

Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI

EUGENIO
García Flores
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



GLOBALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL
EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 680

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Edición: Miguel López Ruiz
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

EUGENIO GARCÍA FLORES

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2013

Primera edición: 5 de diciembre de 2013

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-4947-7

CONTENIDO

Prólogo	XI
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
Prefacio	XV
Eugenio GARCÍA FLORES	
Homenaje al maestro Braulio Ma. Guerra Malo	XIX
María Cecilia GUERRA URBIOLA	
Braulio GUERRA URBIOLA	
Carlos ROJANO ESQUIVEL	
Introducción	XXI
Eugenio GARCÍA FLORES	

PARTE I GLOBALIZACIÓN E INTERDISCIPLINARIEDAD

Visión sociológica del impacto de la globalización en el derecho internacional	3
Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS	
El terrorismo internacional y la Organización Mundial de Aduanas en el marco de la globalización del siglo XXI.....	39
Apolo SÁNCHEZ ARTEAGA	
Globalización y soberanía ¿desaparición del Estado-nación?	67
Roxana de Jesús ÁVALOS VÁZQUEZ	
Factores que afectan la inversión extranjera directa	89
José ORTIZ ADAME	

PARTE II
FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional: notas acerca da limitação teórico-explicativa da teoria das normas de Hans Kelsen	125
Felipe KERN MOREIRA	
Del <i>totus orbis</i> al <i>ordo orbis</i> . El pensamiento internacionalista de	
Francisco de Vitoria	155
Carlos ROJANO ESQUIVEL	

PARTE III
DERECHOS HUMANOS Y HUMANITARIO

La evolución del reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México	185
Ulises COELLO NUÑO	
José Luis HERNÁNDEZ CRUZ	
La globalización de los derechos fundamentales: entre la gobernanza neoliberal y el cosmopolitismo	207
León Phelipe RAMÍREZ GÓMEZ	
Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado mexicano para el caso de error judicial	231
Fernando VÁZQUEZ AVEDILLO	
La internacionalización de los derechos fundamentales y la reconfiguración del principio de supremacía constitucional a la luz de la reciente reforma constitucional en México	251
Luis E. AVENDAÑO GONZÁLEZ	
Desequilibrio, poder global y crisis humanitaria	269
Salvador VÁZQUEZ VALLEJO	

PARTE IV
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y COMPARADO

Adopción internacional en México: luces y sombras.	293
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	

PARTE V
REGIONALISMO

Cambios institucionales en África: análisis de la transición de la Organización de la Unidad Africana (OUA) a la Unión Africana (UA) .	357
Louis VALENTÍN MBALLA	
Notas sobre a inserção do Paraguai no Mercosul	385
Enrique DUARTE ROMERO	
La construcción de la nación en Hispanoamérica.	415
Mario Armando VÁZQUEZ SORIANO	
Los nuevos desarrollos en el proceso de integración centroamericano.	447
Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA	
Breves consideraciones en torno a la globalización del Estado-nación y a las aportaciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) al desarrollo de la arquitectura jurídica internacional-político-institucional democratizadora del sistema interamericano.	473
Eugenio GARCÍA FLORES	
Síntesis curricular de los colaboradores.	509

PRÓLOGO

Sin duda, el siglo XX fue importante para el desarrollo del derecho internacional (DI). La creación de un sistema de organismos internacionales (OI), la codificación de muchas áreas del derecho internacional (el derecho de los tratados, el derecho del mar, los derechos diplomático y consular, los derechos humanos, son ejemplos de áreas en donde es evidente un desarrollo importante de la codificación del DI), y, por supuesto, el desarrollo de la doctrina fueron signos que si lo vemos en retrospectiva son alentadores para hacer la convivencia del ser humano más justa y pacífica. Asimismo, el siglo XX terminó como empezó, con turbulencias, con revoluciones o contrarrevoluciones que, al mismo tiempo, en una especie de renacimiento, o de volver a empezar, hacen retomar la idea de que podemos conseguir un mundo mejor, con normas que se apliquen, que terminen, que prevean o que regulen las patologías internacionales y, por supuesto, que regulen las relaciones pacíficas de los sujetos de las relaciones internacionales.

También, ya en los albores de este siglo, ha habido una serie de cambios en las relaciones internacionales, como el fin de la guerra fría, que terminó con el bipolarismo; la confrontación Este Oeste; los sucesos del 11 de septiembre; la globalización, que tiene un denominador común, que es la III Revolución Industrial. Todo lo cual ha impactado dramáticamente al derecho internacional, que es la estructura jurídica que regula las relaciones entre los actores de las relaciones internacionales. El mundo empequeñeció; las distancias, en otro momento inmensas, ahora se han acortado, y eso lo podemos ver en las comunicaciones casi en forma inmediata desde donde nos encontremos, aun sea el sitio más recóndito del mundo. Quisiéramos o no, la globalización se impone, pero además nuestros gobiernos nos han metido a fuerza en ella, negociando tratados internacionales de carácter comercial, que obligan a los Estados a insertar sus economías en la estructura mundial “globalizada” (la literatura sobre la globalización no es unánime en lo que se refiere a sus bondades). Pero aun sin la acción de los gobiernos negociadores de soberanía, insisto, es incuestionable que el desarrollo de la tecnología de las comunicaciones y la computación “empequeñecen el mundo”.

Aún más, las instancias locales (entidades federativas y municipios) de manera discreta, pero decididamente, se insertan en la globalización, rompiendo los esquemas tradicionales que tiene el derecho de comunicarse con el exterior, como es por la vía de los conductos diplomáticos y consulares que tiene el Estado. El silogismo es simple: si la globalización toca a las entidades locales, ¿por qué no ellas buscan directamente un acomodo, por la vía de negociaciones comerciales, relaciones diplomáticas directas, promoción de turismo, a nivel internacional y búsqueda de inversiones extranjeras (ciudades hermanas, delegaciones que van al extranjero en busca de inversiones, etcétera). Aprovechando las comunicaciones y vadeando las prohibiciones constitucionales? Estos fenómenos innegables, aparte de constituirse en un reto para los creadores del DI de adecuarse a la realidad internacional y para la doctrina, de identificarlos y explicarlos, acentúan la importancia del derecho internacional. Una sociedad contemporánea, en sus diferentes niveles, no se escapa de la necesidad de la aplicación del derecho internacional, ya sea porque incumple o está obligado a aplicar una obligación contraída por un tratado internacional o por el derecho consuetudinario internacional o por una resolución de los OI. La soberanía es un concepto que si bien no desaparece, sufre modificaciones sustanciales. Sin caer en “chovinismo internacional”, estoy convencido de que el cultivo del DI es de suma importancia, como lo pudo ser en otro momento el derecho estatal.

Simplemente, para apuntalar la idea de la importancia del DI, hay que mencionar el fenómeno derivado de la hiperactividad del Consejo de Seguridad (CS) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), cuyas resoluciones lo han convertido en una especie de legislador internacional, que trae obligaciones para los Estados como si fuera un legislador interno. Por supuesto, se puede decir mucho sobre la legalidad o no de ese fenómeno, pero aquí lo traemos a comentario porque es una manifestación del orden internacional, que al mismo tiempo está sometido a una transformación sustancial. Evidentemente, con semejantes fenómenos no se puede desdeniar ni omitir el estudio del derecho internacional si no se quiere ver rebasado por una ola de cambios en las relaciones internacionales que se meten a lo profundo del orden interno de los Estados, en otro momento cerrado o casi inmune a “lo que viene de fuera”.

No obstante lo anterior, todavía se oyen voces de que el derecho internacional no es importante, o bien que no hay suficientes internacionalistas en el país; por eso, es un gusto y un honor prologar una obra en donde se encuentran un grupo de notables internacionalistas convocados por el profesor Eugenio García Flores, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, y además es una prueba de que la doctrina de

derecho internacional avanza; no se circunscribe a un ámbito central. El material que contiene esta obra es un aporte a la doctrina de derecho internacional que se produce en México.

La lectura del material contenido en este libro nos lleva por diferentes áreas del derecho internacional, que son de gran importancia en el tema de la globalización. Pero, también, hay que decirlo, a mí me provocaron cierta reflexión sobre la importancia de los esfuerzos que se hacen en nuestro país para divulgar y desarrollar el derecho internacional, y que en su momento parecen intrascendentes, si es que no somos sensibles para notar la semilla que se agrega y que germina con el tiempo en forma discreta, pero firme. Esto lo menciono porque en el libro hay un trabajo dedicado a la memoria del profesor y político Braulio Guerra, quien durante su vida fue un promotor decidido y convencido del derecho internacional, lo cual me hace recordar que en la década de los ochenta, el que entonces era presidente municipal de la ciudad Querétaro, Braulio Guerra, organizó, junto con el poder de convocatoria que tenía el profesor César Sepúlveda, un seminario de derecho internacional para celebrarse, precisamente en la hermosísima ciudad de Querétaro. En ese seminario se dieron cita tres generaciones de internacionalistas: la generación del profesor César Sepúlveda, de una generación que ya estaba de salida, la generación siguiente de los profesores Rodolfo Cruz Miramontes y Héctor Cuadra, a la que también pertenecía el mismo Braulio Guerra, y la generación de, en aquel tiempo, jóvenes, Juan Manuel Portilla, Antonio Canchola y quien esto escribe, entre otros. ¿Quién lo hubiera dicho hace veinte años que la memoria de ese seminario sobreviviría, aún a la ausencia física de sus promotores don César Sepúlveda y su alumno directo, Braulio Guerra?

