se representa a un sector de la población (distrito electoral), independientemente de que esos ciudadanos hubieren votado o no por ese *representante*.

Algunos tratadistas y expertos en derecho político indican que existe crisis en el sistema representativo por virtud de que el voto de una mayoría simple, como es valedero en numerosos regímenes, no es democrático. De la misma manera se indica que el sistema de elección indirecta de representantes, no es en sí una verdadera y auténtica representación. Existen numerosos sistemas políticos en los que la elección de algunos gobernantes no se hace por los ciudadanos directamente.

El sufragio, el voto universal constituye *el medio idóneo para la integración, conformación y legitimación de todo gobierno*⁷. En torno al derecho del sufragio, se

⁶ Sobre las ideas fundamentales de John Locke, Montesquieu y Rousseau, se recomienda ver: El Capítulo VII de la obra de Roberto Ríos Elizondo, titulada: El Acto de Gobierno. Editorial Porrúa. México.

puede afirmar que el voto de los ciudadanos para elegir a sus representantes, se hace mediante dos formas: El sufragio universal y el sufragio restringido. El primero se maneja bajo un criterio simplista: Un ciudadano, un voto. El segundo sistema ya abandonado por muchos regímenes políticos, pero aun vigente en algunas naciones es el consisten en dar la categoría de sufragantes, sólo a determinadas personas o bien, como sucede en algunas organizaciones mundiales: existen votos diferenciados, es decir, con distinto valor. En algunos sistemas se exige inclusive, cierta condición en materia económica, para desempeñar el papel de elector. Por ejemplo: Ser rentista, industrial, comerciante, o profesionista.

El sufragio también se clasifica en los distintos regímenes constitucionales en directo e indirecto. En el primero como su nombre lo indica, el voto del sufragante es el que por mayoría, decide la elección de la persona que figure como candidato. El sufragio indirecto por su parte, es aquél en el cual, el citado sufragio de los ciudadanos se hace a favor de unas personas, quienes a su vez se encargan de elegir a los representantes gubernamentales.

LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ELECTORAL

El sufragio en el sistema electoral mexicano no es ni ha sido un sistema exclusivamente directo, ni exclusivamente indirecto. Hasta el inicio del siglo XX, ambos sistemas se mantenía vigentes para la elección de lo gobernantes. El modelo de votación indirecta que se introdujo al sistema electoral mexicano al inicio de la vida independiente del país, fu tomado de la Constitución de Cádiz de 1812 y permaneció hasta la época del Presidente Madero, quien pugnó por un sistema exclusivo de elección directa. La Constitución Política mexicana que inició su vigencia en 1917, contuvo exclusivamente el Sistema de elección directa de los gobernantes. La Ley para la Elección de los Poderes Federales de 1º de julio de 1918, estructuró de esta manera el sistema electoral Federal.

El artículo 54 de esta ley señaló textualmente que: *“La elección para diputados y senadores será directa y el voto estrictamente secreto”*.

El numeral 79 de esta misma ley señaló que: *“Todo lo dispuesto para la elección de diputados, es aplicable a la elección de presidente de la República”*. Es decir, el sistema de votación también era directo. El Sistema de elección directa para los representantes del Congreso permaneció inalterable por espacio de más de 30 años. Es decir, los artículos 52, 54 y 56 de la Carta Magna establecían la elección directa de diputados y senadores. En 1963 se reformaron los artículos 52 y 54 para dar cabida a los entonces llamados diputados *“de partido”*, ahora denominados de *“Representación Proporcional”*.

DE LOS CIUDADANOS DE LA REPÚBLICA

El concepto *“ciudadano”* es en el lenguaje constitucional mundial, un concepto multívoco. Generalmente se usa como sinónimo de *“Nacional”*, indicándose los casos en los que una persona tiene pertenencia jurídica a un estado determinado. En otras ocasiones el vocablo *“ciudadano”* tiene un significado muy estricto, y se designa con

⁷ Patiño, Camarena, Javier. Op. cit. p. 61

este calificativo a un nacional de un estado determinado, que además posee calidad para ser titular de derechos políticos.

En México se le da al ciudadano de la República una significación estricta, atento a lo dispuesto por el artículo 34 de la Carta Magna. Se le da esta calidad a los hombres y mujeres de nacionalidad mexicana; mayores de 18 años y que además *tengan un modo honesto de vivir*. El artículo 6 del Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales (COFIPE) agrega que además de los requisitos constitucionales, el ciudadano de la República debe cumplir con otros dos requisitos más: a) Estar inscrito en los registros o padrones electorales y, b) Poseer credencial de elector. Por lo que respecta al requisito constitucional referente a *“un modo honesto de vivir”*, como requisito fundamental para ostentar la categoría de ciudadano de la República, no existe un criterio definido, ni en la Constitución, ni en la Ley reglamentaria correspondiente.

No es desde luego lo mismo, carecer de los requisitos fundamentales para ser ciudadano de la República, que encontrarse suspendido en sus derechos, o haber perdido éstos, por la realización de una forma de conducta prevista en los propios ordenamientos jurídicos. Sobre este último aspecto debe tenerse en cuenta que los artículos 37 C) y 38 de la Carta Magna, en los que se hace alusión respectivamente a las causas de pérdida y suspensión de los derechos ciudadanos.

En la primera ley electoral Federal expedida, después de iniciada la vigencia de la actual Constitución Política, sí existían enumeradas las causas por las cuales una persona, a pesar de poseer la calidad de mexicano, carecía de la calidad de ciudadano de la República. En efecto, el artículo 39 de la Ley para la Elección de los Poderes federales señalaba que estaban privados –de inicio o por una declaración de sus derechos políticos: *“Los vagos declarados en los términos que dispusieran las leyes, así como los mendigos habituales”*. También estaban privados de estos derechos: Los que vivieran de la beneficencia pública o privada; los que hubieran sido privados de la tutela por mal manejo de fondos o por infidelidad y los hubieran sido excluidos de la patria potestad. Finalmente, también de inicio carecían o en su caso, podían ser privados de sus derechos políticos: *“Los que vivieran a expensas de una mujer pública”*; los que tuvieran o hubieran tenido casas de prostitución pública o clandestinas; y los tahures. En estos caso particulares, sí se encontraba muy gráficamente expuesta la frase que aún continúa vigente en la Carta Magna: *“Tener un modo honesto de vivir”* (artículo 34, fracción II).

DE LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DEL CONGRESO GENERAL

La Cámara de diputados se renueva integralmente cada tres años por elección de todos sus representantes, 500 en total, de los cuales, 300 son de elección directa (diputados uninominales o de mayoría) y 200 diputadossón de elección proporcional. El territorio nacional se encuentra dividido en 300 distritos electorales uninominales y 5 circunscripciones electorales plurinominales, para la asignación de diputados de representación proporcional a cada partido político en cada circunscripción (arts. 52 a 54 de la Constitución). La asignación de estos diputados se hará, de acuerdo con el número de sufragios que hubiere obtenido en cada circunscripción cada partido político

participante en la elección, de conformidad con las reglas emitidas por el artículo 54 de la propia Constitución⁸.

En la misma Constitución Política se hace referencia a la forma de acreditar a los diputados de representación proporcional. Se indican varias limitantes. La primera de ellas, es la de que por ningún concepto, un solo partido político puede contar en la cámara con más de 300 diputados (Art. 54-IV). Ningún partido político puede contar con un número de diputad por ambos principios, que excedan de un porcentaje superior a ochopuntos de su votación total en el país, excepto que se trate de triunfos en distritos uninominales, caso en el que no se aplica este porcentaje (art. 54-V). El excedente de diputados de representación proporcional que no se puedan acreditar a los partidos políticos por las limitantes anteriores, se otorgarán a los partidos políticos que tengan derecho a ello, de acuerdo al porcentaje de votación obtenida en cada una de las circunscripciones territoriales (art. 56-VI).

La Cámara de senadores presenta también un sistema de elección directa, y un sistema de elección indirecta de manera simultánea, atento a lo señalado por el artículo 56 de la Constitución. En el precepto constitucional de referencia se indica que 64 senadores (dos por cada entidad federativa y dos por el Distrito Federal), serán elegidos de acuerdo con el principio de mayoría relativa. Los 32 senadores siguientes, serán asignados a los partidos políticos que en cada entidad federativa y en el Distrito Federal se hayan erigido en la segunda minoría en la elección correspondiente. Los últimos 32 senadores serán elegidos bajo el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una circunscripción plurinominal nacional, bajo las fórmulas y reglas establecidas por la ley de la materia.

Al igual que lo sucedido en la Cámara de diputados, la de Senadores se renovará en su totalidad, sólo que aquí será cada seis años (artículo 56 constitucional). En los sistemas adoptados para la elección de los diputados integrantes de los congresos locales, se sigue en términos generales, el mismo sistema que el adoptado para la Cámara de diputados Federal, atento a lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución federal y por las leyes electorales locales.

El Jefe del Poder Ejecutivo Federal, denominado Presidente Constitucional, es elegido cada 6 años en forma directa por la ciudadanía, atento a lo dispuesto por el artículo 81 de la Carta Magna. Existen tres tipos de presidentes que son elegidos en forma indirecta. El Congreso de la Unión tiene facultades para elegir a los Presidentes Interino y sustituto, en tanto que la Comisión Permanente tiene facultades para elegir al Presidente Provisional, cuando la falta del Presidente constitucional se registre de manera definitiva (artículo 84 constitucional). También puede elegir la Comisión Permanente del Congreso de la Unión un Presidente interino, cuando la falta del presidente fuera temporal, y ésta no exceda de 30 días (artículo 85 de la Constitución).

El tema de la reelección de los representantes de los poderes legislativo y ejecutivo, ha sido tratado siempre. El tema de la reelección presenta ventajas e inconveniencias. Tratar unas sin considerar las otras, resulta un ejercicio mental y político incompleto.

⁸ En relación con un estudio sistemático, desde el punto de vista constitucional de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, se recomienda la obra titulada: Fundamentos de Derecho Público, de la autoría de Rogelio Martínez Vera, editada por McGraw Hill.

EL PROCESO ELECTORAL

A partir de la vigencia de la actual Constitución Mexicana, la organización, desarrollo y calificación del proceso electoral, se transformó en la pieza clave de todo el Sistema Electoral. En la primera ley electoral, cuya vigencia se dio a raíz de la expedición de la Carta Magna (la ley expedida por el Presidente Carranza), se introdujo un sistema mixto para la organización y el desarrollo de los procesos electorales. Se habló en primer lugar de tres Consejos: El de Listas Electorales, los de Distritos Electorales y los Consejos Electorales Municipales.

La designación de los miembros integrantes del Consejo de Listas Electorales se efectuaba por sorteo. En tanto que los consejos distritales, se integraban por el presidente municipal de la cabecera del distrito electoral correspondiente y ¡dos de los competidores suyos en las elecciones municipales! Además, los distritos electorales se integrarán con cuatro ciudadanos *letrados*, elegidos por insaculación. Los consejos municipales se integraban asimismo, por el síndico del respectivo ayuntamiento, por dos personas que hubieren sido sus competidores en la elección anterior, y por cuatro ciudadanos letrados con residencia en la municipalidad, elegidos por insaculación.

Este sistema fue cambiando en el transcurso de los años, pero siempre con la participación de los servidores públicos del Gobierno, tanto Federal, como estatal y municipal. Sin embargo, todos los procesos electorales aplicados en el México postrevolucionario, se consideraron procesos populares, pero con una definitiva participación y rectoría del Poder Público. Inclusive se manufacturó la idea consistente en que la actividad electoral era una atribución gubernamental, una función estatal, y que los ciudadanos sólo tenían la función de votar. Esta tradición hizo que el pueblo acuñara una frase atribuida al Presidente Porfirio Díaz que maliciosamente consignaba: *Gobierno que cuenta los votos, gana.*

Esta tradición consistente en admitir o señalar que la función electoral era una más de las atribuciones del Estado, llegó a adquirir rango constitucional con la reforma iniciada por el Presidente de la Madrid a la Carta Magna. En efecto, en 1983 se estableció dentro del texto de la Ley Suprema, que “*corresponde al Gobierno Federal la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales*” (reforma que quedó contemplada en el artículo 60 de la citada Constitución). Esta forma de contemplar el proceso electoral, coincidía con el más puro estilo porfirista en cuanto al manejo de los procesos electorales.

Si a esta reforma constitucional se suma la abierta admisión de que el Presidente en turno era quien designaba a su sucesor el cual, sería *elegido* por el pueblo, se llega a la comprobación penosa de que al Sistema Político Mexicano le quedaba exacto el calificativo de ser una *dictadura perfecta*, al decir del destacado escritor Mario Vargas Llosa.

De 1983 a la fecha, se ha realizado una serie de cambios a los preceptos constitucionales, para otorgarle credibilidad, autonomía gubernamental y transparencia a los procesos electorales, hasta llegar a la etapa actual, en la que surge el famoso Instituto Federal Electoral, de vida jurídica relativamente reciente. Las reformas constitucionales efectuadas durante el gobierno salinista, produjeron el fortalecimiento del famoso Instituto Federal Electoral, el cual es “*un organismo público autónomo del*

estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio” (artículo 41 fracción III de la Carta Magna).

A la integración de este organismo concurren el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos. El IFE es la autoridad suprema en materia electoral federal (art. 41, fracción III, segundo párrafo de la citada Constitución). Se dejó a la ley secundaria, la facultad de señalar los requisitos de integración, operación y financiamiento de los partidos políticos nacionales (fracción II del artículo 41). No obstante lo anterior, el inciso a) de la fracción II del artículo 41 de la Constitución señala cómo y bajo qué condiciones se deberá hacer el financiamiento público de los partidos políticos.

El IFE cuenta para el desarrollo de sus funciones, con cuatro tipos de órganos: De dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia. El máximo órgano de dirección es el Consejo General, que está integrado por un Consejero Presidente y ocho consejeros electorales. Por ley, integrarán también este Consejo con voz, pero sin voto, representantes consejeros del Poder Legislativo, de los partidos políticos y un Secretario Ejecutivo.

Tanto los órganos ejecutivos como técnicos contarán con personal calificado necesario para prestar un servicio profesional electoral. En tanto que, los órganos de vigilancia quedarán integrados mayoritariamente por representantes de los partidos políticos nacionales. Se establece en la Carta Magna que las mesas directivas de las casillas electorales, se deberán invariablemente integrar con ciudadanos. Tanto el Consejero Presidente como los demás consejeros electorales del Consejo General, será elegidos sucesivamente por las dos terceras partes de los votos de los miembros presentes de la Cámara de Diputados.

La designación de los candidatos a consejeros será hecha por los grupos parlamentarios. Los consejeros así elegidos, durarán en su encargo siete años. No establece el precepto constitucional en cuestión, ninguna limitación a la posibilidad de una reelección de consejeros. Durante el período de su encargo, los miembros del Consejo General, no pueden desempeñar ningún otro empleo, cargo o comisión ni público ni privado, salvo las actividades docentes, científicas, culturales, de investigación o de beneficencia, no remuneradas.

El Secretario Ejecutivo del IFE será nombrado por las dos terceras partes del Consejo General, a propuesta del Consejero Presidente. Los consejeros del Poder legislativo Federal serán propuestos por los grupos parlamentarios con afiliación de partido en alguna de las Cámaras. No podrá haber más de un consejero por cada grupo parlamentario. El IFE tiene a su cargo en forma integral y directa entre las funciones más importantes, las relativas al padrón y listas de los electores, preparación y operación de las jornadas electorales, impresión, administración, distribución y conteo de las boletas electorales. Este Instituto tiene también a su cargo, La declaración de validez de un proceso electoral y la entrega de constancias en las elecciones a diputados y senadores, así como el cómputo de los votos para la elección de Presidente de la República.

Finalmente, por mandamiento constitucional, tiene el IFE las funciones consistentes en la capacitación y educación cívica, la geografía electoral, la vigencia de los derechos y

prerrogativas de los partidos y agrupaciones políticas, y las encuestas y sondeos de opinión pública en materia electoral. Con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de constitucionalidad y legalidad en todos los actos, procedimientos y resoluciones electorales, por mandato constitucional se tiene establecido un sistema de medios de impugnación.

Se indica en la Carta Magna que mediante ese sistema se dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y servirá para garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos (art. 41 constitucional)⁹.

EL SISTEMA ELECTORAL LOCAL

En cada una de las entidades federativas, así como en el Distrito federal, existen ordenamientos jurídicos en los que respetando estrictamente los lineamientos marcados por la Constitución Federal, estas entidades tienen derecho a darse sus propios ordenamientos electorales.

Así tomando como ejemplo el estado de Nuevo León, se encuentra que la Constitución Política de ese estado, contiene muy semejantes instituciones, figuras, sistemas y procedimientos para las elecciones locales de gobernador, diputados locales y ayuntamientos municipales.

El artículo 36 de la Constitución del Estado señala que los ciudadanos residentes del estado poseen, además de derechos políticos (votar, ser votados, asociarse o reunirse para tratar asuntos políticos, formar partidos y agrupaciones políticas), *la facultad de iniciar leyes ante el Congreso*.

El artículo 37 de la Constitución local enumera las obligaciones de los ciudadanos residentes en el Estado. El 38 se refiere a las causas de suspensión de la ciudadanía y el 39, a las causas de pérdida de la calidad de ciudadanos. Entre las causas de pérdida de la ciudadanía en el Estado, se indica que tal prerrogativa se pierde: “por *sublevación* contra las instituciones o contra las autoridades Constitucionales del Estado”.