En fin, si bien el panorama internacional es incierto y sumamente problematizado (lo que quizás caracterice a una sociedad en transición), las obras sobre el DI, como la que se prologa, son de indudable importancia; son aportaciones necesarias, urgentes, a la doctrina sobre la materia. Mi experiencia y mi vocación de internacionalista me lo dice, pero invito a los lectores a que lo comprueben con la lectura de este texto que tienen frente a sí.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

PREFACIO

Una de las manifestaciones más visibles de la globalización es que está revalorizando algunos de los espacios subnacionales a fin de encontrarse en un proceso constante de sincronía con la economía global y/o estimulando el surgimiento de fenómenos de crecimiento local, registrándose cambios de importancia y aceleración creciente de los procesos o ritmos de vida en los diversos territorios, más expuestos a las grandes corrientes globalizadoras y a la vez más descentralizados, lo que conlleva afrontar nuevos desafíos para concebir e instrumentar sus propias estrategias de desarrollo en un ámbito más dinámico, complejo y competitivo. Desde esta perspectiva, los espacios subnacionales deben desarrollar, acorde a sus condiciones y circunstancias, habilidades y ventajas o, en su caso, potenciar las mismas, a fin de especializarse en áreas viables de inserción internacional, como podrían ser el sector terciario, la agricultura o la industria de alta tecnología.

Cada vez es más evidente la necesidad de diseñar políticas públicas que tengan por objeto mejorar el aprovechamiento de los recursos locales que impulsen formas de desarrollo fundamentadas en las particularidades de las economías locales, como vertiente indispensable de las políticas nacionales de desarrollo. El papel de los gobiernos locales se redimensiona al tener, a la luz del fenómeno globalizador, las primordiales funciones de creación de un entorno favorable para el desarrollo local, activando y encauzando a los diversos actores y fuerzas sociales hacia un proyecto de desarrollo común que valorice y potencialice las ventajas comparativas, e interrelacione lo local con lo nacional y lo internacional.

En el marco de los códigos del fenómeno globalizador, la educación representa un aspecto central, al examinarse la vertiente de los espacios subnacionales; es evidente que los actores locales deben estar informados y tener, en consecuencia, los conocimientos fundamentales para entender la naturaleza del proceso globalizador, a fin de ser sujetos y no objetos del mismo. Las universidades locales continúan siendo esenciales para estimular y orientar el desarrollo endógeno subnacional, a través de sus tres principales ejes, como son la docencia, la investigación y la extensión en un contexto de mayor exigencia, marcadamente abierto, complejo e irremediablemente

competitivo, en donde la celeridad de los cambios constituye un elemento fundamental que complementa la interrelación entre los tres ejes antes mencionados y las necesidades de corto y largo plazo del espacio subnacional, en la cual la universidad se encuentra integrada socialmente.

El presente libro *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI* inicia como proyecto en 2005 durante el XXXII Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría General de la OEA, siendo en esa ocasión el tema “La contribución de las organizaciones internacionales al derecho internacional actual”, celebrado en Río de Janeiro. Se proyectó entre los alumnos que asistimos al mencionado curso, elaborar una obra colectiva sobre el derecho internacional y globalización, que además aglutinara diversas visiones y perspectivas.

Colaboran en la presente obra diversos profesores-investigadores de la Universidad Federal de Grande Dourados (UFGD), de la Universidad Federal de Roraima (Brasil), del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, de la Facultad de Estudios Profesionales de Acatlán de la UNAM, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Puebla, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas, específicamente del Programa Universitario de Fortalecimiento de la Democracia, la Paz y la Justicia de la misma Universidad, así como de la Universidad del Valle de México, plantel Querétaro, del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, plantel Querétaro y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro (UAQ); en total han participado dieciocho profesores-investigadores de diversas universidades y centros de investigación.

Se ha querido, en ocasión de la publicación de esta obra colectiva, utilizarla para reconocer la trayectoria del maestro Braulio Guerra Malo, quien abriera camino en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en la enseñanza y difusión del derecho internacional, en difíciles épocas para la disciplina, cuando en la mayoría de las universidades de las entidades federativas de México su enseñanza era prácticamente embrionaria.

La obra que usted tiene en sus manos se encuentra lejos de abarcar por completo la interrelación —aún en construcción— globalización y derecho internacional, pero tiene la característica y el objetivo de propiciar el debate académico y poner sobre la mesa diversas perspectivas referentes a la natu-

raleza, desenvolvimiento e interrelación globalización-derecho internacional, mediante las diversas propuestas que presentamos todos los colaboradores. Se ha pretendido proporcionar una serie de elementos que ayuden a entender, definir y ubicar algunos de los vasos comunicantes existentes entre la globalización y derecho internacional, en el marco de un proceso de rápidos cambios, que en muchas ocasiones sobrepasan la capacidad de asimilación.

La importancia del libro reside en que se integra con importantes ideas y propuestas en diversos campos del conocimiento, proporcionando elementos de análisis que ayudan a moldear algunas respuestas normativas del fenómeno globalizador; considerándose una herramienta útil para los especialistas de áreas diversas, así como de apoyo en la labor docente en las disciplinas de las relaciones internacionales, el comercio internacional, la economía internacional, el derecho internacional, el derecho constitucional y, en general, las carreras que en sus respectivas currículas abordan temas de manera directa o tangencialmente el multidimensional y cambiante proceso de la globalización; por la variedad de temas que se examinan de manera clara y precisa, puede ser conveniente como libro de consulta para cualquier persona interesada por los temas-problemas, que sin duda alguna están redireccionando el proceso civilizatorio de la humanidad.

De acuerdo con los ejes temáticos en los que se ha dividido la obra para una mejor y más fácil consulta, la misma se compone de las siguientes cinco partes subtituladas; “Globalización e interdisciplinariedad”, “Filosofía del derecho internacional”, “Derechos humanos y humanitario”, “Derecho internacional privado y comparado” y “Regionalismo”.

Como todo proyecto académico que toma varios años en su desarrollo, se tienen grandes deudas de gratitud con muchas personas; con el doctor César García Ramírez, anterior director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, quien desde el primer momento al exponerle el proyecto lo acogió con gran interés, brindando siempre todo su apoyo, así como a los maestros Eduardo Alcocer Luque y Ricardo Ugalde Ramírez, coordinador de Extensión Continua y secretario académico, respectivamente, siendo en el tiempo en que se proyectaba la presente obra, el coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas, de la mencionada universidad, agradeciéndoles la ayuda y sus consejos durante todo el proceso de maduración de la obra; a la maestra Jaquelín de Ferrán, coordinadora de la Facultad de Lenguas y Letras de la antes indicada Universidad y al maestro Eduardo Alcocer Rodríguez, quienes me auxiliaron en la revisión de los artículos, así como al doctor Ricardo Méndez-Silva,

coordinador del Área de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y al doctor Manuel Becerra Ramírez, investigador en el mencionado Instituto de Investigaciones Jurídicas, quienes me brindaron todo su apoyo para la cristalización de la presente obra.

Eugenio GARCÍA FLORES
Corregidora, Querétaro, México
Primavera de 2012

BRAULIO GUERRA MALO: INTERNACIONALISMO A LA QUERETANA

In memorian

Celia GUERRA URBIOLA
Braulio GUERRA URBIOLA
José CARLOS ROJANO

“Nunca por amor a la paz y a la tranquilidad repudies tu propia experiencia o tus convicciones” decía Dag Hammarskjöld. De recia personalidad, pero a la vez sencillo y afable; sobrio, mesurado y docto en su discurso; su seriedad y sus dotes académicas y políticas distinguen a Braulio Guerra Malo, queretano pródigo.

Generaciones diversas de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro (de la cual fue oficial mayor, secretario general y rector) aprendieron del maestro el derecho internacional público y el derecho internacional privado, con un estilo muy personal; en efecto, un internacionalista de vocación se encargó de llevar ambas cátedras en un contexto estrictamente local para la época, lo cual le convirtió en un verdadero pionero del internacionalismo queretano. Recordamos su voz cuando afirmaba “internacionalíicense, jóvenes”, pero pocas veces encontraba eco, en virtud de que los egresados giraban en torno al derecho civil o penal, unos más al derecho laboral.

Su labor como iusinternacionalista fue diversa: autor de los libros *Compendio del derecho internacional*; *Tres internacionalistas americanos*, y *Relación histórica de la vida del venerable padre*; articulista de varias revistas y libros de carácter nacional. Su clase cotidiana y la realización de foros, congresos, conferencias, mesas redondas, seminarios, se agregan a sus diversas ponencias, escritos, notas y entrevistas. No podemos olvidar el I Foro sobre Derecho del Mar, el I Congreso de la AMEI, el XI Seminario de Derecho Internacional Privado, entre otros de los muchos eventos patrocinados por él. Su intención era divulgar la materia hasta entonces poco conocida y atractiva para

el estudiante de derecho, y sobre todo, emprender la tarea de encontrar a futuros internacionalistas.

Ortodoxo en su ideología, no importa si fue positivista o naturalista, siempre marcado por un profundo humanismo y pacifismo; en el discurso como en el quehacer diario, las modas no lo impresionaron, preocupado en todo momento por estar actualizado.

Braulio Guerra Malo y su internacionalismo a la queretana, y no se trata de minimizar tal cuestión; al contrario, se trata de un estudio y ejercicio del derecho internacional inspirado en la razón. Aprendimos que el derecho internacional no solamente está basado en la ley de la naturaleza (naturalistas) ni en la costumbre y en los convenios (positivistas), precisamente porque el pensamiento propio de todos y cada uno de nosotros nos lleva a la verdad jurídica.

Deja atrás un recuerdo imborrable. Se abre ahora un nuevo rumbo de quienes hemos tomado la estafeta de tan brillante y estimado profesor, si bien lamentamos su partida reciente, la cual es solamente física, porque estamos ciertos de que en el aula y donde sea su espíritu internacionalista seguirá presente a lo largo de las generaciones venideras.

Braulio: en Querétaro, gracias a tí, el internacionalismo llegó para quedarse.

Muchas gracias por tus enseñanzas.

INTRODUCCIÓN

La globalidad de la primera década del siglo XXI es el resultado de un encadenamiento histórico de sucesos o procesos del capitalismo, así como de las innegables transformaciones tecnológicas que se han registrado en el planeta, teniendo consecuencias de gran alcance en cuanto a la forma de pensar, producir, consumir o ver el mundo. Si repensamos algunas de las paradojas de nuestra civilización, encontraremos sin duda alguna riqueza y abundancia, así como escasez y miseria endémica; nuestra civilización pugna por el bienestar general y por la conciencia de necesidad de la paz, y, sin embargo, se registra también inseguridad, malestar, guerras o conflictos internos.