El artículo 40 de la Constitución local señala que sólo el Congreso del Estado puede rehabilitar a un ciudadano nuevoleonés en sus derechos políticos, cuando los hubiere perdido. Que para conceder esta *gracia*, será indispensable que esa persona sea titular como mexicano, de sus derechos ciudadanos.

Los artículos 41 a 45 de la Constitución local, reglamentan de manera más minuciosa que la Constitución Federal, el proceso electoral, la constitución, organización y funcionamiento de los partidos políticos en el estado, así como su financiamiento.

EL SISTEMA JUDICIAL ELECTORAL FEDERAL

El artículo 94 de la Carta Magna señala que se deposita el Supremo Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, *en un Tribunal Electoral*, en los tribunales colegiados y unitarios de circuito y en los juzgados de distrito.

⁹ Sobre la integración del IFE y sus actividades se recomienda estudiar: El capítulo 12 de la obra titulada: Derecho electoral en México, escrita por Eduardo Castellanos Hernández, y editada por la casa Trillas.

Aquí surge de inmediato una pregunta: ¿Cuál es la jerarquía del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, frente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

La estructura, organización y funcionamiento del Tribunal Federal Electoral (TRIFE) del Poder Judicial de la Federación, se encuentra inserta en diferentes apartados del artículo 99 de la Carta Magna. Se comienza indicando que el TRIFE es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, con excepción de lo señalado en la fracción II del artículo 105 de esta propia Constitución. Aunque no lo señala este precepto, también es importante excepcionar la facultad que tiene la SCJ en materia electoral, cuando puede practicar de oficio averiguaciones en tomo a hechos que constituyan violaciones del voto público (párrafo tercero del artículo 97 constitucional).

El TRIFE se encuentra dividido en una Sala Superior y en cinco Salas Regionales, ubicadas en las ciudades que se designen como sedes de las cinco circunscripciones plurinominales en que se divide al país (artículos 99 constitucional y 192 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

La Sala Superior del TRIFE se integra con SIETE Magistrados Electorales. El Presidente de este organismo es elegido por los magistrados que integran la Sala Superior, de entre sus miembros, por un período de cuatro años. Este precepto (artículo 99 de la Constitución, enumera limitativamente las atribuciones del Tribunal, de entre las que destaca de manera importante una función no jurisdiccional, encargada a la Sala Superior. Esta atribución no jurisdiccional es la consistente en hacer el cómputo final de la votación para presidente de la República y efectuar la declaratoria correspondiente.

Los magistrado del TRIFE, tanto de la Sala Superior como de las salas regionales, son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, o en sus recesos, de la Comisión Permanente del Congreso, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los candidatos a Magistrados de la Sala Superior del TRIFE deberán reunir los mismos requisitos que se exigen para ser ministro de la SCJ y duran en su encargo diez años improrrogables.

Los requisitos que se exige para los magistrados de salas regionales son iguales que los que se requieren para ser Magistrado de Circuito. Estos magistrados duran en su encargo ocho años y no pueden ser reelectos para un cargo similar.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Por Lic. Dorisled Martínez Mabarak*

Antecedentes

Tras la II Guerra Mundial, la división de Europa en dos bloques antagónicos llevó a que los países europeos occidentales se preocuparan por reforzar su colaboración en temas de defensa (Tratado de Bruselas, 1948; Unión de Europa Occidental -UEO-, 1954) y en temas económicos (Organización Europea de Cooperación Económica, creada en 1948 entre los países beneficiarios del Plan Marshall, o la Unión Europea de Pagos, fundada en 1950).

El objetivo, expresado por algunos de los más importantes internacionalistas y actores de aquel momento como eran los franceses Jean Monnet y Robert Schuman, el italiano Alcide de Gasperi y el alemán Konrad Adenauer, consistía en incrementar el grado de supranacionalidad hasta alcanzar un nivel de integración que impidiera las rencillas entre las potencias europeas. La internacionalización de la economía y las comunicaciones, además, hacía inevitable el rápido avance hacia una Europa de estructura confederada, que pudiera competir con el líder de la economía mundial: Estados Unidos de América.

Los primeros miembros de las Comunidades Europeas que sentaron las bases para lo que es hoy la Unión Europea, fueron: Francia, Alemania, Italia y los Estados de BENELUX (Bélgica, Holanda y el Gran Ducado de Luxemburgo), quienes suscribieron en el año de 1951 el Tratado de París que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y que proponía un mercado común para el carbón, el acero y la chatarra. Posteriormente en 1957 se firmó Tratado de Roma que instituyó la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA o Euratom) que tenía como objetivo principal la cooperación entre los Estados signantes para la exploración y utilización de la energía atómica para fines pacíficos y la Comunidad Económica Europea (CEE) que tenía por misión la institucionalización de un mercado común y la creación de políticas unificadas en materia agraria, de transportes de concurrencia social, de medio ambiente y de objetivos económicos.

Ante el acontecimiento generado por estas organizaciones, otros países vieron la necesidad de adherirse y así fue como en 1973 se integraron Inglaterra, Dinamarca e Irlanda del Sur, en 1981 firmó Grecia y en 1986 lo hicieron Portugal y España. El más reciente proceso de ampliación sucedió en 1995 con la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia, teniendo muy en claro que el pertenecer a estas Comunidades, no implicaba para los Estados miembros, la renuncia a su soberanía nacional como algunos autores equivocadamente han afirmado; sino que en **uso y ejercicio** de esa soberanía celebraron dichos Tratados, acordando delegar ciertas competencias nacionales, con el objetivo común por parte de todos los países de unificarse y fortalecerse es decir, perder autonomía gubernamental y de gestión a cambio de obtener beneficios económicos, culturales, sociales y políticos.

* Profesora de Cátedra del Departamento de Derecho. Campus Monterrey..

La Comunidad Económica Europea es considerada hasta la fecha como una organización internacional atípica por que son detentadoras de una especie de supranacionalidad. En el Tratado de París, como primer antecedente se encuentra la característica de sujeto de derecho internacional al expresar en su Artículo 6º:

“La Comunidad tendrá personalidad jurídica. En las relaciones internacionales, la Comunidad gozará de la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y la consecución de sus fines. La Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica reconocida a las personas jurídicas nacionales; podrá, en particular, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. La Comunidad estará representada por sus instituciones, cada una dentro de los límites de sus competencias”¹

Por su parte el Tratado de Roma, aunque es menos explícito, tiene textos idénticos al Tratado de París, reafirmando así la presencia jurídica de la Comunidad en sus Artículos 184 de la CEEA y 281 de la CEE: *“La Comunidad tiene personalidad jurídica”*, así como en sus Numerales 185 de la CEEA y 282 de CEE *“La Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas...”*.

Se puede interpretar de forma gramatical a partir de estos Tratados, que la Comunidad Económica Europea está vinculada directamente con los principios generales de Derecho Internacional, y que **gracias a su personalidad jurídica**, puede ser sujeto de Derecho, capaz de celebrar todo tipo de Tratados Internacionales en concordancia con el Tratado de Viena en su capítulo sobre Derecho de los Tratados.

Transición hacia una Unión Europea

El fortalecimiento de la entonces Comunidad Económica Europea se logra con la adición de nuevos países que habían estado apartados de la transición: Grecia en 1981, mientras que España y Portugal lo hacen en 1986; reforzando de esta manera, el flanco sur de la llamada *Europa de los Doce*. La CEE, que durante sus primeros años se había centrado casi exclusivamente en temas económicos, dejando al Consejo de Europa las cuestiones de tipo cultural y social, englobaba ya al grueso de la Europa Occidental, y se disponía a emprender transformaciones profundas en una estructura, que se volvía cada día más compleja, producto de la pluralidad de naciones. Si hasta 1986, la CEE había sido, en lo esencial, un organismo para la integración franco alemana, la llegada de nuevos miembros exigió una renovación de objetivos y la introducción de modernos mecanismos de gestión, emprendiéndose así la tarea de dotar a la CEE de una nueva estructura política, con nuevas competencias legislativas; y en lo referente a la materia social y cultural, una organización en común que sería primordial para la verdadera unión y cooperación entre los países signantes.

El Acta Única Europea firmada en Luxemburgo en febrero de 1986 por los 12 países de la CEE vino a modificar diversos aspectos fundacionales que habían sido instaurados en el Tratado de París y de Roma contemplando así como uno de los principales objetivos, el lograr un mercado interior unificado para el 1º de enero de 1993 a base de

¹ Derecho Comunitario Europeo. Tratados y otros textos anotados. Editorial McGraw Hill. Madrid, España, 1996.

eliminación de fronteras físicas, técnicas y administrativas y de la simplificación de las formalidades de las aduanas.

Al mismo tiempo, el Acta reforzó considerablemente los poderes de la Comisión Europea, que era el órgano destinado a convertirse en el auténtico gobierno europeo, al tiempo que se creaba el Fondo Social Europeo, cuya función radicaba en incrementar la solidaridad entre los miembros. También se introdujo como parte del cambio legislativo, el mecanismo de mayorías relativas para la aprobación de normas, en detrimento de la necesaria unanimidad requerida hasta la fecha. Estas innovaciones aunque constituyeron un cambio sumamente importante y definitivo, se vieron afectadas por la actitud escéptica de los gobiernos británico y danés quienes retardaron el proceso, lo que trajo como consecuencia el concebir una Europa de dos velocidades. La hasta entonces CEE pasó a denominarse únicamente Comunidad Europea (CE), por razón lógica de sus múltiples objetivos, ya no sólo económicos.

La firma del Tratado de Maastrich² llamado también *Tratado de la Unión Europea* (TUE), firmado en esa localidad holandesa en 1991, constituyó una piedra angular en la integración de los doce miembros de la Comunidad Europea. El Tratado presenta a la Unión como "una nueva etapa en el proceso creador de una relación cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa". Se asienta en tres "pilares", el primero de los cuales abarca la dimensión comunitaria: política agrícola común, transportes, mercado interior, etc., el segundo, la política exterior y de seguridad común, y el tercero, la cooperación policial y judicial en materia penal. Por él se aprobó, para 1999, la unión monetaria y una economía plena, mediante la creación de un banco central único, una sola moneda, el EURO, una política social única (excepto para Gran Bretaña, que se opuso a ella) y una política exterior y de defensa común. Se crean formalmente los poderes políticos de los organismos comunitarios y se introduce el principio de subsidiariedad, estableciendo una coordinación directa entre una legislación comunitaria obligatoria, para todos los estados miembros, y sus respectivas legislaciones nacionales.

La celebración de este Tratado relanzó el proyecto europeo, que consagró en 1992 a la antes Comunidad Económica Europea, como *Unión Europea* por ser un nombre más fuerte y representativo del avance histórico de las naciones y sus objetivos en común. Así, el artículo A-2 del Tratado de la Unión dice lo siguiente: "*El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...*"

Este documento finalmente surtió efectos positivos en el ánimo de los cuatro países de la Europa Occidental que se habían resistido hasta entonces a la CEE: Austria, Suecia, Noruega y Finlandia, quienes finalmente convencidos, solicitan formalmente su ingreso en 1994.

Estructura de la Unión Europea

Para entender con claridad el funcionamiento de la Unión Europea, establecer la posesión o no de una personalidad jurídica y apreciar a este ente supranacional como un órgano dotado de todos los elementos necesarios de un Estado reconocido de *facto* y de

² Martínez vera, Rogelio. Legislación Comparada del Comercio exterior. Editorial McGraww Hill. Mexico, 2000, pp. 195 a 201.

iure, es necesario hacer un breve análisis de su estructura. Así es como en su “organización gubernamental” debemos estudiar en primer término el Poder Legislativo representado por el Parlamento Europeo, que siguiendo la Teoría de Montesquieu de la “División de Poderes” actúa de manera colegiada, en segunda instancia se hace una reseña sobre el Consejo de Ministros, el Consejo Europeo y la Comisión Europea que aunque realizan funciones diferentes, juntos van encaminados a desarrollar la labor del Poder Ejecutivo y en tercer lugar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien lleva a cabo labores de Poder Ejecutivo.

Debido a lo complejo del sistema de la Unión Europea existen otros órganos que nos reafirman la supranacionalidad de la Unión y su autonomía para llevar a cabo los más importantes actos jurídicos, los cuales serían de muy difícil o imposible realización con una precaria presencia jurídica. Dicha presencia o personalidad será determinada en un panorama general, una vez detalladas las instituciones a las cuales se ha hecho referencia.

El [Parlamento Europeo](#) era, en principio, un órgano de carácter consultivo pero, progresivamente, ha ido adquiriendo una mayor capacidad de decisión. El Tratado de la CECA ya tenía prevista la formación de una Asamblea Común en la que participarían los diputados de los Estados miembros de la CECA, pero actualmente sólo lo forman diputados del Parlamento Europeo, y no del Parlamento de cada país como en un principio se había pensado. El Tratado de Roma también tenía prevista la creación de una Asamblea Parlamentaria similar a la de la CECA. Desde 1962 a esta Asamblea se la empezó a llamar “Parlamento Europeo”, pero no tendría tal carácter oficial hasta 1986, con la firma del Acta Única Europea.

El Parlamento está compuesto por representantes de cada país elegidos directamente por sufragio. Actualmente, los eurodiputados son 626 y se intenta conseguir un procedimiento electoral uniforme.

El Parlamento Europeo celebra cada año un periodo de sesiones. Organiza su trabajo en Comisiones especializadas en distintas materias: existen Comisiones permanentes y otras más, que se crean para actos concretos. El Parlamento produce decisiones a través de sus Comisiones, conjuntamente con el Consejo.

El [Consejo de Ministros](#) es la institución clave en el funcionamiento de la Unión Europea. Es básicamente el órgano a través de la cual los gobiernos de los Estados miembros participan en la Unión. La Presidencia de la Unión es la misma que la del Consejo, que es asumida por cada Estado cada seis meses.

Los representantes son miembros de los gobiernos de los Estados miembros con rango de ministro y aquí se lucha por los intereses de cada país. Es todavía un órgano desconocido por dos razones: su composición es inestable y además su falta de apertura a los medios de comunicación ha generado poca promoción de las importantes labores de este organismo.

Otra institución comunitaria de más reciente formación, es el [Consejo Europeo](#). Está formado por los Jefes de Estado de Gobierno de los países miembros, y por el presidente de la Comisión Europea, auxiliados por los vicepresidentes de la misma Comisión y los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros.

Los Consejos europeos tienen el objetivo de discutir y desbloquear los grandes temas, a fin de dar impulso a la construcción europea (mediante reuniones informales). La presidencia del Consejo sirve actualmente a los países miembros para darse a conocer ante los demás, exponer políticas propias de diferentes materias y externar opiniones a nivel institucional. En conclusión, el Consejo es una institución intergubernamental, donde están representados todos los gobiernos.

Se celebran dos Consejos ordinarios al año (al terminar la presidencia de un país) y uno extraordinario en Bruselas.

La [Comisión Europea](#) representa el futuro de un gobierno europeo perfectamente delineado y establecido. Actualmente está formado por veinte miembros los cuales, son designados por los gobiernos de los Estados miembros. Cada país integrante, tiene como mínimo un comisario, y los países más importantes (como Alemania, Francia, Gran Bretaña o España) tienen dos.

De entre esos veinte miembros, se elige un presidente. Los comisarios solo actúan en nombre e interés de Europa (no deben hacerlo en nombre de sus países). Cada comisario se ocupa de un área especializada como son la economía, la política, las relaciones diplomáticas, las actividades agrícolas, el comercio, etc. La duración de estos funcionarios en la Comisión es de cinco años.

El [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#) (TJCE) es el órgano supremo de interpretación de los tratados. A grandes rasgos, su función es emitir criterios acerca de si una norma se atiene o no a lo dicho en los tratados.

Sus sentencias han influido decisivamente en la evolución de un Derecho Internacional, visiblemente más avanzado, hasta llegar a convertirse en un Derecho Comunitario. De acuerdo con los tratados, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene competencias en figuras jurídicas diferentes y mucho más modernas a las de otros sistemas (como por ejemplo el mexicano o el propio sistema estadounidense). Algunas de estas figuras son:

- Recursos por incumplimiento: Los interpone la Comisión o algún Estado miembro contra otros cuando consideran que han incumplido alguna de las obligaciones, derivadas del derecho comunitario (originario o derivado). Antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastrich, sólo suponía una condena moral. Desde la vigencia de este tratado, si el país no rectifica, puede ser sancionado con una multa.
- Recurso de anulación: Puede ser interpuesto por cualquiera de las instituciones comunitarias, un Estado miembro o incluso por un particular cuando acuse a otro Estado de haber dictado una disposición que no se ajusta a lo previsto en los tratados. En este caso, la disposición expedida puede quedar anulada, en base a lo que estudie y califique este Tribunal
- Recurso por omisión: Lo puede plantear cualquier Estado miembro o institución comunitaria cuando alguno de ellos, no ha hecho algo previsto en los tratados o ha omitido cláusulas o etapas de los mismos. En este caso, el Tribunal obliga al responsable a cumplir, hacer o resarcir los daños, producto de la omisión.

- Recurso pre-judicial: Es un medio de aclaración hasta ahora muy necesario debido a la diversidad de sistemas jurídicos entre los países miembros de la Unión Europea. Lo pueden plantear los tribunales nacionales cuando tengan dudas acerca de como interpretar el Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea esta compuesto de 15 jueces y asistido por 8 abogados generales (que preparan los informes sobre los cuales deciden los jueces). Los jueces son nombrados por un periodo de 6 años, y cada tres, se produce una renovación parcial que afecta a 8 y los 3 años siguiente a los 7 restantes.

El [Tribunal de Cuentas](#) es el órgano encargado de controlar que el gasto comunitario se efectuó correctamente, de acuerdo con lo que señalan los planes presupuestales. El Tribunal se ideó en 1975, es decir, no estaba previsto en los tratados originales, pero en virtud de las necesidades materiales y una vez que las comunidades empezaron a tener recursos propios y se generó la necesidad de controlar los gastos, el Tribunal se constituyó y empezó a funcionar en 1977 en la ciudad de Luxemburgo.

Actualmente el Tribunal se encarga de realizar inspecciones, y en base a ellas, informes para cada uno de los miembros. Puede hacer investigaciones no sólo de la Administración comunitaria, sino que también, de las administraciones nacionales, en la medida en que éstas lo soliciten.

Se pueden dividir las funciones de este órgano en dos grandes áreas :

- Función de auditoría : Inspecciona todos los ingresos y gastos de la comunidad
- Función consultiva: Asesora a las instituciones comunitarias en la toma de decisiones que tengan incidencia financiera.

En la actualidad, el Tribunal lo componen 15 miembros (uno de cada país, aunque los tratados no especifican que tenga que ser así, sin embargo se ha adoptado este esquema en base a la costumbre). Los integrantes deben ser personas de reconocido prestigio en el control externo de cuentas, y están obligados a ofrecer garantías de independencia, es decir, no deben aceptar bajo ninguna circunstancia instrucciones de sus gobiernos en razón de que las resoluciones no serían imparciales. Son elegidos para un periodo de 6 años, renovables por el mismo término³

Definición de la Personalidad Jurídica de la Unión Europea

En base a todo lo analizado hasta ahora en este texto, podemos tener una visión general, para expresar los argumentos por los cuales la Unión Europea podría tener a su favor, una personalidad jurídica propia:

1. Personalidad Jurídica Propia de la primer Comunidad Económica Europea: Como ya se mencionó, por medio de los Tratados de Paris y de Roma, documentos creadores de la CECA, CEA y CEE, estos órganos de unión y cooperación

³ Toda esta información sobre los órganos de la Unión Europea, fue obtenida de la contenida en una amplia visión, en el siguiente sitio: <http://www.diplomaticnet.com/es/organiza/categ/unión.php>

fueron dotados desde el primer momento de la más amplia personalidad jurídica. La Comunidad Europea, representa actualmente los antecedentes directos de la UE.

2. Supranacionalidad de los Comunidad: Asimismo se instaura en la exposición de motivos y en los propios documentos de los Tratados de París y de Roma, que el objetivo de formar la Comunidad, es crear un supranacional, dotado de una fuerza jurídica superior como resultado de la integración de Estados miembros soberanos. Objetivo que si se destaca como uno de los más importantes en la creación de la Unión Europea y que además es consecuencia precisamente de la comunidad antecesora.
3. Personalidad Internacional de la Unión Europea: el Tratado de la Unión Europea si dice explícita y concretamente en su artículo B, segundo párrafo dentro de los propósitos de su creación: la Unión tendrá el objetivo de *“afirmar su identidad en el ámbito internacional en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común...”* Lo que aunque en sentido estricto no es una personalidad jurídica, si representa un concepto muy importante, pues implica el reconocimiento de los demás Estados en cuanto a una personalidad en el concierto internacional para la Unión Europea.
4. Integración de Estados miembros soberanos: El que actualmente 15 Estados soberanos con reconocida personalidad jurídica en el ámbito internacional, integren a la Unión Europea, trae como consecuencia que ésta sea un órgano que deba necesariamente poseer una personalidad jurídica propia, pues estos países no se organizan en una institución de unión y cooperación, para retroceder en su soberanía y personalidad, sino por el contrario, para avanzar a un nivel más alto y a una presencia mucho más fortalecida en el plano internacional como lo es la Unión. Por tanto, sería ilógico o incoherente pensar que esta Unión crea en sustitución de un ente poderoso conformado por varios Estados, un vacío jurídico al no tener una personalidad propia para representar a los países integrantes y para celebrar actos jurídicos en nombre y representación, como ya lo ha venido haciendo por ejemplo, en el Tratado Internacional firmado con México, el Tratado de Niza para permitir la integración de nuevos miembros a la Unión o el que se encuentra actualmente en proceso de negociación con Chile.
5. Estructura y funcionamiento de la Unión como ente supranacional: El contar con una estructura y un funcionamiento, producto de órganos autónomos y con personalidad jurídica propia, como el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y otros de menor influencia, los cuales, gracias a su atributos y funciones, han podido mantener unidos a 15 Estados miembros, de manera voluntaria, en virtud de que precisamente dichos países perciben la organización global de la Unión en la que están inmersos, como un sistema autónomo y unitario, capaz de celebrar cualquier tipo de actos jurídicos, producto de su avanzado Derecho Comunitario. El ser además un ente supranacional exige imperiosamente, el tener una personalidad jurídica propia, ambos constituyen los dos elementos de poder para el peso de la Unión y su renombre internacional como potencia actual.

6. Traslado de la Personalidad Jurídica de las Comunidades hacia la Unión Europea: Dentro del Parlamento Europeo, periodo 1999-2004 en la Comisión de Asuntos Constitucionales se han organizado foros y dentro de ellos proyectos. Uno muy concreto es el trabajo de Guido Bodrato, aprobado por resolución del 6 de noviembre de 2001, el cual está integrado por 10 enmiendas específicamente sobre “la personalidad jurídica de la Unión Europea. La Enmienda 1, considerando C se avoca a resolver este conflicto. El párrafo dice a la letra:

“*Considerando C*

C. Considerando que el Tratado de la Unión Europea no confiere expresamente personalidad jurídica a la Unión, en tanto que los Tratados por los que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (artículo 6), el Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea de la Energía Atómica (artículo 184) y el Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea (artículo 281 –antiguo artículo 210), si lo hacen y por ser todas ellas antecedente inmediato de la Unión, constituyen la premisa para la concesión de la personalidad jurídica de la Unión”⁴

La Unión Europea indudablemente y en base a todos los antecedentes explicados en este artículo, **tiene una personalidad jurídica propia implícita** en el documento de su creación (Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastrich) **y una personalidad jurídica explícita** por medio de la Enmienda 1, considerando C aprobada por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo. Sin embargo, esta personalidad se ha visto sujeta a confusiones por algunos internacionistas que afirman apresuradamente, tras un incipiente análisis, que este ente supranacional no goza de ella, por virtud de que en el Tratado que le da origen, no se menciona dentro su articulado de forma concreta que la UE tiene dicha personalidad y debido a la falta de conocimiento de otros documentos expedidos por los propios órganos de la Unión, se atreven a asegurar en definitiva, que la UE carece de personalidad jurídica propia.

Contrario, a todas esas opiniones, en este estudio se comprueba que la UE no podría ser posible, ni tendría cabida en el entorno internacional si no tuviera la personalidad jurídica que en realidad le corresponde por herencia de aquella fundamental Comunidad Económica Europea. Es por eso, que con motivo de los debates entre los internacionistas que opinan que la UE no tiene personalidad y los que aseguran que sí, el Parlamento Europeo ha considerado necesario, el redactar un documento oficial, en donde se termine por reconocer explícitamente la personalidad tan discutida. Dicho documento del cual ya ha sido presentado un ante proyecto para su aprobación, se denominará “Constitución Europea”.

La Constitución Europea

La falta de agilidad de la Unión Europea en la toma de decisiones, la ausencia de una voz exterior perfectamente unificada y el reconocimiento de todos los Estados del exterior hacia su personalidad jurídica propia, hacen de vital importancia la aprobación

⁴ Enmienda 1, presentada por Guido Bodrato, contenida en el Proyecto de Carlos Camero González, aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo 1999-2004. 6 de noviembre de 2001. <http://www.europarl.eu.int/meetdo/cs/committees/afco/20011119452176es.pdf>

de una Carta Magna que recoja los valores fundamentales, los objetivos comunes de la UE y reglamente un acceso institucionalizado de nuevos países miembros.

El anteproyecto presentado por los principales líderes europeos, dirigidos por el presidente de la Convención sobre el futuro de Europa, Valery Giscard D'Estaing, establece en forma explícita en su artículo primero la naturaleza de esta Unión, que se ha prestado a discusiones entre numerosos internacionalistas: la personalidad jurídica propia de la UE, además contempla también otros puntos de relevante importancia, como la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales, la posibilidad de que sus ciudadanos posean una doble nacionalidad y una concreta división de competencias entre Estado y Unión.

Adentrándonos al documento constitucional, este está compuesto por diez títulos, dentro de los cuales el primero se titula "De la definición y los objetivos de la Unión" a su vez integrado por cuatro artículos:

*Artículo 1: Creación de la Comunidad Europea, Unión Europea, Los Estados Unidos de Europa, la Europa Unida*⁵

Artículo 2: Valores.

Artículo 3: Objetivos.

*Artículo 4: Personalidad Jurídica*⁶

Como se puede observar, el establecer explícitamente la personalidad jurídica de la Unión en un documento de esta magnitud, es de una necesidad preponderante, es por eso que ha sido acomodado en el primer título dentro del artículo 4°. No tendría caso analizar los otros nueve Títulos en razón de que abordan otros temas, que aunque no menos importantes, se saldrían de nuestro tema de estudio.

En este sentido a partir de este ante proyecto, son benéficos para la Unión, la reafirmación de los siguientes puntos:

1. Que sea una Unión de Estados.
2. Que finalmente sea dotada de personalidad jurídica de una manera concreta y explícita, de tal forma que justifique su existencia en el plano internacional.
3. Que tras el reconocimiento de esa personalidad, se sustenten de manera adecuada sus actos jurídicos en el plano internacional.
4. Que se incremente la eficacia y vocación democrática de sus instituciones.
5. Que se simplifique y se hagan más comprensibles los procedimientos decisorios.
6. Que se garanticen jurídicamente los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Conclusión

En base a un Derecho Internacional de un nuevo orden, conocido ahora como Derecho Comunitario y en razón de los compromisos derivados de aquella Comunidad Económica Europea, la Unión Europea ha recorrido durante más de una década, un

⁵ En caso de que se decidiera cambiar la denominación de la Unión, habría que sustituir en todos los textos de los tratados el término "Unión" por: "Comunidad Europea", "Estados Unidos de Europa" o "Europa Unida".

⁶ <http://www.zur2.com/fcjp/articulos/vrhm105.htm>

camino duro, pero exitoso, debido a los obstáculos naturales de agrupar a Estados miembros con diversos sistemas políticos, económicos, sociales y jurídicos, imponiendo su personalidad jurídica implícita para lograr la realización de actos de derecho en los planos comunitario e internacional.

Así las cosas, no es atinado pensar que todo este tiempo la Unión ha tenido una carencia de esa personalidad jurídica y menos aún frente a la globalización de países ajenos a esta UE, que se ven comprometidos cada vez más a celebrar actos de derecho con fines diversos y que además algunos de ellos, compiten cerradamente, por tener relaciones con la Unión, considerando su evidente desarrollo y fortaleza. Precisamente su poder, radica en esa Unión de Estados que cooperan para crear un ente supranacional con obligatoria personalidad propia y derivada de su antecesora la CEE.

El reconocimiento expreso, que se hará de la situación jurídica de la UE en una Carta Magna, se hace necesario, como una forma determinante y oficial de conciliar discusiones o dudas al respecto y en orden de continuar con la evolución de ese Derecho Comunitario que exige estar contenido en documentos escritos y no sólo en la conciencia de sus órganos y ciudadanos, pero no cambiará la esencia de la Unión ni su mundial carácter definido.

TEORÍA DEL DERECHO

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera *

*Comienzo de un ambicioso proyecto. Desde hace varios años me he dado a la tarea de escribir un libro de **Introducción al Derecho**. Llevo un grado considerable de avance. Es probable que este mismo año culmine este esfuerzo. El tema que aquí presento, corresponde la mayor parte del primer capítulo de este para mi, tan deseado libro. Someto su contenido a la consideración de los lectores de IUSTITIA.*

EL HOMBRE COMO SUJETO DE LAS RELACIONES JURIDICAS

El hombre por sus propias debilidades y carencias, no puede vivir en forma aislada. Su existencia tiene necesariamente que transcurrir dentro de un grupo social; Aristóteles afirmaba que el hombre es un animal político (zoon politikón). Existe en la literatura mundial una novela denominada **Robinson Crusoe** escrita por Daniel Defoe, en donde se describen las aventuras de una persona que sobrevivió a un naufragio, y que habitó en una isla en forma solitaria por largos años. Tal narración de hechos nos conducen a concluir que se trata sólo de una fantasía, de **una novela**, ya que en la vida real, y con motivo de un acontecimiento de esta naturaleza es imposible que un ser humano sobreviva en la más completa soledad, alejado de otros seres humanos. Es incuestionable en consecuencia, que si tal situación hubiera podido ser real, el Robinson Crusoe imaginario, hubiera terminado pereciendo por la falta del necesario apoyo de otros hombres que lo auxiliaran en la conservación de su vida.

Aún cuando es indiscutible que para la sobrevivencia del hombre es necesaria la existencia de la sociedad, es decir, la presencia simultánea de varios seres humanos, la convivencia entre sí de las personas nunca ha sido fácil, por virtud de las imperfecciones, los egoísmos y las diferencias económicas, políticas, raciales y culturales existentes entre los distintos hombres. La historia da ejemplos numerosos de incompreensión, radicalismo e ideas opuestas de diferentes hombres y distintos grupos de hombres, que los ha conducido a tratar –y a veces lograr-, destruirse entre sí. Las guerras constituyen un buen ejemplo de esta afirmación. Las diferentes concepciones del mundo y de las cosas, así como los defectos y virtudes de que están investidos los seres humanos, originan entre los diversos miembros de una misma sociedad y aún entre los distintos grupos sociales, frecuentes conflictos, por los diferentes intereses, objetivos y finalidades que persiguen las personas y los citados grupos.

Con respecto a la necesaria pero difícil convivencia de los seres humanos, existen dos teorías que pretenden dar un perfil, bajo el cual se conducen necesariamente los hombres frente a sus congéneres. La primera teoría se apoya en las religiones, en las cuales se afirma generalmente que el hombre es un ser bueno por naturaleza, que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, para hacer y alcanzar permanentemente el bien. Existe por el contrario otra teoría que opina lo contrario, es decir, aquí se considera que el ser humano es malo por naturaleza, y que por consiguiente, se deben crear sistemas y modelos sociales que refrenen la maldad o en su caso, que la castiguen. Sobre la maldad habitual en el ser humano, el filósofo alemán Hobbes llegó al grado de expresar que: *“El hombre es el lobo del hombre”* (Hommo, hommini lupus). Colocándose en un término medio, que es el que realmente sucede en la práctica, se

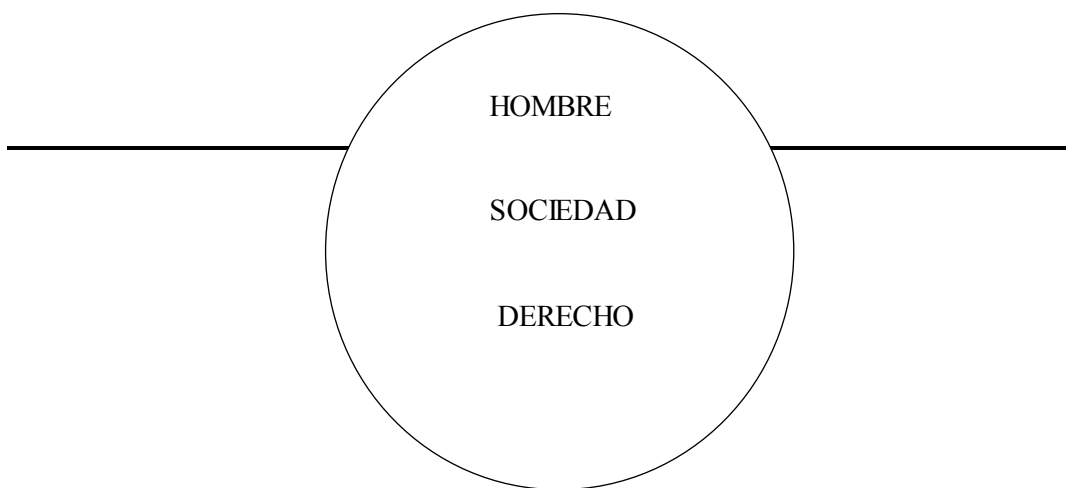
* Profesor Titular Certificado del Departamento de Derecho. Campus Monterrey.

puede afirmar que así como hay hombres malos, existen hombres buenos, pero que para que esos dos tipos de hombres puedan coexistir dentro de una misma sociedad, es necesario crear sistemas a los cuales ajusten todos los hombres sus actos de conducta que puedan ser susceptibles de afectar o interferir con los otros hombres. Los fines opuestos que frecuentemente se dan entre los seres humanos pueden frecuentemente originar conflictos y luchas que tienen que ser previstos, y en su caso, resueltos por estructuras y sistemas que finalmente puedan lograr la armonía y la adecuada interdependencia social.

CAMPO DEL DERECHO.

El conjunto más importante desde el punto de vista social, de sistemas e instrumentos de armonización de los intereses de las personas y de los diferentes grupos humanos, recibe el nombre de **disposiciones o normas jurídicas** las cuales en su conjunto a su vez, tienen una denominación común. Esta denominación es la de **derecho**, el cual se considera como el instrumento básico e idóneo que se utiliza para hacer posible la vida en común entre las personas y entre las diversas organizaciones sociales. Se ha expresado y no sin razón, **“Que el derecho es a los hombres, lo que el agua es a los peces”**. Es decir, así como los peces no podrían sobrevivir fuera del agua, de la misma manera los seres humanos estarían condenados a su autodestrucción si intentaran vivir fuera de la observancia de las normas jurídicas. De estas reflexiones deviene el famoso aforismo latino que reza: **Ubi homine, ubi societas, ubi societas, ibi ius**: Donde hay hombres, hay sociedad, donde hay sociedad, debe haber derecho.