Vivimos en la primera década del siglo XXI un proceso civilizatorio, como mencionan Xavier Arbós y Salvador Giner, engañoso y difícil, en donde el bienestar y el progreso aparentes pueden ocultar trampas, que en algunas ocasiones se han podido evitar para que las sociedades puedan funcionar, dejando al descubierto la interdependencia de diversos temas-problemas, como los ecológicos, que pueden ser en parte políticos y de ideología, o como los de naturaleza geopolítica, que pueden tener origen tecnológico.¹ La época de globalidad actual es marcadamente asimétrica, pues existen grandes desigualdades sociales, donde la pobreza impera como fenómeno común, y se acentúa; por ejemplo, en 2008, aproximadamente 1,500 millones de personas en todo el mundo vivían en la pobreza extrema, con algo más de un dólar de los Estados Unidos de América al día; el Banco Mundial (BM) estimó para 2009 que otros 46 millones de personas más se encontraron en la pobreza extrema, y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consideró que como consecuencia de la crisis de 2008 se podrían perder hasta 2010 aproximadamente 50 millones de puestos de trabajo.² En el ámbito alimentario, se calcula que más de 1,020 millones de personas

¹ Arbós, Xavier y Giner, Salvador, *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, 3a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2005, pp. 2 y 3.

² Organización de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Proteger a los países vulnerables en épocas de crisis económica*. p. 1 (1 p.), en http://www.undp.org/spanish/economic_crisis/overview.shtml (fecha y hora local de consulta; 05/05/2009. 20:55 hrs.).

padecen subnutrición en todo el mundo, superando en más de 100 millones la cifra de 2008, y como consecuencia de la mencionada crisis económica han decrecido los ingresos y las posibilidades de empleo de los pobres, y, en consecuencia, se ha reducido marcadamente su acceso a los alimentos; los pobres tienen menos posibilidad de adquirir alimentos, acentuándose este desequilibrio en los países donde los precios en los mercados internos son persistentemente elevados.³ Por lo que se refiere a América Latina (AL), los pronósticos no fueron diferentes, ya que en 2009 la región prácticamente no creció, sino por el contrario, se empobreció aún más, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se registró en el subcontinente solamente un 1.9 % de crecimiento, representando una disminución respecto a las tasas de crecimiento anteriores de, 5.5% (2006), 4.6% (2007) y 4.6% (2008). El Fondo Monetario Internacional (FMI) pronosticó para 2009 un crecimiento de 1.1% para AL, y otras fuentes, entre las que se incluyen bancos privados previeron un crecimiento negativo.⁴ Sin embargo, a pesar de las anteriores disparidades debe distinguirse que el centro de gravedad en el debate académico del fenómeno globalizador no es la globalización en sí, sino precisamente la falta de equidad, la distribución marcadamente desequilibrada de los beneficios y oportunidades; en consecuencia, el fenómeno que nos ocupa necesita redireccionarse con reformas institucionales que aminoren los desequilibrios y las contradicciones que actualmente se registran con la globalización.

Como consecuencia lógica y natural de la globalización progresiva y de los procesos sociales antes descritos, la gobernabilidad, entendida como “la

³ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *El número de víctimas del hambre es mayor que nunca*, p. 1 (4 pp.), en http://fao.org/fileadmin/user_upload/newaroom/does/Press%20release%20june-es.pdf (fecha y hora local de consulta: 21/06/2009; 16:45 hrs.).

El fenómeno del aumento del hambre es prácticamente global, todas las regiones del globo terráqueo padecen de agudización en la inseguridad alimentaria. Se pueden indicar los siguientes datos: Asia y el Pacífico —la región actualmente más poblada del mundo— registra el mayor número de personas que padecen el flagelo del hambre, con 642 millones aproximadamente; en África subsahariana, de acuerdo con la FAO, existe la prevalencia más elevada de subnutrición en relación con la población con 32%; el mayor incremento porcentual en el número de personas que padecen hambre en los países en desarrollo se ha registrado en el cercano Oriente, en África del Norte, con 13.5%, aproximadamente; América Latina y el Caribe representan la única región en que habían bajado los índices de inseguridad alimentaria en los últimos años; sin embargo, se registró un acentuado aumento de 12.85%; en los Estados desarrollados la subnutrición es un fenómeno que se está incrementando, p. 3.

⁴ Organización de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La crisis económica en América Latina y el Caribe*, p. 1 (1 p.), en http://www.undp.org/spanish/economic_crisis/lac.shtml (Fecha y hora local de consulta; 05/05/2009. 20:45 hrs.).

cualidad propia de una comunidad política según la cual sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de su espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, permitiendo así el libre ejercicio de la voluntad política del Poder Ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo”,⁵ es actualmente un tema de la agenda global, porque todos los Estados son interdependientes en alguna forma o medida, aunque cada país o esta región presentan características propias; por ejemplo, en algunos países subdesarrollados —como se puede inferir de las anteriores cifras presentadas— es fundamental vencer el hambre diariamente, en los Estados de desarrollo medio se requiere ampliar, o en su caso crear las estructuras de servicios que necesita la población en una sociedad industrial, y para los países más desarrollados es imprescindible asegurar la eficiencia del funcionamiento de los servicios y evitar la consolidación de la pobreza.⁶ Es un hecho que actualmente ningún gobierno tiene la capacidad de satisfacer plenamente las expectativas y los requerimientos sociales de sus respectivos gobernados. La brecha entre expectativas sociales y posibilidades de alcanzarlas es mayor en las sociedades que tienen una rápida industrialización. Las sociedades en vías de desarrollo reciben estereotipos culturales que chocan con las tradiciones enraizadas en esas sociedades; los objetivos de los gobiernos en las actuales sociedades tecnocognitivas deben incluir la atención y satisfacción de las necesidades de los sectores marginados y cuyos requerimientos aumentan, poniendo en peligro la estabilidad y la paz sociales.

Todayá en algunos Estados se registran autoritarismos ejercidos por las fuerzas armadas, que se convierten a la postre en estructuras burocráticas.

⁵ Arbós, Xavier y Salvador Giner, *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, cit., nota 1, p. 13.

⁶ *Ibidem*, p. 94.

Al respecto, resulta pertinente mencionar las cuatro áreas que los autores han distinguido para examinar la interdependencia de subproblemas de gobernabilidad a la luz del fenómeno globalizador, siendo los siguientes: “1. El Estado y la nación, en cuanto ámbito concreto en que, a pesar de las erosiones y transnacionalizaciones evidentes, aún se encarnan muchos de los problemas de orden político de legitimidad y de eficacia [...] 2. La innovación tecnológica y la aceleración y mundialización de las últimas olas de la revolución técnico-científica, como fuerza que transforma la estructura social moderna y provoca enfrentamientos y problemas de obsolescencia sistemática pero también facilita el aumento de procesos de gerencia y control social; 3. La cambiante distribución geopolítica y ecológica de la gobernabilidad en diversas zonas del mundo, considerando el hecho fundamental de que si bien existe un problema de gobernabilidad mundial, éste presenta una diversidad regional sumamente compleja y a la vez esencial para entender la cuestión; y, finalmente, 4. Una consideración sobre las implicaciones inmediatas de la aparición paulatina de una sociedad mundial, considerando especialmente, las condiciones de poder, autoridad y subordinación internacional que implica este hecho sin ningún precedente histórico”, pp. 66 y 67.

Para justificar su actuación ante sus respectivos pueblos, los regímenes militares aducen seguridad interna o una posible función modernizadora, que pueden imprimir en la administración y conducción del Estado en cuestión. Otra forma de autoritarismo se encuentra actualmente en algunos Estados teocráticos.

... los ministros de la fe no son necesariamente los administradores más eficaces, a pesar de contar con la legitimación que les proporciona su conducción de guías espirituales de los creyentes. Considerando que en una teocracia la discrepancia y la indiferencia religiosa erosionan la fuente esencial de legitimidad del poder, el pluralismo ideológico es automáticamente restringido... Así pues, sus problemas de gobernabilidad acaban pareciéndose a los de los regímenes autoritarios laicos, a pesar de contar con un fuerte nivel de consenso, resultado de una homogeneidad religiosa, a veces forzada.⁷

Parecería que no se comprende a cabalidad que en esta época de globalidad acelerada y redimensionada los Estados, sin duda alguna, están más abiertos a la opinión y al escrutinio de los demás; la globalización conlleva actualmente un corrimiento del velo, que en el pasado ocultaba o distorsionaba los grandes secretos nacionales, en donde con frecuencia se registraban grupos sociales económicamente protegidos, sociológicamente convaleidos o políticamente legitimados, y que actualmente esos secretos quedan expuestos a la opinión internacional, y desde luego a la inevitable comparación.

Delia Montero Contreras y Clara Inés Charry Sánchez mencionan como uno de los efectos de la actual globalización la acelerada conformación de una sociedad civil más organizada y contestaria, que se hace presente en diversos foros y escenarios internacionales, no quedando ajena a las contradicciones de referencia, y utilizando todas las herramientas que han dinamizado el fenómeno globalizador, como puede ser la comunicación con asociaciones hermanadas alrededor del mundo, allegándose para tal fin las tecnologías de la informática y de las comunicaciones e incrementando las interrelaciones con grupos diversos en el espacio virtual que también apoyan y transmiten valores, costumbres y modos de vida.⁸ Asimismo, la

⁷ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

⁸ Montero Contreras, Delia y Charry Sánchez, Clara Inés (comps.), *Globalización y sociedad civil en las Américas. ¿Es posible una convivencia conjunta?*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, 2004, pp. 11 y ss.