En la figura siguiente se puede claramente observar la correlación necesaria que hay entre la persona humana, la sociedad o agrupamiento de personas y el derecho.



DESCRIPCION DEL CONTENIDO DEL DERECHO.

¿Qué es el *derecho*? No existe entre los diversos tratadistas y estudiosos de la ciencia jurídica, unanimidad en cuanto al señalamiento de la materia, las propiedades, las características y el contenido del derecho plenamente identificados. Los tratadistas exponen diferentes concepciones y enfoques, que dificultan la consideración del

derecho como una noción única y universal. La dificultad que hay para ubicar, identificar y conceptualizar de manera similar al derecho, se debe a que al hacerlo, los juristas resaltan en ciertos casos, una sola o algunas de las dimensiones o vertientes del derecho o bien, se apoyan exclusivamente en algunos de sus elementos componentes y en cambio relegan, olvidan o no les dan importancia a otros, dando lugar a la formulación de conceptos sobre el *derecho*, diferentes e inclusive a veces, contrarios entre sí.

¿El derecho pertenece al mundo de la naturaleza? Si se hace referencia a las ciencias naturales propiamente dichas, tales como la biología, la física o la química, es indiscutible que no. El derecho no pertenece a las ciencias naturales. Pero, no puede dejarse de desconocer que la ciencia del derecho incluye a la vida misma, a los acontecimientos de un mundo viviente en sus problemas y en sus soluciones. Por tal motivo, como lo afirma Almoguera¹, *“el Derecho, como el mango de una hacha, no es algo que se encuentre en la naturaleza, sino que es un producto de los hombres..... Lo que de natural hay en el Derecho, así como en el mango del hacha, consiste justamente en que es un producto humano”*

Por su parte, Recaséns Siches² expresa que el derecho es: *“Vida humana objetivada cuando lo contemplamos en tanto que normas jurídicas preestablecidas y preformuladas.”* Para este autor, el derecho es una ciencia humanística, por virtud de que su contenido, su aplicación y su utilidad se ubican exactamente dentro del campo de lo humano. El derecho —expresa Recaséns—, es creado por los seres humanos para regular la actividad de ellos mismos, y es una manifestación o conjunto de manifestaciones pertenecientes al campo de la cultura es decir, el derecho es una ciencia cultural por excelencia. De donde se concluye, el derecho no pertenece al mundo de las ciencias naturales, ni de las ciencias ideales, ni siquiera al de las ciencias valorativas, aún cuando una gran parte de lo jurídico se ubica en ese campo.

En consecuencia, el derecho no es una ciencia que pertenezca al mundo de la naturaleza, aunque éste desde luego, no le es extraño. Prueba de ello, es que existe un derecho natural, que como se verá más adelante, el sujeto de este derecho es el ser humano (ente perteneciente al mundo natural), en cuanto se refiere a todos los productos intelectuales emanados de su razonamiento, en cuanto se refieren o afectan a sus relaciones con otros hombres.

En lo que se refiere al concepto de derecho: Es indudable que para poder emitir siquiera un concepto aceptable del derecho, se tiene que acudir necesariamente a la filosofía, a la sociología a la ciencia política y a la moral, para poder efectuar algunas reflexiones que válidamente pudieran conducir al estudioso, a la comprensión del contenido del derecho y después a aventurarse en la formulación de un concepto. Lo primero que debe abordarse en esta materia es precisar qué es el derecho, cuál es el material que lo integra, cómo y quiénes elaboran su contenido y finalmente, para qué sirve el derecho. Si se logra dar una idea aproximada al menos de cada uno de estos requerimientos, se estaría cuando menos en condiciones de elaborar, si no una definición, al menos un concepto descriptivo del derecho.

¹ Almoguera Carreres, Joaquín. Lecciones de Teoría del Derecho. Editorial Reus. Madrid, 1999. p. 21

² Recaséns Siches, Luis.- Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 112.

Existen en la doctrina tres importantes tesis a través de las cuales se pretende ubicar qué es y cuál es el contenido del derecho. A estas tesis se les conoce con el nombre de: *DIMENSIONES DEL DERECHO*. La primera es la llamada dimensión **sociológica**, que tiene que ver con la *eficacia* del derecho; la segunda tesis se refiere a la dimensión **normativa**, y que justifica su *validez* y, la tercera dimensión, se ubica dentro del campo de la **axiología** o el valor del derecho y que se apoya fundamentalmente en el concepto de *justicia*.

***Dimensión sociológica del derecho.** El *derecho* es indudablemente, un hecho social. Como tal, las personas deben actuar dentro de la sociedad ajustándose a sus reglas y mandatos, dentro de los cuales ocupa un lugar preferente el citado derecho. Acerca de él, numerosas personas saben *qué es*, aunque comunmente no puedan dar un concepto del mismo. Todos saben que las conductas de las personas se rigen por leyes; que los órganos de gobierno emiten leyes y vigilan o en su caso, exigen que éstas se cumplan. Todos tienen una idea aproximada de lo que es una autoridad, del poder de que está investida la citada autoridad para hacer cumplir las leyes o para castigar a quienes las violan. Todos saben que es su obligación cumplir con las leyes y con las órdenes o disposiciones que dicta la autoridad, y que esto es no sólo conveniente sino necesario para hacer posible la convivencia humana. El derecho como hecho social, será eficaz en cuanto produzca ordenamientos que sean cumplidos por los individuos. Para ello las personas deberán comprender los ordenamientos y satisfacerlos. En el ámbito social es obligación de todas las personas conocer y cumplir con los ordenamientos jurídicos. La armonía e interdependencia social depende fundamentalmente del derecho. Es ahí en donde se ubica no solamente la aceptación de los hombres para cumplir con los ordenamientos legales, sino que existe además, la fuerza, el poder de los órganos públicos para obligar a los negligentes y reacios, a cumplir con los ordenamientos jurídicos.

| | |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO.</p> | <p>El derecho es un hecho social, un instrumento regulador de la conducta humana que es producido fundamentalmente por el hombre para regular su vida en la sociedad.</p> |
|---|---|

***Dimensión normativa del derecho.** El derecho se encuentra integrado por un conjunto de normas o mandamientos obligatorios de conducta los cuales, para su validez, requieren del cumplimiento de una serie de reglas, tanto de fondo de forma, que deben ser satisfechas por los órganos públicos encargados de crearlas y expedirlas. La validez de las normas de derecho guarda como antes se expresó, estrecha relación con el fondo y la forma de los ordenamientos legales. Esto es, la precisión de *quién* se encuentra facultado para expedir esos ordenamientos, el conocimiento cabal de *cómo* deben expedirse y *cuándo y cómo* son obligatorios o dejan de serlo para las personas, constituyen temas de obligado estudio en el análisis de la *dimensión normativa* del derecho. En conclusión: En la citada dimensión normativa del derecho se atiende fundamentalmente al valor formal de la norma, a la rigurosidad con la cual fue creada es decir, al cumplimiento escrupuloso del procedimiento establecido por el propio

derecho para que una norma jurídica pueda realmente estar dotada de validez y por consecuencia, de obligatoriedad.

| | |
|---------------------------------|--|
| DIMENSION NORMATIVA DEL DERECHO | Aquí debe precisarse el procedimiento formal que debe necesariamente seguirse para la creación de las normas integradoras del derecho. |
|---------------------------------|--|

***Dimensión valorativa del derecho.** En esta tercera tesis que complementa la comprensión del derecho, el estudioso se debe preocupar por el valor intrínseco, es decir, por sí mismo, que debe poseer todo ordenamiento jurídico. Aquí es importante reflexionar y concluir sobre la justicia, como máximo valor ético que persigue la eficacia y validez de los ordenamientos jurídicos. Sin duda, esta tercera dimensión del derecho es la más difícil de estudiar y precisar, puesto que no existe para todas las personas la misma concepción sobre lo que es *justo*. En efecto, lo que para algunos podría ser justo, para otros no lo sería tanto o inclusive, podría resultar injusto. Los estudios sobre este tercer aspecto caen completamente dentro del campo de la filosofía, y los mismos se efectuarán al momento de ir abordando a lo largo de esta obra, los elementos valorativos del derecho los cuales, no obstante su grado de dificultad, resultan de obligado análisis, puesto que su manejo da consistencia y calidad al conocimiento de esta ciencia.

| | |
|----------------------------------|---|
| DIMENSION VALORATIVA DEL DERECHO | En esta parte se analiza al derecho, tratando de encontrar en cada una de sus normas, su valor intrínseco, con el fin de verificar si se está frente a un derecho verdaderamente justo. |
|----------------------------------|---|

La tarea consistente en conjuntar dentro de un sistema jurídico determinado, estas tres dimensiones del derecho, constituye una posición ideal a la que aspira todo grupo social es decir, el derecho debe ambicionar ser un regulador *eficaz* de los hechos sociales, pero al mismo tiempo, el derecho que regule esos hechos, debe ser *válido* es decir, se deben cumplir los requerimientos de forma y de fondo que permitan su obligatoriedad y finalmente ese derecho debe ser *valioso*, en cuanto conduzca a la realización de la *justicia*. Sin embargo, en la realidad, es muy difícil reunir dentro de un mismo ordenamiento, la eficacia, la validez y la justicia. En efecto, hay en la práctica normas jurídicas eficaces, pero que no logran a ser válidas y/o justas; existen normas jurídicas válidas, pero que carecen de justicia y/o eficacia y finalmente, hay ordenamientos jurídicos justos, pero que pueden no llegar a ser válidos ni eficaces. La aspiración de la sociedad es cubrir en su más alta proporción un derecho que cumpla con estas tres expectativas. En el cuadro siguiente se pueden apreciar con objetividad las tres dimensiones del derecho, antes expuestas.

| DIMENSIONES DEL DERECHO | |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| EFICAZ (dimensión sociológica) | VÁLIDO (dimensión normativa) |
| JUSTO (dimensión valorativa) | |

FUNCIONES DEL DERECHO

¿Para qué sirve el derecho?. Esta es una pregunta que frecuentemente se hacen, no sólo los estudiosos de esta materia, sino todas las personas en general. Es en consecuencia, muy importante la formulación de respuestas claras y concretas a esta interrogante planteada. Habiendo estudiado las tres dimensiones del derecho, no parece difícil ubicar la utilidad que tanto para las personas como para el grupo social, representa la presencia del derecho, como instrumento rector de sus relaciones sociales. El derecho sirve de manera muy importante, para mantener el orden; para preservar la libertad de todas las personas; para garantizar seguridad en su quehacer; para salvaguardar la paz, evitando los actos violentos; para lograr la realización del bien común; para realizar los valores supremos de la ética. En una palabra: Para que todos los seres humanos se desenvuelvan en un ambiente de armonía e interdependencia, satisfaciendo sus necesidades, deseos y aspiraciones, sin afectar las esferas de actividad de las demás personas y al mismo tiempo, lograr una convivencia más enaltecida y constructiva, tanto desde el punto de vista material como cultural.

Sobre este importante tema, Ricardo del Angel Yagüez³, importante tratadista español de esta materia, estudia de manera exhaustiva, en los primeros cuatro capítulos de su obra, las funciones más importantes del derecho: a) Como instrumento de organización social; b) como regla de conducta; c) Como medio de resolución de conflictos sociales y, d) Como forma de aplicación humana de la justicia.

ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DEL DERECHO.

El vocablo *derecho* proviene de la voz latina *directum*. Significa: Lo que es recto, lo que no se inclina a uno ni a otro lado. Si bien es cierto que el término es de origen romano (ya que proviene del latín), también lo es que en Roma no se utilizó tal vocablo, puesto que ellos empleaban el término “*iuris*” (derecho), para referirse al conjunto de normas *jurídicas* (de ahí esa denominación). El vocablo *derecho* se empleó en consecuencia, en los pueblos dominados por el imperio romano y que adoptaron el latín como lengua básica para formar sus propias formas de expresión (las lenguas románicas o romances). Así, la voz española *derecho*, se dice en italiano: *diritto*; en francés *droit*;

³ Yagüez, Ricardo del Angel.- Una teoría del Derecho. Editorial Civitas. Madrid, España, 1995. pp. 33 a 93.

en portugués *direito*. Inclusive, en alemán derecho se dice: *völkerrecht*. En cambio, en inglés, derecho se dice simplemente: *Law*.

Este vocablo es en sí mismo confuso y multívoco, por virtud de que puede ser al mismo tiempo, como se estudiará más adelante: Conjunto de *normas obligatorias de conducta* o bien, *conjunto de facultades* que derivadas de esas normas, se les otorgan a las personas para la realización de sus actividades dentro del grupo social.

Habiendo estudiado estos aspectos preliminares pero muy importantes sobre el derecho. Debe abordarse el tema de su definición. Se está sin duda, frente a una cuestión muy difícil a tal grado que hay tratadistas que consideran que el derecho es indefinible, por las múltiples y diferentes facetas que presenta. Existen autores que inclusive cuestionan la validez científica del derecho. Otros opinan que es imposible definir al derecho por el método tradicional del género próximo y la diferencia específica, a virtud de que aquí se carece de ambos elementos. En cambio, para numerosos estudiosos del derecho, sí es posible y recomendable definirlo, por razones de simple comprensión metodológica, elaborando un concepto en el que se procuren reunir la mayor parte y los más importantes elementos componentes de esta disciplina.

A lo largo de la historia de la humanidad, en las diferentes épocas, numerosos autores se ha aventurado a emitir una definición del derecho, definiciones que guardan ciertas semejanzas y a veces, grandes diferencias. Aquí se mencionarán algunas definiciones expuestas por prestigiosos estudiosos de la ciencia jurídica, exclusivamente para demostrar cuán difícil es la tarea de definir al derecho.

**El derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo (Celso).* Este importante jurista romano dio un concepto extenso del derecho, pero por ello, difícil de comprender, por virtud de que hubo necesidad de busca explicación sobre qué es lo bueno y qué es lo equitativo, y en ese tema se enfrascaron numerosos juristas de la antigüedad.

**Derecho es el conjunto de preceptos que rigen la conducta del hombre, en relación con sus semejantes por cuyo medio es posible al mismo tiempo que justo y útil, asegurar su cumplimiento por medio de la coacción exterior (Baudry-Lacantinerie).* Nótese como este autor alude a la dimensión sociológica del derecho, al expresar las regulaciones de conducta del hombre con otros hombres, así como a la eficacia del derecho, en cuanto lo considera dotado de fuerza o acción coactiva; recurre aunque brevemente a la dimensión valorativa del derecho, al indicar que esos preceptos deben ser justos; finalmente introduce un elemento ajeno a la ciencia del derecho, que propio y característico de la ciencia económica como es la *utilidad*.

**El derecho es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, fundada en el poder coactivo del estado (Ihering).* Esta definición se centra fundamentalmente en tratar de destacar la eficacia del derecho, apoyada en la validez del mismo, mediante la fuerza o poder coactivo estatal, se refiere asimismo, a la eficacia del derecho, en cuanto hace mención a las condiciones vitales de la sociedad, pero ignora en absoluto, su dimensión valorativa.

**El derecho es un orden coactivo (Kelsen).* Nótese como este autor le da relevancia exclusivamente a la dimensión normativa del derecho, ignorando totalmente las características de las dimensiones sociológica y valorativa del citado derecho.

****El derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable (Rudolf Stamler).*** Aquí se vislumbra al derecho mirándolo exclusivamente como lo hace Kelsen, en su dimensión normativa o de validez.

Existen tratadistas mexicanos que igualmente han pretendido definir al derecho. Algunas de estas definiciones son las siguientes:

****Derecho es un orden concreto instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público (García Máynez).*** La yuxtaposición de ideas de este ilustre profesor mexicano no es desde luego, una definición, sino un concepto descriptivo en el cual se pretende cubrir las tres dimensiones del derecho: La sociológica, la normativa y la valorativa o axiológica. En efecto, al referirse el autor a un orden concreto instituido por el hombre en forma colectiva para regular las conductas externas y bilaterales, se está haciendo referencia a la dimensión sociológica del derecho. Al referirse a la ***normas que son normalmente*** cumplidas por los particulares, y en su ausencia o defecto, aplicadas por el poder público, se está haciendo referencia a la dimensión normativa del derecho. Finalmente, la mención que hace el autor en cuanto a la realización de valores colectivos, pretende con ello, insertar en su concepto la tercera dimensión, la valorativa o axiológica de esta disciplina. Sin embargo, no se expresa cuál o cuáles son los valores supremos del derecho; se olvidó en el concepto la característica heterónoma del derecho, y desde luego, se pasó por alto que las normas jurídicas deben ser observadas y cumplidas inclusive por los órganos del poder público y no sólo por los particulares.

****El derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes, y sanciones (Rojina Villegas).*** Este tratadista, uno de los estudiosos más brillantes que ha dado México, elabora un concepto eminentemente objetivo, en el cual no se vislumbran con claridad las tres dimensiones del derecho, y sin embargo, reflexionando en cada una de las palabras empleadas se logra ubicar la conexión de su significado con la triple dimensión de la disciplina jurídica, que tanto ha sido mencionada como base de sustentación del contenido de lo que debe estimarse como jurídico, aunque ya en el detalle el autor no expresa a cuál tipo de conducta humana se refiere en su definición: Si a la interna o a la externa. Tampoco expresa con claridad quién o quiénes y cómo se crea el sistema al que se refiere.

****Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerar esas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica (Villoro Toranzo).*** En esta definición se encuentran asentados de manera racional, las tres dimensiones del derecho. Sin embargo, podría cuestionarse acaso, que así como existen en el derecho normas sociales, también existen normas individuales; que algunas de esas normas no son necesariamente obligatorias, sino que inclusive pueden ser potestativas es decir, de cumplimiento voluntario para las personas.

****Derecho es el conjunto de normas jurídicas que confieren facultades, que imponen deberes y que otorgan derechos, con el fin de regular los intercambios y en general la convivencia social para la prevención de conflictos o para su resolución, con base en***

critérios de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia (Pérez Nieto). Esta definición ubica adecuadamente las dimensiones sociológica, normativa y valorativa del derecho, pero enumera una serie de elementos, algunos que no son propios y característicos de una definición de ella, como por ejemplo, la prevención o solución de conflictos. Parece ocioso en la definición de este profesor, hacer la enumeración de algunos de los elementos valorativos del derecho, puesto que no se mencionaron todos. Hubiera sido preferible simplemente hacer referencia al más importante de ellos como lo es la justicia, como el más alto valor de esta disciplina.

**El derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social y cuya validez (obligatoriedad) está condicionada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinado (Alvarez Ledesma).* Esta definición es una colección ordenada de contenidos y funciones del derecho. Pretende destacar la dimensión normativa de esta ciencia, aunque inmediatamente después la mediatiza con el condicionamiento que hace de estas normas a los valores éticos, situación que en la realidad del derecho eficaz y normativo, frecuentemente no acontece. En efecto, desgraciadamente en la realidad, no es cierto que el valor ético del derecho objetivo, esté por encima de su eficacia y su validez normativa..

Ninguno de los conceptos o definiciones que se han expuesto anteriormente, son falsas o equivocadas. Lo que sucede es que cada autor ha privilegiado una faceta del derecho por encima de las otras, y eso hace de sus definiciones, algo perfectible. Aclarado esto, se va a pretender elaborar una definición del derecho propia del autor de esta obra, con la advertencia de que seguramente la misma tendrá carencias o ambigüedades como las que presentan las anteriormente seleccionadas.

Tratando de dar un concepto que se aproxime lo más que sea posible a uno de aceptación más o menos general, se puede expresar que: ***Derecho, entendido como un conjunto de normas, es la ciencia social y cultural que, mediante ordenamientos imperativo-atributivos, se encarga de regular la conducta exterior de las personas, cuando ésta se manifiesta dentro del grupo social, persiguiéndose con ello, la realización de la justicia.***

ACEPCIONES O SIGNIFICADOS DEL VOCABLO DERECHO.

Este vocablo se puede utilizar con diversas significaciones: Así se puede acompañar de un segundo término o palabra que le da una sustancia diferente en cada caso: ***Derecho Objetivo; Derecho Subjetivo; Derecho Natural; Derecho Positivo y Derecho Vigente,*** son las acepciones más usadas para este vocablo. A continuación se hará el estudio de cada una de estas acepciones.

Derecho Objetivo. Es sinónimo de ciencia, es decir, es el conjunto de normas o mandamientos obligatorios de conducta. La descripción de la ciencia jurídica se puede hacer de manera muy genérica o bien, de forma muy específica, pero en todos los casos se estará haciendo referencia al derecho objetivo o ciencia del derecho. En los cuadros siguientes se podrá ver cómo se utiliza el vocablo derecho objetivo en su aspecto más genérico o bien, en sus concepciones más específicas.

| | |
|---|--|
| DERECHO OBJETIVO (con contenido muy genérico) | Es el conjunto de normas que regulan la conducta exterior de las personas dentro del grupo social. |
|---|--|

| | |
|--|---|
| DERECHO OBJETIVO (con un contenido menos genérico) | El derecho romano, sobre todo el derecho civil de Roma, ha servido de modelo para todos los ordenamientos jurídicos de los diversos países. |
|--|---|

| | |
|--|---|
| DERECHO OBJETIVO (con un contenido específico) | El derecho mercantil se encarga de regular los actos de comercio. |
|--|---|

| | |
|--|---|
| DERECHO OBJETIVO (Con un contenido más específico) | De acuerdo con las normas jurídicas que regulan la compraventa, las partes que intervienen en este contrato, se denominan comprador y vendedor. |
|--|---|

De conformidad con lo expresado en los cuadros anteriores, se tiene que en su significación más amplia o genérica, por derecho objetivo se debe entender *todo aquello* que se encuentra comprendido dentro de la ciencia del derecho en su conjunto. En cambio, en una significación menos genérica, al derecho objetivo se le puede ubicar en un ámbito de aplicación histórica, como se hizo con el derecho romano, o bien, se puede hacer referencia al lugar de aplicación o procedencia del derecho, ya no históricamente considerado, sino a los regímenes contemporáneos y así, es posible que dentro del derecho objetivo se pueda hacer referencia al derecho mexicano, al francés o al estadounidense. En una significación menos genérica, se puede hacer alusión a la materia de la cual se ocupan los ordenamientos jurídicos, utilizando estas expresiones: Derecho público, derecho privado o derecho internacional o bien, en lo correspondiente a la materia, cuando se desea hacer mayor precisión de los ordenamientos jurídicos correspondientes, se manejan los siguientes vocablos: Derecho constitucional, derecho

civil, derecho administrativo, derecho del trabajo, o al derecho mercantil, como se hizo mención en el tercer cuadro.

Finalmente, en lo referente al derecho objetivo, es posible utilizar un lenguaje más específico y con él, hacer referencia a una norma reguladora de ciertas situaciones determinadas por dicha norma, como sucede en el cuadro inserto en último lugar, en el que se hace una mención específica de la norma fundamental que regula jurídicamente el contrato de compraventa.

Con estas consideraciones, parece posible realizar una clara concepción del contenido y campo de ubicación del vocablo *derecho objetivo*.

Derecho subjetivo. En su significación más conocida y aceptada, *es el conjunto de facultades, que se derivan de las normas jurídicas aplicables es decir, emanadas del derecho objetivo.*

En efecto, en tanto que en el derecho objetivo se contemplan todos los elementos, características y contenidos de la ciencia jurídica, en el *derecho subjetivo* se insertan exclusivamente las facultades o derechos que poseen las personas y que les permiten realizar algo o exigir en su caso, que los demás realicen algo en su favor. El derecho, o para expresarse con mayor propiedad, los derechos subjetivos o facultamientos de conducta derivados de las normas jurídicas, son abundantes. Las expresiones: “Yo tengo derecho de transitar libremente”; “Las personas tenemos derecho de profesar la creencia religiosa que nos agrade”; “Los hijos menores, así como los hijos mayores incapacitados tienen derecho a recibir alimentos de sus ascendientes”, son ejemplos patentes de los llamados derechos subjetivos.

En otras palabras: Por *derecho subjetivo* en este caso, se deberá entender al conjunto de facultades (o derechos) que con apoyo en una norma objetiva, son atribuibles a las personas en un lugar y momento determinado.

| | |
|---|---|
| DERECHO SUBJETIVO (Significación tradicional, más conocida y aceptada) | Conjunto de facultades (derechos) que derivadas de las normas jurídicas (derecho objetivo), se les otorgan a los <i>sujetos</i> o personas. |
|---|---|

Existen algunos autores inspirados en la teoría kelseniana, que le dan al vocablo derecho subjetivo, una significación peculiar, como acontece con el tratadista español Joaquín Almuera⁴ indica que el trato que se le puede dar al fenómeno de la conducta humana vislumbrada al amparo de la ciencia jurídica, se puede hacer desde dos ángulos o puntos de vista diferentes: Uno material, general u objetivo, y otro personal o subjetivo. Es decir, si se contempla y se estudia el fenómeno científico en un plano meramente material, sin hacer consideraciones personales al respecto, estará colocado el estudio de la situación dentro del derecho objetivo. En cambio, si la persona que efectúa el estudio del caso no sólo contempla el tema y lo analiza a la luz de las normas

⁴ Almuera.- Op. cit. p. 107

jurídicas aplicables, sino que a partir de su conciencia, de sus consideraciones personales (subjetivas) o de sus puntos de vista, emite una opinión o en su caso, una decisión personal sobre un tema de pleno conocimiento o dominio de la ciencia jurídica o del derecho objetivo, se estará frente a un claro y evidente caso de **derecho subjetivo**, que en esta situación es la contemplación y la decisión o emisión de un criterio personal sobre un determinado ordenamiento jurídico. En el cuadro siguiente se inserta con mayor claridad la concepción de Almguera sobre el derecho subjetivo.

| | |
|--|--|
| <p>DERECHO SUBJETIVO (Concepción kelseniana)</p> | <p>Es un sentimiento, opinión o decisión jurídica sobre una norma de derecho objetivo previamente determinada.</p> |
|--|--|

Esta significación que el citado Almguera le da al derecho subjetivo, encuentran su origen y base de sustentación, en dos obras importantes y que han servido para fundar toda una *escuela* jurídica: La **positivista** de la cual, uno de sus más brillantes expositores es precisamente el tratadista Hans Kelsen⁵. Las obras escritas por este inmortal jurista abordan con criterios especiales y no menos valiosos, éste y otros importantes temas de la ciencia jurídica, y no deben faltar en toda biblioteca de un estudioso del derecho.

La concepción tradicional y la kelseniana del derecho subjetivo, de ninguna manera se oponen, sino que se complementan y retroalimentan; Las dos dan por sentada la premisa de la existencia previa de una norma jurídica y en la cual, el derecho subjetivo es la facultad o decisión que emanada de aquél, deviene en **un poder voluntad del hombre, para satisfacer sus propios intereses, en conformidad con la norma jurídica**, según lo establece Renato Ruggiero⁶.

Para demostrar la voluntad o presencia de la persona en la conformación del derecho subjetivo Kelsen⁷ señala que tener un derecho subjetivo significa **tener un poder jurídico específico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica... El otorgamiento de tal poder es una función del derecho objetivo**. Según este autor, cuando la potestad o voluntad del hombre al expresar un criterio, coincide con la norma jurídica objetiva, se ubica, ésta típicamente en el derecho subjetivo. Por ejemplo: Si una persona externa en tiempo y forma su voluntad para designar quiénes lo sucederán en la propiedad de sus bienes y derechos que no se extingan con la muerte, se estará frente a la presencia del derecho subjetivo, por virtud de que esa potestad coincidirá con las normas jurídicas rectoras en el derecho objetivo. Con este ejemplo tomado de la literatura jurídica kelseniana, se puede claramente establecer que entre la concepción tradicional del derecho subjetivo y la concebida por el positivismo jurídico, existen claras muestras de correlatividad, con la salvedad de que en Kelsen el derecho subjetivo tiene una significación más amplia, ya que éste no es sinónimo de facultad, **sino que es toda manifestación o sentimiento que sobre una norma jurídica expresa**

⁵Kelsen, Hans.- Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa y Teoría General de las Normas. Editorial Trillas. México.

⁶Ruggiero, Renato. Citado por Galindo Garfias, Ignacio en su obra: Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 6.

⁷Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Editorial Trillas, p. 107

una persona, tanto al ejercitar un derecho propio y exclusivo, como al momento de emitir una decisión jurídica que es de su competencia o exclusividad, como sucede en el caso de un juez, cuando al resolver una controversia, haciendo uso de su potestad, aplica la ley a un caso concreto.

Para concluir y ubicarse dentro de los límites marcados para esta obra, sobre el estudio del derecho subjetivo, es importante señalar que el concepto kelseniano no es en manera alguna opuesto, al concepto de derecho objetivo. En efecto lo *opuesto* al derecho subjetivo de una persona, *es el deber o la obligación jurídica de otra*. Ahí sí hay una polaridad diferente de contenidos entre una persona (el titular del derecho) y otra (el titular del deber jurídico o de la obligación). En su más amplia y posiblemente más precisa significación, por derecho subjetivo se debe entender en conclusión: El facultamiento de conducta que una norma jurídica otorga a su titular para poder expresar o ejercer algo que legítimamente le corresponde. Así se tiene que: Frente a **un derecho subjetivo** habrá siempre un *deber jurídico (DERECHO SUBJETIVO >< DEBER JURÍDICO)*.

➤ **Derecho natural**. Se conceptúa como aquél conjunto de ordenamientos que la razón demuestra que son acordes, que están en consonancia con la *naturaleza* misma del hombre. El derecho natural está constituido para numerosos juristas, por la serie de Principios fundamentales que rigen a todo el derecho positivo.

Esta acepción del derecho constituye uno de los temas básicos y de más difícil exposición dentro la teoría de la ciencia jurídica. Se debe estar de acuerdo en principio con Kelsen en el sentido de que el derecho como ciencia, es un producto y creación típica del hombre, que el derecho es una ciencia social y cultural **y no una ciencia natural**, no se refiere al estudio de algo que se ha originado en la naturaleza-, y consecuentemente, se debe tener sumo cuidado en el estudio del contenido y alcances del derecho natural.

Desde luego, al emplearse en la teoría jurídica el vocablo derecho natural, en ningún momento los estudiosos de este tema consideran o admiten que la ciencia jurídica se ubique entre las ciencias naturales. No, desde la antigüedad, partiendo con las tesis filosóficas de Platón y Aristóteles, se consideraba al derecho natural como algo emanado de los mandatos de la divinidad o creado por la razón humana. Precisamente Platón confrontaba los postulados de las leyes divinas y no escritas, con las leyes hechas por los hombres, las cuales no podían prevalecer sobre aquellas.

De la misma manera en Roma Ciceron, extraordinario jurista latino, expresó que el derecho natural se integra con normas trascendentales a todos los pueblos, que emanan, que se inspiran directamente de las creadas por la divinidad. Gayo, otro extraordinario jurista romano identificó al *ius civile* con el derecho creado por los hombres, y al *ius gentium* o derecho de gentes, como el emanado de la divinidad.

En plena edad media, Santo Tomás en su doctrina denominada **Escolástica**, distinguía claramente entre la ley eterna y la ley humana (derecho natural). Esta misma concepción del derecho natural se da en el renacimiento con las numerosas tesis de las doctrinas religiosas protestantes, en las cuales se concibe al derecho natural como el derecho de la razón, como el reflejo de algo eterno y universal (ley divina), en el cual se encuentran contenidos todos los preceptos del orden jurídico. Dentro de este espacio se

desenvuelven las tesis más importantes de Hugo Grocio y de Puffendorf en el siglo XVII, quienes consideran que la razón humana describe el propósito de sociabilidad del hombre el cual, conciente de sus debilidades, procura mediante el uso de la razón, una asociación con otros hombres, para hacer posible su supervivencia. Más adelante, en el siglo XIX, el derecho natural se identifica plenamente con la idea de justicia (dimensión valorativa del derecho), al considerarse que los postulados del derecho natural que respondan de mejor manera a los ideales de justicia entre los hombres, deben ser los más aplicables en la sociedad humana (dimensión sociológica del derecho). Aquí se da un giro importante al derecho natural, al considerarse que éste no deriva exclusivamente de la razón sino también de la conciencia social, y que en consecuencia, al variar los objetivos de la sociedad humana, tornan a este derecho como relativo y cambiante. Ejemplo patente de los cambios en el derecho natural se ponen de manifiesto si se compara la concepción de este derecho en la época aristotélica y en la actual: En la era del filósofo estagirita, la esclavitud se consideraba como algo *natural* entre los hombres. Ahora se contempla como algo contrario totalmente a la *naturaleza* del ser humano.

Finalmente en ese breve recorrido histórico de la concepción del derecho, se llega en ese propio siglo XIX, al momento en que comienzan a exponerse las tesis de los partidarios de las escuelas exegéticas y positivistas del derecho, los cuales terminan por negar la existencia del derecho natural, reduciéndolo sólo al sitio que corresponde a los llamados Principios Generales del Derecho, los cuales sirven exclusivamente para informar e inspirar la creación de las normas jurídicas positivas, por parte del estado, que es la única y exclusiva fuente creadora de normas jurídicas.

Para ubicar adecuadamente los cambios sufridos en la conceptualización de los contenidos del derecho natural, se pueden estos colocar en tres grandes etapas: La primera es la perteneciente a los pueblos de la antigüedad, sobre todo a Grecia y Roma. En esta etapa se le da al derecho natural una extraordinaria importancia. Se considera a la naturaleza propia del ser humano, a sus características, deseos, aspiraciones y realidades, como la fuente en donde deberían originarse los ordenamientos jurídicos rectores de su conducta.

La segunda etapa del derecho natural se ubica en la edad media, en la cual, para distinguir a las leyes divinas de las leyes humanas, se indica que la ley eterna proviene de Dios, el cual ha elaborado una serie de Principios verdaderos e inmutables de los cuales devienen los derechos y deberes *eternos* del hombre para con los demás hombres. Que estos principios no pueden ni deben ser trastocados por ningún gobernante, por virtud de que un atentado en contra de ellos significa romper el mundo armonioso de *Dios*, creado por las citadas leyes divinas, y que por consiguiente las leyes humanas (las que provienen de la razón de las personas), deben ajustarse a los principios rectores de la ley divina. La ley eterna (según la escolástica), es la voluntad de Dios, y en consecuencia, la reguladora suprema de la conducta humana la cual quedará también sujeta a las leyes naturales expedidas por los hombres para regir sus diferentes manifestaciones, tanto en lo moral, como en lo político o en lo jurídico. En consecuencia, la ley natural se convierte en esta etapa, en derecho objetivo, cuando es expedida y aplicada por los hombres y sus organizaciones políticas. El desplome de la armonía que durante muchos años existió en el tomo a la teoría del derecho, se inició con la distinción que en su doctrina escolástica hizo Santo Tomás, entre la ley eterna y

la ley humana. Se le atribuyó a la ley humana (ley natural), un contenido del que realmente no le pertenecía.

En efecto, y en atención a lo expuesto, hasta la edad media, lo que ahora se denomina **derecho positivo**, se encontraba absorbido dentro del concepto ahora llamado **derecho natural**. En efecto, el derecho positivo se diluía, quedaba comprendido dentro del derecho natural, puesto que aquél no era sino la manifestación formal de éste. En consecuencia, hasta este momento histórico, existía una manifiesta confusión entre lo que era dentro del derecho objetivo, el derecho natural y el derecho positivo.

La tercera etapa del derecho natural se da a partir del siglo XVII, se inicia con la nueva concepción racionalista del derecho. Aquí empieza a desaparecer la supremacía del derecho natural, introduciéndose la teoría que admite la existencia de dos derechos: **El natural y el positivo**, separados en una especie de dos líneas paralelas entre lo ideal (derecho natural) y lo real (derecho positivo).

Es sin duda Kant (1724-1804) el que con sus teorías consigue la separación entre uno y otro derecho. La idea del derecho natural como un derecho **real** empieza a desaparecer, para dar nacimiento a un derecho natural que coincide con un derecho **ideal**. Hegel (1770-1831) con su idealismo político se encargó definitivamente de impulsar la teoría positivista del derecho. Para Hegel es el estado como órgano político absoluto, el encargado de crear el derecho. El derecho deja de ser una fuente legitimadora del estado para transformarse en una realidad emanada del propio estado. Con la concepción Hegeliana del estado y del derecho, éste queda materialmente subordinado y mediatizado por el poder estatal.

Finalmente Hans Kelsen se encarga de crear toda una corriente *ius* positivista que niega absolutamente cualquier valor jurídico al derecho natural expresando que el único y verdadero derecho es aquél que material y formalmente proviene del estado.

Dimensión actual del derecho natural. Existe una importante corriente de estudiosos del derecho, cuyo comienzo se ubica a mediados del siglo XX, que no obstante reconocer que el derecho positivo, es decir, el derecho que expide el estado es predominante, las tesis del derecho no deben ni pueden reducirse a un derecho apoyado exclusivamente en su impositividad. Es necesario que no se confundan estado y derecho, es importante que el derecho adquiriera nuevamente su autonomía estructural; se requiere de una autonomía jurídica frente a la voluntad del estado. Justo junto a las prácticas jurídicas estatales o gubernamentales creadoras del derecho existente en un lugar y momento determinado, que se apoyan en **lo que es** (derecho positivo), existen las normas del **deber ser** (derecho natural), que permiten comprobar el valor de las normas positivas. Esta corriente se identifica con el mundo de los valores, con el derecho intrínsecamente valioso, con los Principios según los cuales las normas jurídicas positivas deben ser elaboradas y evaluadas.

En este espacio *iusnaturalista* se ha elaborado toda una corriente moderna que le ha dado al derecho su tercera dimensión, a la cual ya se hizo referencia en el punto 3 de este Capítulo. En efecto, esta tercera dimensión del derecho ha sido denominada: Estimativa o axiología jurídica y desde luego, se refiere la materia que actualmente abarca el contenido del derecho natural. Es indudable que en tanto que el *ius* positivismo se mueve en el ámbito de lo real, **del ser**, el *ius* naturalismo se desempeña

en el mundo de lo ideal, del *deber ser*. Uno es el mundo jurídico material y otro es el mundo valorativo del derecho. Ambos mundos no se oponen, sino que se complementan. Una ley puede ser eficaz y formalmente válida (mundo material), pero puede ser injusta o moralmente mala (espacio valorativo perteneciente al derecho natural). El legislador estatal al hacer la ley, el gobernante o los gobernados al momento de exigir su cumplimiento o cumplir con ella según el caso, así como el juzgador al aplicarla para resolver un conflicto, deberán tener presente además del espacio material de ésta, el valorativo, con el propósito o de hacer mejores leyes, acatarlas o hacerlas cumplir de manera más justa o dictar una sentencia válida no sólo desde el punto legal o *ius positivista*, sino jurídicamente valiosa.

El enjuiciamiento crítico que en todo momento puede hacerse de una norma de derecho positivo, tendrá que resolverse necesariamente acudiendo a criterios no contenidos en la ley misma o en el derecho positivo tomado en su conjunto, sino tomado en cuenta criterios axiológicos, estimativos o valoradores que se ubican plenamente dentro del contenido del derecho natural. La ontología o estudio del ser, la deontología o teoría de los deberes, la ética y desde luego la axiología, ubicadas dentro del espacio jurídico, son instrumentos científicos importantes a través de los cuales se investiga y se concluye sobre el valor de una norma jurídica positiva. El derecho histórica e intrínsecamente (por sí mismo) válido es precisamente aquél del que se ocupa el derecho natural, que precede y sobrevive al derecho positivo. El pasaje del inmortal dramaturgo griego Sófocles (hacia 564 a.c) expuesto en una de sus más importante obras llamada *Antígona*, describe de una manera inmejorable, la diferencia que ha existido y que habrá entre el derecho natural y el derecho positivo. En este pasaje la heroína (Antígona) se enfrenta a un gobernante llamado Kreos y le reclama que el derecho al que ella recurre para defenderse, no es el de las leyes expedidas por él como gobernante, sino al derecho que apareció no hoy ni ayer, aquél que vive eternamente y nadie sabe cuándo apareció. Antígona le argumenta al gobernante Kreos que no creía que sus edictos valiesen más que las leyes inmutables y no escritas hechas para los hombres por los dioses, por virtud de que él era un simple mortal.

En consecuencia, todo, absolutamente todo el derecho positivo está apoyado e inspirado en juicios de valor. Resultaría absurdo pensar que cuando el gobernante elabora una ley, cuando la aplica o cuando resuelve un conflicto con apoyo en el ordenamiento jurídico, no elabore previamente un juicio de valor, eligiendo entre las opciones posibles, la de más valor, la mejor para el bien común. Sólo en un estado dictatorial en donde los intereses del gobernante estén por encima del bien común, se podría apartar el derecho positivo de un contenido valorativo o axiológico.

Johanes Messner⁸ en su valiosa obra sobre el derecho natural, expresa que el objeto de esta ciencia, *es el orden social entendido como un conjunto de derechos y deberes jurídicos que constituyen las relaciones interhumanas*. Más adelante, en su páginas 16 y siguientes, el autor realiza un estudio muy significativo del hombre en sus dimensiones. En lo físico y en lo intelectual. En el primer caso indica que por su cuerpo, el hombre se encuentra ubicado indudablemente dentro del reino animal, pero por su uso de razón, el hombre se ubica en la escala superior. Es el *homo faber*, el que fabrica utensilios, gracias a que es el único ser viviente capaz de disponer de su conducta en forma conciente.

⁸ Messner Johanes.- *Ética Social, Política y Económica, a la Luz del Derecho Natural*. Ediciones Rialp. Madrid, 1967. p. 13

En consecuencia, continúa exponiendo sus tesis sobre el derecho natural este excepcional tratadista, el hombre es objeto de estudio, no solo de la antropología empírica, sino también de la antropología metafísica, en donde se explica porque el hombre es el único ser racional que es capaz de utilizar su inteligencia para crear valores y para distinguir a éstos de los que no lo son.

En conclusión: La idea básica de un derecho justo, encuentra su fundamento no en el derecho positivo, sino en el derecho natural. En el siguiente cuadro se hace una ubicación esquemática de las cuatro etapas históricas del derecho natural.

DERECHO NATURAL

| | |
|--------------------------------|---|
| Modificación de sus contenidos | <p>1.- Grecia y Roma.- Se identifica con la naturaleza del ser humano.</p> <p>2.- Edad media.- Es un desprendimiento de la ley divina o etema y es expedido por los hombres.</p> <p>3.- Edad moderna.- Se ubica al derecho natural en el mundo de lo ideal. Se llega a identificar con los Principios generales del derecho.</p> <p>4.- Epoca contemporánea.- Se ubica al derecho natural en la axiología jurídica.</p> |
|--------------------------------|---|

➤ **Derecho positivo.** se refiere a aquél conjunto de normas jurídicas que dotadas de validez formal y eficacia, realmente se están observando y en su caso, aplicando en un lugar y momento determinado.

Ha sido ya tradicional a lo largo de la historia (sobre todo de los dos últimos siglos), la lucha ideológica y doctrinaria que han enfrentado las corrientes filosóficas *iusnaturalistas*, frente a las *iuspositivistas*. Dentro de la corriente *iuspositivista* se encuentra dos vertientes, con partidarios importantes en ambas vertientes. La primera está representada por los *iuspositivistas* formalistas o radicales y la otra por los *iuspositivistas* sociologistas. Los juristas pertenecientes a la citada primera corriente, son partidarios de la tesis denominada **reduccionista** (formaslista-legalista), en la cual se considera que una norma jurídica existe, cuando los órganos del estado la han expedido y por consecuencia la misma se considera válida. Aquí la justicia queda encuadrada y reducida necesariamente, dentro de la validez formal del derecho. Consideran los partidarios de esta tesis, que si una norma reúne los requisitos formales exigidos, es totalmente válida y desde luego, es justa por esa misma razón.

Los partidarios de la tesis *iuspositivista* con objetivo sociológico la fundan no en la validez formal de la norma, sino en su eficacia. Esta tesis también es conocida con el nombre de **Escuela Sociológica del Derecho**. Para esta corriente, la validez de la norma reside en su eficacia. En consecuencia, todo aquello que se vive y se utiliza socialmente como norma obligatoria de conducta –como derecho-, es **derecho**. Con esta posición, la conceptualización formalista-legalista de validez de la norma, queda sometida a la eficacia de la misma. De aquí que todos los partidarios de esta corriente se oponen a la

codificación del derecho, por considerar que en estos casos se pasa por alto, en aras del formalismo legalista, la libre voluntad del pueblo para ir dando forma a sus disposiciones jurídicas. La escuela sociológica del derecho a su vez, se divide en dos vertientes muy importantes: La primera se ubica en una posición llamada **positivismo empírico**. Los partidarios de esta tesis –Savigny el más destacado–, consideraron que el derecho no es un producto de la razón humana, como piensan los *iusnaturalistas*, sino que es un producto espontáneo de los pueblos, de las diversas sociedades que se ubican sobre la faz de la tierra, es un producto semejante al lenguaje, que surge como respuesta a una imperiosa necesidad de los miembros del grupo social. A esta corriente doctrinaria ubicada dentro del positivismo sociológico, se le conoce con el nombre de **Escuela Histórica del Derecho**. Para los partidarios de esta tesis, la costumbre es la fuente más importante de la ciencia jurídica, por virtud de que es el comportamiento de los pueblos, las normas generalmente creadas y practicadas por sus miembros de manera generalizada, las más importantes expresiones del derecho.

Para la Escuela Histórica del Derecho, la norma jurídica verdaderamente válida, es la norma eficaz, aquella que realmente están cumpliendo, acatando y observando los seres humanos en un lugar y momento determinado, independientemente de su validez formal, la cual puede o no presentarse en el caso concreto; es decir, la validez de la norma jurídica depende de la eficacia que le otorgue la sociedad en su conjunto, y desde luego, ahí depende también el concepto de justicia. En efecto, se considera dentro de esta corriente jurídica que la formalidad que lleva a cabo el estado para hacer válida una norma, es sólo la consecuencia directa de su eficacia, es decir, de la asiduidad con la cual el pueblo, los individuos pertenecientes a una sociedad determinada, observan y acatan el mandamiento de conducta, producto de sus formas habituales de comportamiento. En este caso, el estado reviste de formalidad –validez legal–, a esa norma jurídica.

La segunda vertiente de la escuela sociológica del derecho, se denomina: Realismo Jurídico. La primera fase de esta vertiente aparece en la segunda mitad del siglo XIX. Esta vertiente surge como consecuencia de una exagerada codificación de los ordenamientos jurídicos creados por el estado, que ocasionaron un desfase entre ellos y la realidad social que experimentaba la sociedad europea con motivo de la revolución industrial. Por esta falta de armonía entre los textos jurídicos escritos y las necesidades que imponía una nueva práctica social, los jueces desempeñaron un papel muy activo, como intérpretes y emisores sustitutos de ordenamientos jurídicos aplicables, no contenidos en el derecho declarado formalmente válido. Los jueces dejaron de ser en este momento, meros aplicadores mecánicos de los ordenamientos jurídicos, para transformarse en intérpretes y hasta en creadores de normas de derecho a través de las sentencias emitidas. Es decir, se afirmó en esta etapa que los jueces tenían la función de llevar a cabo una importante tarea complementaria del legislador: Adaptar las normas jurídicas a las necesidades reales de la sociedad. Esta vertiente del positivismo sociológico fue defendida por juristas tan destacados como Geny y Ehrlich. Estos tratadistas consideraban en síntesis, que los jueces deberían buscar, cuando la situación lo ameritara, la solución a los conflictos que experimenten los miembros de la sociedad., más allá de los espacios tan estrechos ofrecidos por los códigos emitidos formalmente por el estado. Esta vertiente encontró en las primeras décadas del siglo XX, importantes espacios de aplicación entre los países escandinavos y desde luego, en los Estados Unidos de América, en donde los precedentes judiciales tienen prioridad inclusive, sobre las normas del derecho declarado formalmente válido.

Tomando en cuenta estas diferentes corrientes referidas tanto al derecho natural como al derecho positivo, parece importante formular una pregunta muy trascendente: ¿Cuál de estas corrientes o vertientes se aplica en el sistema jurídico mexicano?

En primer lugar, se puede afirmar que cada día aumenta el número de estudiosos de la ciencia jurídica que admiten que el llamado *derecho natural* se ubica exclusivamente dentro de la dimensión valorativa o axiológica del derecho. Se llega a admitir que el susodicho derecho natural, aunque con características diferentes al derecho positivo, sí es derecho o bien, que cuando menos es un conjunto de principios filosófico-sociales, que son inmanentes a la naturaleza misma del hombre, que califican o valoran a los contenidos del derecho positivo. Por otra parte, en cuanto al derecho positivo, aún cuando en una gran medida se tiene adoptada la Escuela *Iuspositivista* Formalista o Radical, también los preceptos fundamentales contenidos en los ordenamientos jurídicos básicos (artículo 14 Constitucional), creados por el legislador permiten, aunque en forma muy reducida, la presencia de la escuela sociológica realista del derecho, al señalarse que en determinadas materias como la civil, el juez se sustituya al legislador, en caso de carencia, oscuridad o lagunas del ordenamiento jurídico respectivo, y emita resoluciones válidas y obligatorias (eficaces), valiéndose para ello, de los diversos métodos de interpretación jurídica o en su caso, conforme a los Principios Generales del Derecho. En el cuadro siguiente se efectúa una síntesis de las diferentes corrientes que se han expuesto en tomo al *Iuspositivismo*.

IUSPOSITIVISMO

| | |
|-------------------------|---|
| CORRIENTES DOCTRINARIAS | 1.- Escuela <i>Iuspositivista</i> Reduccionista, Formalista o Radical. 2.- Escuela <i>Iuspositivista</i> Sociológica, la cual a su vez se divide en dos vertientes: a) Vertiente denominada Escuela Histórica del Derecho Positivo y, b) Vertiente llamada: Realismo Jurídico. |
|-------------------------|---|

- **Derecho vigente.-** Recibe este nombre el conjunto de ordenamientos jurídicos formalmente considerados por el estado como válidos y obligatorios, sometiendo su elaboración a un necesario proceso formal que culmina con la declaratoria expresa de vigencia realizada por los órganos públicos facultados expresamente para ello.

El derecho vigente se integra con ordenamientos, tanto expedidos por el estado, como reconocidos por él, cuando los mismos provienen de otras estructuras jurídicas, como acontece con el derecho extranjero y en algunos casos de excepción por la costumbre y el uso. En el primer caso, el derecho vigente se integra en una gran proporción por los ordenamientos jurídicos expedidos por el estado conforme a un procedimiento predeterminado, con el señalamiento o inclusión de su vigencia expresa. En estos casos el órgano gubernamental generalmente indica en el propio texto del ordenamiento jurídico su fecha de entrada en vigor. La vigencia de los ordenamientos jurídicos presenta la característica de ser indefinida. En los sistemas legales de los estados, son de excepción los casos de normas jurídicas en las que la vigencia queda sometida a un plazo determinado previamente. En la legislación federal mexicana por ejemplo, se

encuentran algunos ordenamientos jurídicos con estas características: La Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación tienen la característica de ser ordenamientos jurídicos de una vigencia previamente limitada, y que es la de un año de calendario. Cumplido ese período, dichos ordenamientos jurídicos automáticamente dejan de estar en vigor. Asimismo, la vigencia de los ordenamientos jurídicos incluyen, no solamente la temporalidad de la validez de las normas, sino que también comprenden el espacio geográfico de aplicación de las mismas. Es decir, para que se considere vigente un ordenamiento jurídico, será necesario que el mismo deba conforme a derecho, ser obedecido en un espacio geográfico determinado.

El problema referente a la extraterritorialidad de los ordenamientos jurídicos queda resuelto cuando los órganos gubernamentales que tienen facultades legales para ello, consideran expresamente válido y obligatorio, un ordenamiento jurídico expedido formalmente por la autoridad con jurisdicción territorial diferente. Así, dentro de la legislación mexicana se indica en los artículos 13 a 15 del Código Civil Federal, los casos en los que se podrá dar vigencia (aplicación) en el territorio nacional a normas provenientes del derecho extranjero.