Debe indicarse que el término de “sociedad civil” no es homogéneo y sí polisémico, y prácticamente se redimensiona como consecuencia de las luchas internas que se registran en Europa del Este, específicamente en Polonia y Checoslovaquia, y posteriormente se extiende

preponderancia de la sociedad civil en la gestión de los cambios mundiales no habría podido registrar la amplitud, el alcance y el potencial que puede llegar a tener, sin considerar el aumento simultáneo precisamente de la acción ciudadana, siendo el auge del activismo ciudadano en pro del bien público un fenómeno relativamente reciente, masivo y casi universal, en donde la tendencia de una sociedad mejor informada, participativa y responsable es un hecho que se está generalizando, y de connotación irreversible.⁹ Es necesario desarrollar un nivel más profundo de cohesión en la sociedad internacional que lleve a una efectiva solidaridad de búsqueda permanente de estrategias que ayuden en la protección de los intereses públicos nacionales comunes a todos los pueblos y tenga por objeto mejorar los indicadores sociales a fin de alcanzar un desarrollo sustentado.¹⁰ En lo referente al ámbito intergubernamental, se encuentra entre los países desarrollados y los que están en vías de serlo, la necesidad de ampliarse la coordinación de intereses, con objeto de equilibrar lo individual y lo colectivo, característica primordial de interacción entre los Estados en el ámbito de las relaciones internacionales (RI) y del derecho internacional (DI), a fin de transitar más allá de

este movimiento a otros países, en donde se organiza la sociedad civil de diferentes maneras para actuar en contra del Estado o de algunas de sus instituciones e inclusive de los partidos políticos. Las autoras de referencia precisan que “Como efecto del avance de la teoría social y política, el concepto de sociedad civil se fue autonomizando frente a la sociedad política y a la sociedad económica; se fue entendiendo a la sociedad civil como una esfera de interacción social entre la economía y el Estado, como una posición equidistante entre la esfera económica y la esfera política... el proyecto de la sociedad civil no es invadir los espacios del poder público, ni de la economía, sino reconocerle a cada uno su propio valor y establecer con ellos mecanismos de mediación”, pp. 17 y ss. Para un estudio más extenso de la sociedad civil y la relación con la ciudad se sugiere consultar la obra Borja, Jordi y Castells, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, México, 2006, Taurus, 418 pp.

⁹ Organización de las Naciones Unidas, “*La sociedad civil y la gobernanza mundial*. Documento de antecedentes preparado por Fernando Henrique Cardoso, Presidente del Grupo”, p. 1 (9 pp.), en http://www.un.org/spanish/civil_society/sc_gm.html (fecha y hora local de consulta: 20/03/2005; 15:30 hrs.).

¹⁰ Conrado Vieria, José Luiz, *A integração econômica internacional na era da globalização. Aspectos jurídicos, econômicos e políticos sob prismas conceitual e crítico*, Prefácio: Fábio Nusdeo, São Paulo, Editora Letras & Letras, 2004, p. 282. Teniendo como telón de fondo lo examinado en el cuerpo del trabajo, en algunos países se encuentra un déficit de regulación de naturaleza política y gobernanza democrática; asimismo, se encuentran claras dicotomías entre la economía y la política, entre los vasos comunicantes de los mercados y mecanismos efectivos de envergadura global, como ha quedado demostrado con la crisis económica de 2008. En este mismo sentido, el autor de referencia menciona que “... dos principais combustíveis da ação desregulada das grandes transnacionais e dos movimentos de capitais potencialmente desestabilizadores, os quais, impactando perigosamente as economias nacionais, principalmente dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos, não tem no seio da comunidade internacional o anteparo de sanções e outros instrumentos de regulação”.

la simple cooperación intergubernamental y hacia un nivel más elevado de conciencia,¹¹ que contemple también la ampliación y la profundización del diálogo con la sociedad civil organizada para alcanzar el mencionado desarrollo, entendiendo por desarrollo.

... um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes.¹²

En el ámbito económico, el desarrollo representa el crecimiento de la producción de bienes y recursos endógenos, fundamentado en factores internos, con objeto de preservar esos recursos; desde la perspectiva social constituye la adquisición progresiva en igualdad de condiciones básicas de vida, como la obtención de la población de derechos sociales y económicos; desde el ángulo político, el desarrollo es el efectivo ejercicio de la sociedad de su papel de sujeto político, fuente legitimadora de todo poder y destinatario de su ejercicio,¹³ y la perspectiva cultural del desarrollo es la observancia del complejo total de los diferentes aspectos espirituales, materiales, intelectuales y emocionales, que distinguen a una sociedad o grupo social, en donde se incluye no solo el arte y las letras, sino la manera de vivir, los derechos fundamentales de los seres humanos, el sistema

¹¹ *Ibidem*, p. 283.

¹² Amaral Cardia, Fernando Antonio, “Uma breve introdução á questão do desenvolvimento como tema de direito internacional”, *Direito Internacional e Desenvolvimento*, Alberto do Amaral Júnior (org), Manole, Brasil, 2005, pp. 53 y 54.

¹³ *Idem*.

Para complementar las anteriores perspectivas con la vertiente jurídica Antônio Augusto Cançado Trindade menciona que “o direito do desenvolvimento, co seus vários componentes (direito a autodeterminação econômica, soberania permanente sobre a riqueza e os recursos naturais, princípios do tratamento não-recíproco e preferencial para os países em desenvolvimento e da igualdade participatória dos países em desenvolvimento nas relações econômicas internacionais e nos benefícios da ciência tecnologia), emerge como um sistema normativo internacional objetivo a regular as relações entre Estados juridicamente iguais mas economicamente desiguais e visando a transformação destas relações, com base na cooperação internacional (Carta das Nações Unidas, arts. 55 e 56) e em considerações de equidade, de modo a remediar os desequilíbrios econômicos entre os Estados e a proporcionar a todos os Estados — particularmente os países em desenvolvimento — oportunidades iguais para alcançar o desenvolvimento”, p. 59.

Cabe mencionar que la expresión “Derecho al desarrollo” fue creada por André Philip, representante de Francia en la primera UNCTAD y la utilizó en un artículo científico en septiembre de 1964 titulado “Desarrollo y civilización”, de Albuquerque Mello, Celso D., *Curso de derecho internacional público*, 15a ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, vol. II, p. 1700.

de valores, tradiciones y creencias;¹⁴ en otras palabras, el desarrollo es un concepto multidimensional-integral que abarca trascendentales vertientes de la sociedad.

Uno de los temas-problemas del desarrollo es el endeudamiento público excesivo, que ha tenido un impacto negativo de larga duración y conlleva una carga a las generaciones venideras, así como el desplazamiento de la inversión privada, elevando inclusive el costo de la obtención de préstamos en los mercados internacionales para las empresas privadas nacionales, o expone al país deudor a crisis financieras.¹⁵ Es un hecho que los pagos del servicio de la deuda externa representan un porcentaje sustancial de recursos, en los países pobres, recursos que deberían canalizarse hacia el financiamiento de un desarrollo más equilibrado. El alivio de la deuda mediante la condonación total o parcial de los Estados más pobres de la comunidad internacional representa en la práctica una forma eficaz de asistencia para el desarrollo, porque puede evitar que el país en cuestión siga sobreendebiéndose, y constituye en principio respaldo presupuestario.

Otro esquema que debe seguirse desarrollando, ampliando e implementando en países de menor desarrollo relativo, como los ubicados en AL, es el mecanismo denominado multilateral de cooperación, que se integra por una organización internacional, el país que otorga los recursos y el destinatario de estos. Este esquema tiene la ventaja de que puede reconciliar los intereses y prioridades de los países otorgantes de los recursos y del receptor de ellos. La organización internacional filtra los recursos, monitorea y, en su caso, puede implementar los mismos en el país destinatario de las aportaciones.¹⁶

¹⁴ García Flores, Eugenio, “El Estado nación en un proceso globalizador, la lucha contra el terrorismo trasnacionalizado y la observancia de los derechos humanos”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 394.

¹⁵ Borensztein, Eduardo *et al.* (coords.), *Vivir con deuda. Cómo contener los riesgos del endeudamiento público. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2007*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo-David Rockefeller Center for Latin American Studies-Harvard University, 2007, p. 6.

En la literatura especializada la deuda pública puede ser considerada como un instrumento de la política económica en virtud de que los gobiernos pueden, por ejemplo, emitir deuda para financiar nuevas inversiones en capital humano y físico o para modificar el uso de los recursos naturales de un país en el tiempo o para satisfacer las necesidades de financiamiento, como consecuencia de acontecimientos excepcionales, p. 3.

¹⁶ Cassese, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 2005, p. 519.

Al respecto, resulta pertinente distinguir que “The notion of development co-operation commonly covers all the activities undertaken by the more industrialized states to promote the economic progress of the more disadvantaged countries. When States carry out these

Por otra parte, la migración internacional tiene trascendentales repercusiones en el crecimiento y desarrollo de los países de origen y en los de destino; aproximadamente 200 millones de personas viven fuera del país donde nacieron, incidiendo para que se registre el aumento de las migraciones internacionales las diferencias en las características demográficas en el nivel de ingreso real entre los países.¹⁷ Sin embargo, algunos autores sostienen que las actuales migraciones internacionales son proporcionalmente menores a cualquier otra época de la historia del mundo, fundamentalmente por las limitaciones previstas en las leyes de los países industrializados, siendo actualmente esta fase de globalización más selectiva y menos propicia que las anteriores a la migración internacional de personas no cualificadas, lo mismo en los países de emigración que en los de inmigración.¹⁸ Asimismo, un buen porcentaje de la cifra mencionada —cualificados o no— ha adoptado la difícil decisión de abandonar su hogar y buscar trabajo en el extranjero, y cuando consiguen el citado empleo empiezan a enviar dinero a los familiares que se han quedado en su país, generando de esta forma oportunidades para las poblaciones locales y, desde luego, impactando positivamente en las economías nacionales. En 2005, una de cada diez personas en el mundo estaba relacionada directamente con las remesas, ya sea que las enviaba o porque las recibía.¹⁹ Se calcula que en general las remesas hacia los países en desarrollo ascendieron en el 2007 a 251,000 millones de dólares americanos,²⁰ y para AL y el C en 2008 las remesas que llegaron fueron

activities within the framework of an international organization, development co-operation takes on the nature of *multilateral* co-operation, in contrast to the co-operation that every state, in pursuing its foreign policy goals, may undertake at the *bilateral* level”, p. 518.

¹⁷ Banco Mundial, “Migraciones y remesas”, p. 1 (4 pp.), en <http://web.worldbank.org/WEBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/> (fecha y hora local de consulta: 01/02/2009; 15:00 hrs.). Resulta pertinente distinguir que el número de personas desplazadas por la fuerza que tienen origen en conflictos y persecuciones se contabilizaba en 42 millones de personas a finales de 2008 y de este total 16 millones de personas tienen la calidad de refugiadas o solicitantes de asilo y 26 millones como desplazados internos. *Cfr.* The UN. Refugee Agency, “2008 Global Trends: refugees, asylum-seekers, returnees, internally displaced and stateless persons”, 16 de junio de 2009, pp. 1 y ss., en <http://www.unhcr.org/14a375c426.html> (fecha y hora local de consulta: 21/06/2009; 18:35 hrs.).

¹⁸ Gunter, Bernhard G. y van Der Obvien, Rolph, “La cara social de la globalización, según la bibliografía especializada”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, núms. 1-2, vol. 123, 2004, p. 29.

¹⁹ Terry, Donald F., “Las remesas como instrumento de desarrollo”, *Remesas de Inmigrantes*, Donald F. Terry y Steven R. Wilson (editores), prólogo de Enrique V. Iglesias, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005, p. 6.

²⁰ Banco Mundial, “Migraciones y remesas”, *cit.*, nota 17, p. 1.

de aproximadamente 69,200 millones de dólares americanos.²¹ Las remesas han llegado a duplicar el monto total de la ayuda para el desarrollo, y en muchos países constituye la principal fuente de divisas. En AL y el C los flujos de remesas conforman el mercado de remesas de mayor volumen en el mundo, y el hemisferio occidental en su totalidad representa un sistema que funciona como un mercado laboral integrado.²² Salvo en las épocas de crisis económica registradas en los países generadores —por obvias razones decrecen los flujos de remesas— constituyen una fuente invaluable de desarrollo, y se distingue de la ayuda clásica al desarrollo, en que impacta directamente a las familias en zonas geográficas donde la asistencia para el desarrollo no llega tan fácilmente, o simplemente no llega, como en las áreas rurales alejadas. Se utilizan para financiar inversiones futuras. Algunas familias pagan la matrícula escolar de sus hijos, invirtiendo en capital humano para la siguiente generación; en otros casos se invierten en bienes, como herramientas, o representan una fuente estratégica de capital de operación para pequeñas empresas familiares; en numerosos hogares de bajos ingresos, con muy escaso acceso al crédito bancario, las remesas representan la única fuente de financiación, y funcionan también como un mitigador de commociones en casos de catástrofes naturales, como huracanes, terremotos, o sociales, como inestabilidad política; en estos períodos se registran aumentos considerables hacia las zonas afectadas; en el nivel macroeconómico tienen un fuerte impacto, a través del efecto multiplicador en el producto interno bruto (PIB), la creación de fuentes de empleo, el consumo y la inversión; no resulta desproporcionado decir que las remesas representan la expresión máxima de los valores familiares, la laboriosidad, el ahorro, el sacrificio y la esperanza de un futuro mejor.²³

El desarrollo de la persona humana debe conceptualizarse de forma unitaria a la totalidad de la persona en todas sus facetas en un marco de libertad responsable; los fenómenos que conlleva el subdesarrollo no son consecuencia de la casualidad o de un origen histórico, sino el resultado de la irresponsabilidad humana. Se tiene que reconocer que el desarrollo sustentable está siendo cada vez más difícil de alcanzar en algunas áreas geográficas, por problemas dramáticos que la crisis económica-comercial

²¹ Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, “*Remesas a América Latina y el Caribe declinaron en 2009-BID*”, 16 de marzo de 2009, p. 1 (2 pp.), en <http://www.iadb.org/news/detail.cfm?artid=5160&language=Spanish&id> (fecha y hora local de consulta: 23/06/2009; 11:15 hrs.).

²² Terry, Donald F., “Las remesas como instrumento de desarrollo”, *Remesas de inmigrantes, cit.*, nota 19, p. 7.

²³ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

financiera de 2008 ha dejado más evidente, sin descartar que la misma se pueda prolongar en el tiempo más de lo previsto originalmente, o que en su caso sea un antecedente directo de futuras crisis regionales.

Es necesario en algunos países en vías de desarrollo, preponderantemente, fortalecer las formas de participación de la sociedad civil en la política nacional; se requiere que haya una mayor atención y participación en la *res pública* por parte de los ciudadanos. Asimismo, en la etapa de la globalización que atraviesa gran parte de la humanidad, la erradicación del hambre en el mundo es una meta a la que debe abocarse con mayor énfasis la sociedad civil, para salvaguardar la paz y la estabilidad del planeta; el hambre depende más de las insuficiencias institucionales que de la escasez material; en otras palabras, las sociedades de los países que padecen el flagelo del hambre carecen de un sistema institucional que tenga el potencial de asegurar el acceso al agua y a la comida de manera regular y adecuada desde la perspectiva nutricional. El tema-problema de la inseguridad alimentaria debe plantearse en una perspectiva de largo plazo a fin de reducir o, en su caso, eliminar las causas estructurales que dan origen a esta temática. Finalmente, para concluir con la primera parte de la presente introducción, debe subrayarse que oponerse al fenómeno globalizador representa adoptar una actitud errónea hacia un proceso que sin duda alguna tiene aspectos positivos y representa para las sociedades la posibilidad de una gran distribución de la riqueza a nivel mundial; si el fenómeno multidimensional como lo es la globalización no se redirecciona en un sentido redistributivo de la riqueza, seguiremos observando la ampliación, profundización y redistribución de la pobreza en el mundo.

En otro orden de ideas, la casi generalidad de las culturas identifican la paz con el bienestar colectivo o como aspiración social, y en una doble vertiente, estatal e internacional, comprende amplios campos, como la seguridad, los acuerdos, la armonía, las alianzas, etcétera, e implica desde la perspectiva de un proceso institucionalizado de no guerra, la transformación de la anarquía del sistema internacional por una mayor y profunda cooperación de los Estados en el marco de las organizaciones multilaterales globales, buscando equilibrar el poder a través de una justicia redistributiva de oportunidades y desarrollo social; la seguridad debe ser el resultado de procesos sociales e interacciones políticas en donde “... ideas, percepciones de la realidad, conocimientos, representaciones sociales e identidades, son socialmente construidas”.²⁴ Asimismo, resulta importante subrayar que la

²⁴ Oswald Spring, Úrsula, “Paz y seguridad en un mundo globalizado”, en Díaz Müller, Luis T. (coord), *Paz, tecnología y bioética. Cuartas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 3-8.

reestructuración que conlleva la progresiva redistribución del poder global crea un contexto que amenaza con modificar las reglas de la actual competencia económica global y del orden jurídico internacional. Al contrario de la estructura bipolar existente durante la guerra fría (GF), actualmente se está configurando un complejo sistema multipolar,²⁵ o, para ser más precisos, unimultipolar complejo en virtud de registrarse diversas modalidades de relacionamiento y diferentes planos de ejercicio del poder político, económico y militar. Por una parte se aprecia actualmente la existencia de una unipolaridad militar indiscutible ejercida por los EUA, y, por la otra parte, se percibe una multipolaridad económica, así como una creciente diversidad y complejidad en el ejercicio del poder político, no solamente centralizado en los Estados, sino que también siguen emergiendo al escenario internacional, organizaciones internacionales, entidades no gubernamentales, empresas multinacionales, que conllevan cambios importantes en la estructura y en la agenda de la sociedad internacional.²⁶

En este sentido, la expansión de las reglas de derecho en las relaciones internacionales tiene como objetivo, entre otros, eliminar el ejercicio arbitrario del poder, guiando la interacción de los entes de la comunidad

²⁵ Kegley, Charles W. Jr. y Raymond, Gregory A., *El desafío multipolar. La política de las grandes potencias en el siglo XXI* (estudio preliminar de Ignacio de la Rasilla del Moral), Almuzara, España, 2008, p. 25.

Los autores indican lo siguiente; “[...] la inclinación histórica de las grandes potencias a percibirse mutuamente como rivales no se ha desvanecido [a principios del siglo XXI] Debemos reconocer que las diferencias a resulta de los intereses de las grandes potencias tampoco ha desaparecido. Es probable que la alta política de seguridad militar no pierda su carácter fundamental en el siglo XXI [...] La cuestión planteada por el espectro de la multipolaridad es si ese futuro se revelará como un período de cooperación y paz entre las grandes potencias, o bien si se verá peligrosamente caracterizado por conflictos y confrontaciones [...] el final de cada guerra entre grandes potencias, en etapas históricas previas, fue seguida de una inicial ráfaga esperanzadora de cooperación e institucionalización con el objetivo de construir un nuevo orden estable entre las potencias victoriosas. Pero cada uno de esos diseños por parte de las grandes potencias [como] la Paz de Westfalia (1648), el Tratado de Utrecht (1713), el Concierto de Europa (1815), la Liga de las Naciones (1919) y Naciones Unidas (1945) [...] demostraron ser efímeros. En cada caso cuando una distribución multipolar del poder, conlleva alteraciones en el poder relativo de las grandes potencias, la colaboración cede el paso a la competición. Más tarde o más temprano, todos los sistemas multipolares precedentes han colapsado, cuando una o más de las potencias más poderosas han expresado su insatisfacción con el régimen y la jerarquía existente procurando, por todos los medios a su alcance, derribar el *statu quo*”. Los anteriores esquemas multipolares a la Paz de Westfalia se registraron entre los años 1495-1521; 1604-1618, pp. 27 y ss.