Por los que respecta a los usos y costumbres, en los países de derecho escrito se indican los casos y situaciones en las cuales estas prácticas pueden tener aplicación, como si se tratara de un derecho vigente. Así por ejemplo, la Ley de Instituciones de Crédito permite que en ausencia de un precepto jurídico contenido en la legislación mercantil aplicable al caso, se aplicarán los *usos y prácticas* bancarios y mercantiles (artículo 6°).

Existe tanto en la teoría jurídica como en la práctica, cierta confusión entre el derecho vigente y el derecho positivo, por virtud de poseer éstos, numerosos puntos de contacto y coincidencia. No obstante, en un sistema de *iuspositivismo* reduccionista o radical, como acontece en algunas legislaciones, se puede afirmar lo siguiente: ***Todo derecho positivo es vigente, pero no todo derecho vigente es positivo.*** En efecto, para los partidarios de esta tesis, el estado es el único ente productor de normas jurídicas y por consiguiente, el único derecho es el formalmente válido, es decir, el derecho vigente. Aunque admiten que algunas de estas normas pertenecientes al derecho vigente, pueden estar temporal o permanentemente en desuso, y por consiguiente, no tener el carácter de ordenamientos jurídicos positivos, como acontece por ejemplo, con las sanciones que contemplan los ordenamientos jurídicos electorales (derecho vigente), para las personas que no se inscriben en los padrones, a para aquellos individuos que aunque inscritos en tales padrones, no ejercen el voto en las fechas de las elecciones. En estos ejemplos, las normas jurídicas aplicables son indudablemente, normas de derecho vigente, pero no son normas de derecho positivo, porque no se están realmente aplicando.

Por el contrario, en un sistema *iuspositivista* sociológico, se afirma: ***No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente.*** Lo anterior se traduce en dos posiciones aparentemente encontradas. La primera de ellas, afirma que efectivamente, dentro del derecho vigente se encuentran frecuentemente algunas normas jurídicas en desuso, por razones políticas, económicas, sociales o de cualquier otro orden. En estos casos, el Poder Público está conciente de que esas normas carecen de aplicabilidad real, es decir, no son normas de derecho positivo, pero prefiere conservar la situación así, por virtud de que si se exigiera el cumplimiento de esas normas, se podría crear una gran inquietud social, o alguna otra situación no deseada. La segunda posición se explica de

la siguiente manera: Existen normas de derecho que no han sido producidas por el estado, concretamente por el Poder legislativo, sino que estos ordenamientos jurídicos son producidos por los tribunales al emitir sentencias, resolviendo conflictos de intereses entre las partes, o mejor aún, que son los grupos sociales, por medio de costumbres o los particulares por actos de voluntad, los que crean ordenamientos jurídicos, que si bien diversas ocasiones, son menos generales e inclusive típicamente particulares por ser observados sólo por las personas involucradas en el hecho, acto o situación, no por ello dejan de ser ordenamientos jurídicos, como sucede con las costumbres que ejercen determinados grupos sociales, que estén autorizadas o al menos, no prohibidas por los ordenamientos jurídicos emitidos por el estado, o en el caso de estatutos o cláusulas contractuales elaboradas por las personas que participan en determinadas relaciones jurídicas. Existe un principio general del derecho que expresa que: ***La voluntad de las partes, es la suprema ley en los contratos.*** Este principio jurídico se encuentra recogido en la legislación vigente. En efecto, en el artículo 1832 del Código Civil Federal indica que: ***En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse.*** Aquí se encuentra la justificación más importante de este modelo sociológico, para firmar que no todo derecho positivo es vigente, puesto que además del estado como productor de normas jurídicas, existen también la sociedad y las personas que la integran.

OTRAS ACEPCIONES DEL DERECHO OBJETIVO

También es posible, aunque menos frecuente, poder referirse a la ciencia del derecho, haciendo referencia al modo o manera de cómo concibe la inteligencia de los seres humanos a las normas jurídicas que lo integran. Así se puede hablar del derecho ***fáctico*** (llamado también ***factual***) y del derecho ***eidético***, (llamado también derecho ***ideal***). Recaséns Siches denomina a estas acepciones del derecho como:

El derecho ***fáctico o factual***, es aquél que realmente existe como ordenamiento jurídico normativo en un lugar y momento determinado. En cambio, el derecho ***eidético o ideal*** es aquél que existe en la conciencia de las personas, las cuales desean ordenamientos jurídicos de mejor calidad, más equitativos y justos.

Recaséns Siches⁹ denomina a estas acepciones del derecho como: *Derecho posible y derecho real*. Expresa al respecto este autor, que toda la indagación en torno a la esencia del derecho, que hay un *derecho posible y un derecho real*. Que el *derecho posible* es el proyecto de norma jurídica que constituye un pensamiento humano, pero que no ha conseguido vigencia y que tal vez, no la consiga nunca. En cambio, el *derecho real*, es aquél que tiene forma y contenido jurídico, que es observado y ejercitado por las personas dentro del contexto social. (Continuará)

⁹ Recaséns Siches. Op. cit. p. 155.

TEMAS JURÍDICOS PARA INVESTIGACION

Por: Centro de Investigación Jurídica

Las personas dedicadas al estudio de la ciencia del derecho, tanto los profesores como los estudiantes, frecuentemente recurren al aprendizaje apoyado en problemas con el fin de que el estudio realizado adquiriera una mayor conformación y, así como un provecho más evidente. El propósito nuestro es el de contribuir, aunque sea en una parte mínima a ese proceso de aprendizaje, efectuando algunas menciones sobre ciertos temas jurídicos que requieren no solo una reflexión detenida, sino quizá, el inicio de un proceso de investigación, con el fin de lograr obtener una información más certera y jurídicamente conformada sobre el tema investigado. En esta ocasión se harán comentarios sobre algunos temas susceptibles de investigación, algunos de una gran actualidad, porque se refieren a aspectos de importantes políticas públicas, que requieren atención urgente a fin de encontrar las mejores soluciones por virtud de que son problemas que preocupan grandemente a la colectividad. Estos temas son los siguientes:

INDUSTRIA ELÉCTRICA. ¿ES CONVENIENTE LA PRIVATIZACIÓN?

Este tema no es precisamente nuevo, puesto que ya hace algunos años se ha venido proponiendo por el estado inclusive, la necesidad de privatizar a la industria eléctrica. Las razones que se aducen para llevar a cabo este proyecto privatizador, se reducen fundamentalmente a que ya no existe con la capacidad instalada, la posibilidad de satisfacer en el corto plazo, la creciente demanda de energía eléctrica por las siguientes razones: Las instalaciones de esta empresa paraestatal se encuentran tecnológicamente atrasadas; no han recibido mantenimiento adecuado; no existen recursos públicos para modernizar y ampliar las instalaciones de esta empresa y por consecuencia, en el corto plazo se corre el riesgo de suspensiones temporales y por zonas, del servicio eléctrico, por cuanto a que la empresa es incapaz de generar una mayor dotación de electricidad que está por demandarse se repite, en el corto plazo.

Recientemente por medio de la prensa el Subsecretario de Electricidad de la Secretaría de Energía señaló que el margen de *reserva operativo* del sistema eléctrico, se encuentra por debajo del mínimo recomendable que es del 6%. Este funcionario reconoció que la desproporción entre el citado margen de reserva y la demanda, se debe fundamentalmente a que la empresa paraestatal se ha visto materialmente impedida para aumentar su producción, debido a múltiples causas. Entre las más importantes se citan: La falta de agua en las presas del Río Grijalva y la falta de mantenimiento en las centrales eléctricas. Este funcionario mencionó un dato que produce escalofrío: Desea hace aproximadamente 20 años, la paraestatal no ha contado con suficiente presupuesto para dar mantenimiento a sus instalaciones. Indicó finalmente este servidor público, que es urgente que se construyan las plantas necesarias para producir como mínimo seis mil megawatts, puesto que en caso contrario, en poco tiempo el desabasto empezará a producir estragos en la industria, el comercio y entre el público en general.

La información dada a la prensa por este funcionario tiene varias finalidades, pero sin duda, la más importante es seguir enviando mensajes sobre la conveniencia de privatizar a esta empresa, a fin de que su reconversión se haga con recursos privados y no con inexistentes recursos públicos.

En el Congreso sigue viva la discusión, aún cuando hasta la fecha, el bloque opositor, integrado por legisladores del PRI, del PRD, de algunos otros partidos minoritarios e inclusive, de algunos legisladores del partido del Presidente de la República, se han opuesto en diferentes formas y modalidades, a la privatización de la industria eléctrica. No se vislumbra un cambio radical en la composición de la nueva Cámara de Diputados, y por consecuencia, políticamente hablando, la posibilidad de una privatización, se encuentra prácticamente sin una clara viabilidad.

Las cámaras industriales están urgiendo al gobierno federal, mediante recomendaciones que se incorporen a la política energética. Los empresarios señalan graves problemas en la dotación de energía, que los coloca en desigualdad frente a la competencia que representan las empresa extranjeras, con motivo de la apertura comercial. En consecuencia, están urgiendo al gobierno para que instrumente una mejor política energética en general, y eléctrica en particular, por virtud de que con deficiencias como las actuales, en caso de agravarse producirían daños muy graves a la economía en su conjunto.

Ahora bien, de un estudio jurídico y de elevada política económica ¿Cuál camino sería el recomendable: ¿La privatización? ¿La conservación del actual *status* de la CFE? Recuérdese que el Poder Ejecutivo, haciendo una interpretación extensiva de los preceptos legales que regulan la producción y distribución de energía eléctrica, ya está permitiendo a particulares, tanto nacionales como extranjeros, participar en estas actividades. ¿Es buen la simulación? ¿No sería mejor una reforma del marco jurídico para privatizar a esta industria? O bien, ¿No sería conveniente establecer una estrategia de inversión pública de corto plazo para reconvertir a la industria? ¿De dónde se tomarían estos recursos? Estos y otros importantes temas son importantes para hacer una investigación que busque y obtenga soluciones para este urgente problema.

EL GOBIERNO PROPONE QUE SE CREE UN SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO (SAR) PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERALES.

La política pública del gobierno federal en cuanto al sistema de pensiones y jubilaciones, ha sido todo un fracaso. Ya se evidenció este drama para los trabajadores, en el caso de las pensiones y jubilaciones del Seguro Social, quienes desde hace ya casi 5 años, se vieron sin el consentimiento de los involucrados, sometidos a un cambio radical en el sistema de pago de las pensiones del trabajador, cuando llegue a la edad o al tiempo de su retiro de la vida laboral. Este modelo, que fue copiado del que desde hace algunos años existe en Chile, privatizó los fondos de retiro, creado por ley, a las administradoras de estos fondos (AFORES) las cuales, sin el consentimiento de los trabajadores, y si por mandato legal, al momento mismo de iniciar la administración del fondo individual del citado trabajador, le cobran a éste una comisión por *administrarle* su fondo. Pero esto no es lo más grave, sino que la verdadera delicadeza de este nuevo modelo jurídico y económico de pensiones para los trabajadores, es el de que cada persona cuenta con un fondo propio, que se fortalecerá con el transcurso de los años, y que al retirarse, después de 30 o más años de servicios, tendrá una reserva que le permita disfrutar de una pensión *decorosa* por varios años. Pero si desgraciadamente ese trabajador comete el *pecado* de vivir más años que los que dure su pensión *decorosa*, esta se extinguirá por el agotamiento de su fondo, quedando en este caso, bajo el más cruel desamparo y seguramente con muchos años de edad a costas y no le quedará otro

camino que vivir de lo que le aporten sus familiares, o acogerse a las *bondades* de la beneficencia pública.

En cuanto a los trabajadores al servicio del estado en el sistema federal, existe una versión muy fuerte de que el Presidente enviará al Congreso un proyecto de ley para que los burócratas federales se sometan a un sistema de SAR. El Secretario de Hacienda y Crédito Público informó a la opinión pública que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), se encuentra en lamentable estado de crisis financiera claro, no porque los trabajadores jubilados y pensionados actualmente, no hayan cubierto sus cuotas durante su etapa de trabajadores en activo, ni porque los trabajadores actuales hayan dejado de cotizar. Las razones son otras y evidentes para la sociedad. Los burócratas federales ya manifestaron su desacuerdo para que su sistema de pensiones se cambie al mismo modelo del SAR de los trabajadores privados, aduciendo razones importantes. ¿Cómo funciona el actual modelo del SAR? ¿Que ventajas y desventajas ofrece? ¿Cómo podría modificarse de manera equitativa este modelo de pensiones? ¿Qué reformas legales y económicas se podrían adoptar para hacerlo justo, sobre todo para los trabajadores en activo? El tema ofrece muchas vertientes para efectuar una trascendente investigación.

EL FINANCIAMIENTO BANCARIO AL SECTOR PRIVADO. TEMA IMPORTANTE DE LA POLÍTICA PÚBLICA.

Como es sabido, el sector empresarial mexicano padece históricamente una insuficiencia de recursos económicos propios, que le permitan un sano y ordenado crecimiento. Es de conocimiento generalizado, que este sector, como sucede en la totalidad de los países, aún en los más adelantados, requiere de financiamiento bancario para su desarrollo y fortalecimiento, puesto que la generación de ahorros y reservas propias, no le son suficientes para enfrentar los retos que exige la alta competitividad de los negocios actuales. Este financiamiento bancario debe ser el suficiente para lograr optimizar los planes y programas empresariales, pero al mismo tiempo, debe otorgarse con tasas de interés que sean competitivas, no sólo nacional, sino internacionalmente.

Para obtener este financiamiento, las empresas pueden recurrir a la banca nacional o a la banca internacional. Ambas áreas presentan dificultades y obstáculos para el empresario nacional. En México, los miembros del sector privado se quejan de que la banca tiene parcialmente cerradas las oportunidades de crédito para el sector empresarial, además de que éste es muy caro, por virtud de que las tasas de interés son demasiado elevadas, en comparación con las tasas de los países miembros del TLCAN, por ejemplo. En consecuencia, se requiere una banca nacional más competitiva. Si se abrió el Sistema bancario mexicano a la inversión extranjera, ¿Porqué no se han bajado las tasas de interés para el otorgamiento de créditos? ¿Porqué si las tasas de interés para los inversionistas ya casi tienen los mismos niveles de la banca de otros países, porqué no se da el mismo tratamiento a los solicitantes de crédito?

Estas y otras preguntas importantes se hacen los inversionistas privados, sin encontrar respuestas adecuadas y satisfactorias. Vale la pena efectuar una investigación en torno al marco legal que rige la operación de estas instituciones, así como la participación que tienen en la operación bancaria nacional, instituciones oficiales como el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

ALIMENTOS. EN EL CASO DE LOS HIJOS, ¿CUANDO CESA LA OBLIGACIÓN DE LOS PADRES DE PROPORCIONARLOS?

Sobre todo en la academia, en los cursos iniciales de derecho civil, cuando se abordan los temas relacionados con la familia y el parentesco, surgen opiniones contradictorias en torno a la fecha en que cesa la obligación de los padres de proporcionar alimentos a los hijos.

La mayoría de los profesores señalan que la obligación de los padres se termina, cuando los hijos llegan a la mayoría de edad es decir, cuando cumplen 18 años, por virtud de que aquí, unánimemente se opina que se da legalmente por terminada la institución de la Patria Potestad. En afecto, no hay discusión en torno a este tema. Se considera que al cumplir el hijo la mayoría de edad, si es plenamente capaz es decir, no tiene alguna incapacidad que le impida ejercer su libertad de disponer libremente de su persona y de sus bienes. Por ello, opinan los académicos partidarios de esta postura, que con la mayoría de edad de los hijos, termina la obligación de los padres de proporcionar alimentos, y que si bien, los padres continúan satisfaciendo en condiciones sumamente ventajosas para los hijos sus necesidades alimentarias e inclusive de educación, ésto no se hace ya por obligación, sino por una *galantería* de los padres quienes, a condición de que los hijos respeten la autoridad paterna, y cumplan con sus compromisos estudiantiles, de sacar adelante una carrera profesional, aceptan voluntariamente continuar proporcionando recursos económicos para el sostenimiento de los hijos, aún cuando muchas veces éstos deciden ya no vivir al lado de sus padres.

Algunos académicos que imparten la clase de derecho civil referente a las personas y a la familia opinan de manera diferente. Consideran estos profesores que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos, continúa, no obstante que éstos lleguen a la mayoría de edad, si dichos hijos, se encuentran estudiando una carrera profesional. Consideran, quienes opinan en esta forma, que la obligación *jurídica* alimenticia de los padres se termina, hasta que los hijos terminan sus estudios profesionales y se gradúan. Los partidarios de esta tesis no toman en cuenta la edad menor o mayor de los hijos, y consideran que la ley protege a éstos, para tener derechos y poder exigir inclusive judicialmente, la satisfacción de sus derechos alimentarios. Quiénes así opinan manifiestan inclusive, que en el caso de las hijas, la obligación alimenticia de los padres subsiste ¡Mientras éstas permanezcan solteras!, sin que importe la edad que éstas tengan.

Creemos que vale la pena hacer una investigación profunda al respecto, para terminar con esta polémica, que inclusive, puede llegar a ocasionar en la práctica conflictos de carácter económico entre los acreedores y los deudores alimentarios.

La institución de los alimentos se encuentra regulada por los diversos Códigos civiles del país, y en efecto, no existe claridad en cuanto a la época de terminación de la obligación de proporcionar alimentos a los hijos, por parte de los padres. Vale mucho la pena hacer una investigación para la lograr una solución debidamente razonada, que le otorgue la razón a unos u otros partidarios de las tesis en conflicto que aquí han sido expuestas.

LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 17 DE LA CITADA LEY?