²⁶ Lagos, Enrique, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional V-2005*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 317.

internacional, así como orientar los principios e ideas del desarrollo social y económico. El desarrollo progresivo del DI en el marco de una solidaria y plural visión del mismo conlleva la creación de las condiciones de estabilidad en el sistema internacional, e implica también desarrollar bases más sólidas de una verdadera sociedad trasnacional,²⁷ que sin duda alguna reflejan cómo se concibe la naturaleza del DI y las posturas teóricas que lo sustentan; es ampliamente conocido que los modelos teóricos del DI reflejan específicos puntos de vista del mundo y de las RI entre Estados, y en general miembros de la comunidad internacional, privilegiando algunos valores e intereses, y al mismo tiempo ignorando o discordando con otros; asimismo, las teorías del DI han sido utilizadas para aclarar, explicar, justificar y criticar la actividad de los miembros de la comunidad internacional e implementar metodologías a fin de sustentar la acción de los Estados en cuanto a programas políticos fundamentados en el DI, y quedando disueltas en las mismas a veces de forma imperceptible, los intereses nacionales o de las dirigencias políticas que no siempre son coincidentes.²⁸ En este mismo sentido, Klaus Müller Uhlenbrock menciona que el DI actual se distingue por un notable aumento de la tendencia a regular las relaciones entre las sociedades a través de leyes, registrándose lo anterior desde finales de la Edad Media.²⁹ Al respecto, sobre el subtema que nos ocupa, Víctor Navarrete indica lo siguiente:

²⁷ Blum, Gabriella, “Bilateralism, multilateralism, and the architecture of international law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, num. 2, Summer 2008, pp. 332 y 333

Pueden mencionarse al respecto dos corrientes teóricas fundamentales sobre el derecho internacional; “For universalists, true universalization of international law requires the harnessing of participants, constituencies, stakeholders, sources, and influences into modern international legal processes [...] universalists believe that multilateral treaties [...] and the international organizations [...] associated with them are both the cause and the effect of a transition from anachronistic notions of sovereignty and self-aggrandizement –still epitomized in bilateral, power-based pacts- to a more enlightened international society. In contrast, the unilateralist or ‘sovereigntist’, camp maintains that the universalization of international law poses a threat to sovereignty and national interest [...] unilateralists argue, multilateralism is useful only in the context of alliances created to advance traditional military, economic, or other national interests and become dangerous when it imposes meaningful restraints on states conduct or transfers any real decisionmaking power to international governance”, pp. 324 y 325.

²⁸ Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 2006, pp. 84-87.

²⁹ Müller Uhlenbrock, Klaus, “Del ius publicum europeum a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2008, p. 15.

It is an undisputed truth that during the last decade, the international judiciary has grown steadily. New courts, tribunals and quasi-judicial bodies have recently been created and the existing ones have been strengthened [...] Judicial globalization is a complex phenomenon. It not only involves heightened participation of non-state actors, but is also characterized by increased interactions among different judicial bodies around the world [...] is an unprecedented phenomenon that will alter international relations as it creates a new paradigm for dispute resolution both domestically and internationally. The thrust of their arguments is that court will eventually become centres of international power that will influence world politics in a way they have never done before.³⁰

El concepto de la globalización judicial desde la perspectiva neoliberal no se refiere en esencia a la construcción de una arquitectura supranacional o a la elaboración de un sistema judicial internacional en estricto sentido, en virtud de existir cuerpos judiciales que no funcionan interrelacionados unos con otros; más bien, se acentúa la idea de la globalización al hacer referencia a una fuerza horizontal difusa, que construye el consenso en los jueces y demás operadores jurídicos alrededor del mundo sobre la universalidad de los principios legales, los cuales deben ser aplicados, aunque la tendencia apunta hacia la supranacionalidad. Desde la perspectiva de esta corriente teórica, la actividad judicial crea una comunidad global de derecho, e implica que los impartidores de justicia empiecen a ser más leales a las reglas de derecho aceptadas en esa comunidad jurídica y no a los principios legales adoptados en sus respectivos sistemas jurídicos.³¹ Asimismo, la globalización de los mercados hace referencia en alguna medida a la armonización y organización de las prácticas comerciales de las corporaciones multinacionales, operando en los diversos mercados nacionales e incidiendo, por ejem-

El autor de referencia menciona que la ampliación del derecho en las relaciones internacionales o la juridificación de las mismas lo siguiente: “El concepto de juridificación se refiere a la penetración del derecho en ambientes sociales que hasta entonces se mantuvieron como espacios no regulados jurídicamente; este proceso ocurre de manera expansiva regulando en mayor medida relaciones sociales que anteriormente no habían sido reguladas. En la fase de la nueva era, que lleva a la constitución del Estado y de la sociedad burguesa (*bürgerliche gesellschaft*), el derecho funge como el medio preferencial de una socialización que rompe con las relaciones sociales de la tradición feudal [...] la propiedad privada funge desde entonces como característica de las personas jurídicas, atribuida a individuos y grupos sociales que requieren la protección de sus títulos de propiedad mediante el poder estatal”, p. 10.

³⁰ Navarrete, Víctor, “Judicial globalization, a new model of North-South relations for the 21st Century?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional VII-2008*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 363-365.

³¹ *Idem.*

plo, en la armonización y uniformidad del derecho comercial,³² y, por otra parte, no debe dejar de mencionarse la tendencia de los organismos internacionales a ejercer más capacidades normativas, en virtud de tener poder coercitivo o debido a su función de organismos internacionales de última instancia, como lo son el FMI, el BM o la OMC.³³

Asimismo, es un hecho la acelerada interrelación en el mundo y la implicación en la ampliación y profundización de la cooperación internacional para alcanzar los objetivos de la agenda global sobre la base de una interdependencia fundamentada en los legítimos intereses de los Estados y de los demás actores internacionales. Manuel Becerra Ramírez y Juan Manuel Portilla Gómez expresan que si algo se distingue en relación con la institucionalidad es precisamente la proliferación de las organizaciones internacionales, que constituyen una vertiente esencial de la actual cooperación internacional³⁴ y de la juridificación de las relaciones internacionales³⁵ [*vid. infra*, transcripción 37]. En el pasado, las organizaciones internacionales surgieron fundamentalmente después de la Primera Guerra Mundial (PGM) y proliferaron posteriormente a la Segunda Guerra Mundial (SGM); en ambos casos, como una necesidad y percepción de los Estados de la existencia de ciertos problemas y la inviabilidad para resolverlos unilateralmente, sin la colaboración de los demás miembros de la sociedad internacional.³⁶ Actualmente, las organizaciones internacionales son una especie de super-

³² Shapiro, Martin, “The globalization of law”, *Global Legal Studies Journal*, Bloomington, vol. 1, núm. 1, 1993. In Faria, José Eduardo, *O direito na economia globalizada*, São Paulo, Malleiros Editores, 2005, p. 142.

³³ Miguel Beriain, Íñigo de, *El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, Granada, Comares, 2008, p. 99.

³⁴ Becerra Ramírez, Manuel y Portilla Gómez, Juan Manuel, “El derecho internacional durante la guerra fría”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, *cit.*, nota 29, p. 196.

³⁵ Para una consulta amplia y detallada del derecho de las organizaciones internacionales, *cfr.* Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Direito das organizações internacionais*, 3a. ed., revista, actualizada y ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, 1028 pp.

Asimismo, en las definiciones sobre organismos internacionales se puede encontrar el elemento de la cooperación como, se indica en las siguientes definiciones: “sociedade entre Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperacao entre seus membros”, o en la que indica que son “uma associação voluntária entre Estados, constituída através de um tratado que prevé um aparelhamento institucional permanente e uma personalidade jurídica distinta dos Estados que acompoem, com o objetivo de buscar interesses comuns, através da cooperação entre seus membros”. *Cfr.* Seitenfus, Ricardo, *Manual das organizações internacionais*, 4a. ed., revista, actualizada e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, Editora, 2005, pp. 32 y 33.

³⁶ Guerra, Sidney, *Direito internacional público*, 2a. ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 2005, p. 15.

estructura de la sociedad internacional, y representan un reflejo de las relaciones internacionales y del poder difuso que ejercen los actores internacionales; innumerables son sus funciones y potencialidades en la juridificación de las RI; pueden mencionarse las siguientes:

a) exercem influencia nas decisões dos Estados; b) desenvolvem meios para controlar conflitos; c) aumentam as oportunidades dos Estados subdesenvolvidos, vez que estes possuem maioria nas organizações e atuam como um grupo de pressão. Por outro lado, as organizações fornecem uma estrutura onde tais Estados negociam em igualdade (formalmente) com os Grandes. Eles são protegidos de modo coletivo; d) atuam contra o nacionalismo ao defenderem o internacionalismo [...] e) representam um canal de comunicação entre os Estados; f) constituem um mecanismo para a tomada de decisões; g) protegem os direitos humanos; h) o secretariado (parte administrativa) é um eventual líder para o fim de que as propostas estatais sejam examinadas internacionalmente; i) garantem a segurança dos Estados; j) legitimam determinadas situações, bem como asseguram que as transformações destas pacíficas, o que é importante em um mundo de rápidas transformações; l) [id est k] procuram restringir o poder dos Grandes; m [id est l] internacionalizam os problemas [...] o) [id est n] contribuem para a formação de normas internacionais de diversas maneiras: 1- a sua prática e atos tem constituído importante elemento para o direito internacional costumeiro; 2- novos ramos de DI tem sido desenvolvidos (DI do Trabalho, DI Administrativo); 3- O DI clássico apresentava como uma de suas características a autotutela, enquanto que atualmente as organizações internacionais passaram a possuir um monopólio do uso da força; 4- novas fontes surgiram no DIP: a lei internacional, ou como prefere a maioria dos doutrinadores, as decisões das organizações internacionais; 5- desenvolvem a codificação do DIP, diminuindo a incerteza que existe no DI consuetudinário; 6- os seus tribunais desenvolvem uma jurisprudência, sendo que todos os tribunais na ordem internacional estão dentro de organizações internacionais; 7- promovem a expansão geográfica do DI, universalizando-o; p [id est o] as organizações internacionais atuam na opinião pública dos Estados e contribuem para o desenvolvimento da opinião pública internacional.³⁷

Desde una perspectiva más amplia a la globalización judicial, en el actual esquema unimultipolar complejo que atraviesa la actual sociedad internacional se registra la expansión y armonización de las reglas de derecho, lo que se ha denominado también como la juridificación de la sociedad, en el ámbito interno e internacional, mediante la conformación paulatina

³⁷ Albuquerque Mello, Celso de, *Curso de direito internacional público*, vol.1, cit., nota 13, pp. 621 y 622.

de una comunidad horizontal de operadores-armonizadores de los sistemas jurídicos; por lo que se refiere a la cooperación, se redimensiona su importancia, magnitud y trascendencia mediante la actuación de los organismos internacionales y el poder difuso que pueden ejercer mediante el desarrollo progresivo armonizador que implican sus resoluciones,³⁸ reflejo de concepciones teórico-metodológicas de DI en lo particular y de la RI en general.

Asimismo, la dinámica de interdependencia entre los Estados aumenta e intensifica la lista de problemas globales que requieren soluciones globales, aunque debe enfatizarse que no todos los problemas identificados como globales tienen esa categoría o requieren en su caso de soluciones globales. Sin embargo, como se desprende de lo examinado en los párrafos anteriores, el poder difuso que pueden ejercer las instituciones internacionales se redimensiona ante los diversos problemas de la agenda global. En este sentido, diversas corrientes de opinión argumentan que la sociedad internacional se encuentra en la necesidad de reconstruir la arquitectura de los organismos internacionales hacia un redireccionado orden internacional más democrático, equilibrado, en donde las reformas institucionales tengan la aprobación y el consenso de la comunidad internacional en el marco de una auténtica reciprocidad, aspecto fundamental de cualquier iniciativa de un nuevo orden internacional estabilizador y ordenador de la economía internacional o de los graves problemas examinados en la primera parte de este apartado introductorio (*vid. supra*).

Otras posturas teóricas argumentan que las transformaciones institucionales de la arquitectura internacional son más viables cuando un Estado dominante liderea los cambios de referencia haciendo alusión a los EUA.³⁹ Aunque en general la legitimación de las acciones a implementar por el país antes mencionado se basen en la creencia de que la acción, el actor o la política sea la apropiada, aceptable o natural, y aunque se reconozca a los EUA como el principal erogador de recursos a nivel mundial para alcanzar la estabilidad, la seguridad internacional, o que tenga el suficiente poder para liderear la transformación de un nuevo orden internacional, la pregunta formulada en algunos círculos académicos es: ¿los EUA tienen la suficiente autoridad moral para conducir los cambios suficientes de un nuevo or-

³⁸ Para profundizar sobre las características y la trascendencia de las resoluciones emitidas por los organismos internacionales, *cfi.* Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 179 pp.

³⁹ Brooks, Stephen G. y Woblforth, William C., “Reshaping the world order. How Washington should reform international institutions”, *Foreign Affairs*, vol. 88, núm. 2, March/April 2009, pp. 51-53.

den internacional?⁴⁰ Por otra parte, una corriente de opinión contraria a la mencionada propone que los EUA deberían utilizar, cuando fuera posible, un perfil bajo en las instituciones globales, aunque se argumenta la posible consecuencia siguiente: al adoptar esta política se perdería la oportunidad de reflejarse los intereses de los EUA, compartidos por otros Estados en el nuevo orden internacional que pueda redireccionarse.⁴¹

El desarrollo de la actual arquitectura internacional es responsabilidad de la comunidad internacional en general, y no debe quedar en manos de una o varias potencias, porque en esencia al hablar de la transformación de la estructura de la sociedad internacional se hace referencia en parte al mismo proceso civilizatorio de la humanidad, que debe seguir teniendo como uno de sus centros de gravedad los principios generales reconocidos por la misma sociedad internacional, en donde los Estados y los demás actores internacionales asuman recíprocas obligaciones para cooperar en la solución o en las mitigaciones de los actuales trasnacionales temas-problemas, y fundamentada en el concepto de la soberanía de los Estados, así como en una mayor democracia al interior de los organismos internacionales; en este sentido,

An international legal framework founded on a consent-based model of sovereignty is advantageous for several reasons. By requiring the explicit or implicit consent of nations before a particular international standard binds them, this approach gains the legitimacy that democratic legal traditions and processes provide. Consent-based international law also allows states to protect their own critical interests by bargaining for or withholding consent from certain provisions of a treaty.⁴²

Como elemento fundamental implícito en la anterior postura, debe resaltarse la independencia de los Estados, definida por ejemplo, en el Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes, preparada en 1949 por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, como “the capacity of a state to provide for its own well-being and development free from the domination of

⁴⁰ *Ibidem*, p. 56.

Para Zbigniew Brzezinski y Henry Kissinger, existe cierta incredulidad en que los Estados Unidos de América puedan encabezar los cambios institucionales globales basados no en la carencia de poder para conducirlos, sino en la carencia de legitimidad del país antes mencionado, p. 56.

⁴¹ Chertoff, Micheal, “The responsibility to contain. Protecting sovereignty under international law”, *Foreign Affairs*, United States of America, vol. 88, núm. 1, January/Febrary 2009, p. 131.

⁴² *Ibidem*, p. 132.

other states, providing it does not impair or violate their legitimate rights".⁴³ Finalmente, el concepto tradicional o clásico de soberanía ha tenido que evolucionar de un esquema cerrado, independiente, hacia un concepto contextualizador del estado actual de las RI; la figura de la soberanía constituye actualmente la base del Estado y de la sociedad internacional.⁴⁴ Asimismo, el DI se encuentra inobjetablemente regulando el escenario político global, y constituye la mejor vía para fundamentar el actual activismo internacional, y no debe utilizarse como herramienta para vulnerar la soberanía de los Estados o, en su caso, para implementar reformas forzadas de la actual arquitectura institucional internacional. El DI tiene la invaluable función de sincronizar los esfuerzos de la comunidad internacional hacia el tratamiento armónico de solución o mitigación de los temas-problemas de la agenda internacional.

La función sincronizadora es evidente en el área del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y representa un tema calificado por Sergio García Ramírez como explosivo y expansivo; explosivo, como consecuencia principalmente de la SGM y de un movimiento tutelar hacia los mismos, acentuándose lentamente la *opinio juris* de que no debería ser más un tema doméstico; en otras palabras, el Estado ya no podía disponer a su arbitrio de los individuos que se encontraran bajo su jurisdicción o imperio de *jure* o de *facto*,⁴⁵ aunque, como es sabido, el tema de los derechos humanos (DH) se integra a la agenda internacional formalmente aproximadamente desde el siglo XIX, debiéndose subrayar en el siglo XX la labor de la OIT —creada en 1919— y su lucha por garantizar los derechos de los trabajadores y la diversidad de tratados en temas como libertad de asociación, no

⁴³ Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*, fifth edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2007, p. 189.

⁴⁴ Al respecto, el anexo de la Resolución de las Naciones Unidas 2.625 (XXV) adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, titulada Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, establece los siguiente: “a) Los Estados son jurídicamente iguales; b) cada Estado goza de derechos inherentes a la plena soberanía y c) tienen el derecho de respetar la personalidad de otros Estados; d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) cada Estado tiene el derecho de escoger y desarrollar libremente su sistema político, social, económico y cultural; f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los otros Estados [...]. Cfr. Becerra Ramírez, Manuel y Portilla Gómez, Juan Manuel, “*El derecho internacional durante la guerra fría*”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, cit., nota 29, p. 195.

⁴⁵ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002, pp. 5 y 6.

discriminación en el empleo, seguridad social y el derecho al trabajo, que se formalizaron en razón a consideraciones de humanidad.⁴⁶

Otro impulso explosivo del DIDH se registró posteriormente a la SGM con las atrocidades cometidas durante la misma, remarcando la idea de que los DH deberían protegerse en el ámbito internacional, quedando plasmado en la Carta de San Francisco el tema de los DH; con objeto de desarrollar los principios en la mencionada Carta, se constituyó la Comisión de Derechos Humanos de la Organización, presidida por la señora Eleonora Roosevelt, la comisión tenía en principio tres encargos, como fueron: preparar una declaración universal relativa a los derechos civiles, políticos, económicos y sociales del hombre; elaborar un pacto en una convención en términos legales, relativa a los derechos civiles y políticos, de cumplimiento obligatorio para todos los Estados que la firmaran y ratificaran, así como proponer medidas para implementar los principios de la Declaración y los dispositivos de la Convención, para examinar las peticiones y reclamaciones de los individuos y grupos.⁴⁷ Así, la expansión de los DH tomaba forma en el marco de la nueva Organización —dicho sea de paso— era cualitativamente diferente de cualquier otro sistema que se hubiera registrado en la comunidad internacional anteriormente y protegía o trataba de proteger al individuo en contra del Estado.⁴⁸ Quedarían como centro de gravedad indiscutibles de la futura arquitectura internacional de protección de los DH, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional

⁴⁶ Cassese, Antonio, *International Law, cit.*, nota 16, p. 376.

Al respecto, a la luz de lo examinado en el *corpus* de la presente introducción, resulta pertinente mencionar que, tradicionalmente la persona humana se encontraba bajo la exclusiva jurisdicción del Estado, del cual era nacional y en donde vivía; ningún otro Estado podía interferir sobre la autoridad de ese Estado el cual tenía una serie de derechos sobre esa persona. Sin embargo, cuando los extranjeros sufrían algún daño sus intereses se salvaguardaban solo cuando el Estado del cual era nacional el afectado decidía ejercitar la interposición diplomática. La persona humana era un apéndice del Estado, y la interposición diplomática la ejercía el Estado de acuerdo con sus intereses. Sin embargo, gradualmente algunas excepciones fueron tomando forma o acentuándose en la práctica internacional de protección de los derechos humanos (DH); tratados sobre la prohibición de la trata de esclavos fueron concluidos en el siglo XIX, así como de la prohibición de la esclavitud en general se concluyeron a principios del siglo XX. Posteriormente a la Primera Guerra Mundial, se concluyeron convenciones y tratados para salvaguardar a las minorías étnicas o religiosas.