Como es sabido por los especialistas de la materia mercantil, principalmente, en el Diario Oficial de la Federación del día 12 de mayo del 2000, se publicó la Ley de Concursos Mercantiles, que vino a sustituir a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que anteriormente estuvo en vigor. Esta nueva ley ha recibido numerosas críticas, tanto a favor, como en contra, por los especialistas de la materia y también por quienes no lo son tanto. Existe sin embargo un precepto legal sobre el cual se ha centrado fundamentalmente la crítica, y este es precisamente el artículo 17 del citado ordenamiento que indica textualmente:

“Es competente para conocer del concurso mercantil de un comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio”

La aparentemente inofensiva redacción de este precepto legal, ha ocasionado un sinnúmero de críticas, sobre todo de los mercantilistas los cuales, consideran que el contenido de tal artículo es notoriamente inequitativo, porque les arrebató de tajo el derecho a los tribunales locales es decir, a los que pertenecen a los poderes judiciales del Distrito Federal y de las entidades federativas, la facultad de continuar conociendo de este tipo de juicios, como lo hicieran anteriormente. En efecto, por colaboración, los tribunales locales tenían competencia para conocer de los concursos mercantiles. Esta competencia se les quitó, a partir del día 13 de mayo del 2000, fecha en que entró en vigor la nueva ley.

Diversos estudiosos de la materia, consideran que el contenido del citado artículo 17 es notoriamente inconstitucional, porque contraviene flagrantemente lo dispuesto por la fracción I del artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra establece:

“Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I.- De todas las controversias de orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal”.

El argumento fundamental que exponen los partidarios de la tesis referida a la existencia de una importante violación constitucional derivada del contenido del artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, lo ubican en que en un concurso mercantil, sólo se están afectando **intereses particulares**, por virtud de que en el conflicto sólo participan el empresario concursado y sus acreedores, todo ellos titulares de intereses privados y consecuentemente, si no se encuentran involucrados intereses públicos, para estos impugnadores resulta evidente la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado.

Los defensores de la validez constitucional del artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, fundamentan su posición en los siguientes argumento: Los sujetos concursados son generalmente empresas grandes, puesto que los empresarios pequeños y aún de mediana condición económica, simplemente cierran sus negocios y desaparecen de la ciudad o del estado, quedando frecuentemente sus acreedores a la deriva y en la búsqueda del comerciante que cerró la empresa sin haber cubierto sus

deudas o haber pactado con los acreedores la forma de pago, al menos en la mayoría de estas situaciones. Consecuentemente, si las personas que quedan sujetas a un procedimiento de concurso mercantil, queda reducido a las grandes empresas, de ahí resulta que:

A.- Estas empresas generalmente quedan también adeudadas con el IMSS por cuotas obrero-patronales y del Fondo de la Vivienda no cubiertas y desde luego, aquí entran en juego intereses públicos, puesto que las aportaciones de seguridad social no se pueden en ninguna forma ubicar dentro de los llamados intereses particulares, por lo que no se reúnen los requisitos exigidos por el precepto constitucional, para que puedan conocer de estos concursos los jueces del fuero común.

B.- Es indudable que en el caso de un empresario declarado en quiebra o concurso, también existan problemas de salarios caídos o de indemnizaciones laborales por el cierre de la empresa, conforme a lo dispuesto por diferentes preceptos de la Ley Federal del Trabajo, y que se sepa, los problemas derivados de la aplicación de esta ley, no encuadran dentro de los intereses privados, por virtud de que en este tipo de conflictos intervienen también las autoridades laborales.

C.- En el caso de una quiebra empresarial, no sólo se encuentran en juego intereses particulares, sino también intereses sociales, por virtud de que toda una ciudad o toda una región (caso Altos Hornos), se verán afectados si llegare a prosperar la liquidación y disolución del concursado, y desde luego, aquí no se puede hablar en ninguna forma, de simples intereses particulares sujetos a afectación, puesto que también se encontrarán en juego importantes intereses sociales. Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 Constitucional, corresponde al Estado Federal, la rectoría del desarrollo nacional. Lo anterior significa que el Poder Público de la Federación tiene como tarea constitucional, la planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional. La situación de un empresario quebrado, es sin duda una situación que afecta a la actividad económica nacional y consecuentemente, las tareas de planeación, conducción, coordinación y orientación de esa situación en particular, es indudable que corresponde a organismos de la Federación (intereses públicos) y no de los estados, quienes no tienen una visión global de la economía nacional.

¿Cuál es la posición jurídicamente correcta?. Creemos que vale la pena efectuar en torno a este problema, una profunda investigación.

EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES EN DIFERENTES ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES (EL CASO DE EUA, ESPAÑA, GUATEMALA Y MEXICO)

Por: Magda Marbella Lemus Orozco,
Alfonso Salinas Martínez y
Jorge Abraham García Díaz*

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de un país es de suma importancia para la existencia del mismo; La Carta Magna dicta la organización de un Estado y de la sociedad. Sin la existencia de una Constitución, el Estado no se podría conformar como tal. Así también de vital importancia es contar con el procedimiento de formación de leyes (iniciación, discusión y promulgación) más adecuado para que por medio de él se generen normas coherentes, justas, de calidad y a acorde a las necesidades de la sociedad de cada país.

Por medio de este trabajo pretendemos llegar a conocer diversos tipos de procedimientos de formación de leyes y discernir cual de ellos nos parece mejor total o parcialmente, es decir, tomar los aspectos positivos que nos ofrece cada etapa de la formación de la ley en cada constitución y desechar las que sean obsoletas o erróneas a nuestro criterio.

Por último queremos explicar por que nuestra decisión de realizar nuestro trabajo en cuatro constituciones y por que la elección de las mismas, primeramente tenemos la constitución política de los estados unidos mexicanas constitución bajos la cual nos regimos y la cual deberá servirnos como base, en segundo lugar (y no por orden de importancia) tenemos a la constitución política de los Estados Unidos de América, elegida por ser la ley que rige a la principal potencia mundial, país colindante con el nuestro y pertenecer al sistema anglosajón, Constitución política de España, seleccionada por ser la ley que rige el país que nos colonizó y que por consecuencia tubo o tiene mucha influencia en la creación del derecho mexicano y por último y no por ello menos importante tenemos la constitución política de Guatemala seleccionada por pertenecer a un país latinoamericano como México.

INICIACIÓN DE UNA LEY

México:

Pueden iniciar un proyecto de ley: el presidente de la República, los diputados y senadores del congreso de la unión y las legislaturas de los estados.⁴⁴

Estados Unidos de América:

En Estados Unidos de América, se habla sobre la facultad de La Cámara de Representantes y del senado iniciar un proyecto de ley⁴⁵, además para expedir todas las

* Alumnos de la Carrera de Derecho. Campus Monterrey.

⁴⁴ Artículo 71 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

⁴⁵ Artículo 1 séptima sección de la constitución política de los Estados Unidos de América

leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes que le correspondan y todos los demás que la Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios.⁴⁶ Todo esto se habla dentro de los artículos referentes al Poder Legislativo, pero en lo que concierne al ejecutivo no marca en el artículo que lo reglamenta⁴⁷ que dicho Poder este facultado para iniciar leyes

España:

En España pueden presentar una iniciativa de ley el Gobierno, el Congreso, y el senado. La asamblea de comunidades autónomas podrán solicitar al gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, además de existir una iniciativa popular que deberá estar respaldada por 500.000 firmas acreditadas.⁴⁸ Esto último no procederá en materia tributaria o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

Guatemala:

En Guatemala, para la formación de las leyes tienen facultades para iniciarlas: Los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.⁴⁹

Comentario y Análisis:

Creemos que de las cuatro constituciones en lo que respecta a la fase de iniciación no hay una mejor que otra aunque creemos que la de Estados Unidos está en gran desventaja respecto a las otras tres (México, España y Guatemala.) ya que tiene un espacio muy restringido en cuanto a las personas que pueden iniciar un proyecto de ley, creemos pues que en este aspecto Estados Unidos no ofrece las opciones suficientes para una participación amplia y sin una verdadera gama de oportunidades para conocer los muy diversas perspectivas de la sociedad (tal vez por eso su constitución solo consta de 8 artículos) , La constitución de España nos expone un punto muy interesante en lo que concierne a la *iniciativa popular*, es decir, el poder del pueblo de proponer leyes respecto a ciertos temas de competencia social y bajo ciertos lineamientos, realmente este aspecto es algo muy interesante tomando en cuenta que en México muchas de las veces (sino es que la mayoría) no es realmente la voz del pueblo la que se expresa en el Congreso de la Unión sino más bien los intereses partidistas o personales, en lo que respecta a Guatemala nos llama mucho la atención el hecho de que una institución educativa, Universidad de San Carlos de Guatemala, pueda proponer proyectos de ley, es decir, aplicando este caso a México sería muy interesante el hecho de que los mejores proyectos de leyes, de alumnos o de maestros, pertenecientes a la mejores universidades de Derecho del país, pudieran escucharse con fuerza en la cámara de diputados y senadores.

DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DE LAS LEYES

⁴⁶ Artículo 1 octava sección de la constitución política de los Estados Unidos de América

⁴⁷ Artículo 1 de la constitución política de los Estados Unidos de América

⁴⁸ Artículo 87 de la constitución política de España

⁴⁹ Artículo 174 de la constitución política de Guatemala

México:

En el caso de México “La segunda fase del proceso de formación de una ley, es la *discusión y aprobación*, en su caso. El artículo 72 constitucional establece diferentes soluciones a los distintos supuestos que se pueden dar en cada una de las dos cámaras legislativas en esta segunda etapa”.⁵⁰, es decir, ambas cámaras tanto la de diputados y senadores tienen participación en y poder para discutir una ley y aprobarla o no aprobarla se necesitara la aprobación de ambas cámaras para que pasen el proyecto de ley pase a la siguiente fase de su proceso constitutivo.

Estados Unidos de América:

Todos los poderes legislativos otorgados en la Constitución corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes.⁵¹, este poder legislativo encargado de la iniciación de leyes, los proyectos de ley deberán ser aceptados por la cámara de representantes y senadores para poder ser enviada al presidente ⁵².

España:

En España Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.⁵³ Las proposiciones de ley que, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en éste como tal proposición.⁵⁴ Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste.⁵⁵, en todos los casos los diputados o senadores tendrán la opción de aprobar la ley para que continúe su proceso, o negarse y regresarla a su lugar de origen.

Guatemala:

En lo que concierne a Guatemala respecto al proceso de discusión y aprobación su constitución estipula que Presentado para su trámite un proyecto de ley, se observará un procedimiento que prescribe la Ley Orgánica y de Régimen Interior del Organismo Legislativo. Se pondrá a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión.⁵⁶ Después de realizado dicho proceso se le enviara al presidente de la republica para su promulgación.

Comentarios y análisis:

⁵⁰ Cuadros de apoyo por el Dr. Antonio Martínez Vera, modulo 1 filmina 126

⁵¹ Artículo 1, primera sección de la constitución política de los Estados Unidos de América

⁵² Artículo 1, Séptima sección de la constitución política de los Estados Unidos de América

⁵³ Artículo 88, de la constitución política de España

⁵⁴ Artículo 89, de la constitución política de España

⁵⁵ Artículo 90, de la constitución política de España

⁵⁶ Artículo 176, de la constitución política de Guatemala

En la fase de discusión y aprobación de una ley los cuatro países tienen de manera general un sistema o procedimiento semejante entre ellos, es decir, el poder legislativo se ve involucrado de manera global en este proceso y deberán estar de acuerdo todas las partes que constituyan dicho congreso para que la ley pueda continuar su proceso, sin embargo, creemos que la constitución de los Estados Unidos de América no es concreta, clara y precisa en lo que se refiere a la discusión y aprobación de las leyes, en general la constitución americana a diferencia de la Española, Mexicana y la de Guatemala no tiene ordenado un apartado especial para un elemento tan importante como lo es la conformación de una ley, es decir debemos, en esta fase creemos que la constitución Mexicana es la más completa y explícita en detallar todos los aspectos para la y elementos necesarios para realizar un análisis, estudio y procedimiento exhaustivo en cada uno de los proyectos de ley; empero, hay un elemento que le falta perfeccionar en esta fase a México según nuestro punto de vista, en lo que concierne al tiempo con el cual la cámara de diputados o de senadores puede durar con un proyecto de ley, es decir, al presidente se le obliga a promulgar o vetar el proyecto de ley dentro de diez días hábiles.⁵⁷ Pero a los legisladores no se les da un límite (excepto la ley de ingresos y egresos del estado que deberá ser aprobada antes del 31 de diciembre); sólo se dice en las iniciativas de ley o decretos después de un mes en la cámara en que se presentaron y de pasar a la comisión dictaminadora sin que esta rinda un dictamen se pasará a la otra cámara, pero creemos que esto no es suficiente ya que según hemos visto la lentitud del proceso, y el corto periodo de cesiones provocan que los legisladores no estudien a fondo la ley y prolonguen de indefinidamente esta fase del proceso de formación de las leyes, es aquí donde podemos observar que en Guatemala existe un procedimiento de tres secciones en las cuales se el congreso deberá o no aprobar el proyecto de ley que se le presente.

PROMULGACIÓN DE LAS LEYES

México:

La facultad y la obligación de la promulgación de las leyes en México recae en el presidente de la República⁵⁸, el presidente tendrá la opción de promulgarla o utilizar su poder de veto en el caso de que no este de acuerdo con el congreso de la Unión.

Estados Unidos de América:

En los estados unidos esta etapa del procedimiento en la formación de leyes es muy igual; todo proyecto aprobado por la Cámara de Representantes y el Senado se presentará al Presidente de los Estados Unidos antes de que se convierta en ley; si lo aprobare lo firmará; en caso contrario lo devolverá, junto con sus objeciones, a la Cámara de su origen, la que insertará integras las objeciones en su diario y procederá a reconsiderarlo.⁵⁹

España:

En España esta estipulado la promulgación de una ley de la siguiente manera: El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las

⁵⁷ Artículo 72-b, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

⁵⁸ Artículo 89 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

⁵⁹ Artículo 1, séptima sección de la constitución política de los Estados Unidos de América

promulgará y ordenará su inmediata publicación.⁶⁰ Sin embargo existe un aspecto muy interesante en lo que se refiere a la etapa de promulgación de una ley ; Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados, una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.⁶¹

Guatemala:

Aprobado un proyecto de ley, la Junta Directiva del Congreso de la República, en un plazo no mayor de diez días, lo enviará al Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.⁶² Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros, el Presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente. Si el Ejecutivo no devolviera el decreto dentro de los quince días siguientes a la fecha de su recepción, se tendrá por sancionado y el Congreso lo deberá promulgar como ley dentro de los ocho días siguientes.⁶³

Comentario y análisis:

Finalmente llegamos a al tercer elemento para la formación de una ley; “la tercera fase de formación de una ley recibe el nombre de *promulgación*, y ésta consiste en el acto por el cual el Jefe del Poder Ejecutivo, manifiesta su conformidad con el proyecto aprobado por el Congreso, y lo firma, ordenando su publicación”.⁶⁴ En las cuatro constituciones de los cuatro países estudiados encontramos un mismo procedimiento de realizar la promulgación de una ley ya sea al presidente, poder ejecutivo o rey que en esencia son lo mismo, por lo cual cualquiera de las cuatro constituciones, creemos, cumple con el último elemento del proceso para la formación de las leyes; sin embargo algo que diferencia a la constitución de España de las demás es el hecho que dicha constitución estipula : Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos El referéndum será convocado por el Rey ⁶⁵, sin embargo estamos concientes de la situación de abstencionismo y apatía que vivimos en México y tal vez no estemos aún preparados culturalmente para una transición democrática mayor.

CONCLUSIÓN GLOBAL

Estamos concientes de que nuestro proceso de formación de leyes tiene algunas deficiencias pero también muchas ventajas, untos positivos, pero lo mejor es que puede ser corregida y enriquecida, realizando comparaciones con otros las constituciones políticas y aplicando lo que nos sirva y que nos ayude a optimizar la elaboración de leyes que beneficien a la sociedad

⁶⁰ Artículo 91, de la constitución política de España

⁶¹ Artículo 92, de la constitución política de España

⁶² Artículo 177, de la constitución política de Guatemala

⁶³ Artículo 178, de la constitución política de Guatemala

⁶⁴ Cuadros de apoyo elaborados para el curso, por el Dr. Antonio Rogelio Martínez Vera, modulo 1 filmina 127

⁶⁵ Consulta por voto directo que se hace al pueblo sobre asuntos de interés común.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una constitución de orden escrito y que para su modificación requiere de un proceso especial desarrollado por determinados órganos del Estado, aunque el hecho de que sea una ley escrita no debe ser estereotipado como un papel que se satura de palabras y que no se observa una aplicación en la sociedad, sino que es la misma necesidad social la que debe originar que estas normas sean creadas y reformadas para su buen funcionamiento. El poder constituyente debe recaer en el pueblo mismo que debe expresar su voluntad bajo un congreso bien organizado encargado de recopilar esas necesidades para poder reformar y crear las leyes bajo un buen estudio de estas, logrando una mejor convivencia entre los miembros de una comunidad.

Por virtud de que las sociedades de los diferentes estados del mundo están en constante evolución, con una dinámica cada vez más veloz, las leyes no pueden permanecer estáticas si no que deben crecer al mismo tiempo de las necesidades humanas; existe la necesidad de estudiar los proyectos de ley para hacer las reformas adecuadas y necesarias que la sociedad demanda, una constitución que en verdad se transforme efectivamente a favor del pueblo, que no se contradiga con la realidad de las cosas y que se mantenga bajo un proceso especializado que estudie cada paso conforme a la función para la que ha sido creada.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Anaya editores, México

<http://cervantesvirtual.com>

www.juridicas.com

<http://colegioabogados.org>