⁴⁷ Silva, Gerardo Eulalio do Nascimento E. y Accioly, Hildebrando, *Manual de direito internacional público*, 15a. ed., revista e atualizada por Paulo Borba Casella, e colaboradores, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 353.

⁴⁸ Kennedy, Paul, *El parlamento de la humanidad. La historia de las Naciones Unidas*, traducción de Ricardo García Pérez, México, Debate, 2007, p. 235.

de Derechos Civiles y Políticos, así como su Protocolo Facultativo.⁴⁹ En los mencionados instrumentos internacionales se reflejaron las categorías, por una parte de derechos civiles y políticos, y por la otra los económicos sociales y culturales, consecuencia de la división Este-Oeste de la GF, que se traducía en la visión del papel del Estado en relación con los derechos de las personas y la economía de mercado.⁵⁰ Asimismo, en esta etapa de desarrollo de los DH fueron implementados por los Estados en los temas cruciales domésticos en un contexto de obligaciones definidas por los mismos Estados, a la luz de los avances socioeconómicos de los mismos; en otras palabras, la naturaleza y el contexto de los derechos que nos ocupan podían variar de Estado a Estado, dependiendo del sistema económico-social en cuestión que determinaba la concreta expresión de DIDH.⁵¹ En este sentido, la Organización se encontraba en una ambigua posición; por una parte, había sido la autora y guardiana del sistema de protección global, y por la otra, los principales vencedores de la SGM tenían serios problemas de violaciones de DH al interior de sus respectivas fronteras, y no obstante lo anterior, los EUA y la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se recriminaban esas violaciones de DH.

En lo que se refiere a los países llamados del “tercer mundo” o “no aliados”, sus aportaciones ayudarían a conformar la concepción del DIDH con los diversos objetivos e intereses que trataban de proteger; buscaban un nuevo orden económico internacional, el principio de tratamiento diferenciado sin reciprocidad a los países en desarrollo, o el trato favorable otorgado a los países excoloniales de la categoría denominada ACP por la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), o la consolidación de otros principios, como la integridad territorial, la libre determinación de los pueblos, la no intervención, la soberanía sobre los recursos naturales y, desde luego,

⁴⁹ Zékely Sánchez, Alberto (comp.), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, t. I de V, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 215 y ss. Cabe mencionar que la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó mediante la Resolución 217 (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como su Protocolo Facultativo, se adoptaron mediante Resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

⁵⁰ Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos [Luis Toro Utiliano edit.], 2007, p. 231.

⁵¹ Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*, cit., nota 43, p. 250.

la descolonización,⁵² han sido algunas de las aportaciones de gran contenido axiológico de los países en desarrollo a la comunidad internacional.

Al finalizar la GF se registraron sustanciales cambios en el sistema internacional, se expandieron los derechos civiles y políticos en los países que fueron satélites de la antigua URSS, el nuevo orden incide en el desarrollo del modelo de protección de los DH, desde el fin de la SGM; por ejemplo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (AG) y el Consejo de Seguridad de la misma Organización (CS) se volvieron más activos, los objetivos de la mencionada Organización de mantenimiento de la paz y la protección de los DH y el derecho internacional humanitario se hicieron más evidentes; basta recordar, por ejemplo, en la década de 1990, el CS empezó a utilizar su poder respecto al mantenimiento de la paz, fundamentado en el capítulo VII de la Carta, para garantizar los suministros de asistencia humanitaria, como en el caso de Somalia en 1992; las operaciones llevadas a cabo en Bosnia en 1993, con el propósito de llevar asistencia humanitaria. El mandato a las tropas multinacionales incluía la creación de zonas de seguridad y, en su caso, la utilización de la fuerza para proteger las áreas de seguridad. En 1994 el CS autorizó a ciertos Estados la creación de zonas en Ruanda para la protección de los desplazados, de los refugiados y, en general, de la población en riego,⁵³ así como la transformación de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización en el actual Consejo de Derechos Humanos⁵⁴ y la creación de la Corte Penal Internacional.⁵⁵

⁵² Becerra Ramírez, Manuel y Portilla Gómez, Juan Manuel, “El derecho internacional durante la guerra fría”, en *La juridificación de las relaciones internacionales*, cit., nota 44, pp. 189 y 190.

⁵³ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Great Britain, Oxford University Press, 2008, p. 558. Para una consulta profunda sobre las operaciones coercitivas de la Organización de las Naciones Unidas en el ámbito del mantenimiento de la paz o de las denominadas operaciones híbridas cf. Segura Serrano, Antonio, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, Granada, Universidad de Granada-Plaza y Valdés, 2007, 253 pp.

⁵⁴ En el sexagésimo periodo de sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se adoptó la Resolución A/RES/60/251, del 3 de abril de 2006, mediante la cual se instituyó el Consejo de Derechos Humanos como órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas, integrado por 47 Estados miembros, responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo, y para tal fin, considerando las violaciones de los derechos humanos y hacer las recomendaciones. Cf. <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/> (fecha y hora local de consulta: 14/09/2009; 11:45 hrs.).

⁵⁵ Mediante el Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998, se establece la Corte Penal Internacional, y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Cf. <http://www.un.org/spanish/law/icc/> (fecha y hora local de consulta: 14/09/2009; 12:40 hrs.).

Actualmente, en el mundo el impulso expansivo de los DH presenta efectos, más que en la época de la GF al interior de los Estados, haciendo más tenue la línea entre lo nacional y la arquitectura internacional, que se complementa e interactúa como un solo sistema de protección, y que refleja las dos concepciones tradicionales denominadas universalista y relativista de concepción de los DH, y se han acentuado precisamente con el fenómeno globalizador. Las dos posturas teóricas antagónicas de referencia han guiado la concepción en una más compleja y completa perspectiva de entendimiento de algunas normas como universales o como normas que deben estar acordes a un contexto o cultura, y han robustecido también la concepción de soberanía nacional y jurisdicción doméstica. Estas posturas teórico-doctrinarias han recibido diversos nombres; por ejemplo, derechos absolutos, en oposición a derechos contingentes, e inclusive se han identificado con normas imperialistas en oposición a principios, como el de libre autodeterminación de los pueblos.⁵⁶ En síntesis, la postura universalista de DIDH los considera de igual protección; por ejemplo, de integridad física, la libre expresión, la libertad de religión y la libertad de asociación son y deben ser protegidas en cualquier lugar y contexto, permitiéndose por razones históricas e influencia cultural diversas formas de implementación o realización. La corriente de opinión relativista indica que el derecho o las reglas como de la moralidad se encuentran codificadas como resultado del contexto cultural; en consecuencia, las nociones de derecho y las reglas morales necesariamente difieren, porque las culturas en las que tienen origen ese derecho o esas normas morales son diversas.⁵⁷ Asimismo, la postura radical universalista considera a la cultura como irrelevante para validar las normas morales y jurídicas. La corriente radical relativista parte del contexto cultural como la principal fuente de validación de las normas morales y jurídicas.⁵⁸

Teniendo como telón de fondo las anteriores corrientes doctrinarias y sus variantes,⁵⁹ puede decirse que la evolución del DIDH ha sido compleja y refleja relaciones de poder materializadas desde los métodos de persuasión moral hasta la utilización de la fuerza. Al mismo tiempo, en algunas

⁵⁶ Steiner, Henry J. *et al.*, *Ryan International Human Rights in context. Law politics, morals*, 3a. ed., Oxford University Press, 2007, p. 517.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 518.

⁵⁸ Donnelly, Jack, *Universal human rights. In theory & practice*, Second Edition, Cornell University Press, United States of America, 2003, p. 90.

⁵⁹ Para profundizar sobre las corrientes universalista y contextualista, así como sus matizadas *cfr.* Freeman, Michael, *Human rights. Key concepts*, Great Britain, TJ International, Padstow, Cornwall, 2008.

regiones del globo terráqueo las revoluciones, las guerras, los cambios sociales mediante los disturbios u otras vías de cambio social determinan esas transformaciones como no ordenados precisos, directos o lineales. En este sentido, los factores políticos influyen tanto en el marco de la arquitectura internacional como al interior de las fronteras de los Estados, e inciden como las normas de DIDH puedan ser establecidas, interpretadas e inclusive implementadas al interior de los países.

En la primera década del siglo XXI se registran aún en algunos países abusos y doble estándares, persistiendo, por ejemplo, la explotación de mujeres y menores o intolerancias raciales y religiosas de las minorías o grupos étnicos. Asimismo, debe subrayarse el rol que pueden desempeñar actores no estatales, que en estricto sentido no forman parte de la estructura gubernamental, pero actúan al amparo, protección o complacencia del poder estatal. Por otra parte, algunos gobiernos aún no ratifican ciertos tratados o convenciones de DH; otros han ratificado los mecanismos internacionales, aunque no cumplen con sus obligaciones derivadas de los tratados en cuestión, o lo hacen de una manera selectiva. Otros gobiernos solo están interesados en firmar y ratificar los mecanismos por motivaciones políticas que conlleven beneficios para las dirigencias políticas, apoyándose en argumentos de relativismo cultural o de excepcionalismo.⁶⁰

Finalmente, es incuestionable la influencia positiva de la teoría de los DH sobre el DI, ya que ha introducido nuevos paradigmas en la sociedad internacional; como ejemplos pueden mencionarse, entre otros, el derecho al desarrollo; la costumbre internacional; la evolución de la figura de reserva en los tratados, así como en la denuncia de los mismos; el monitoreo y supervisión que pueden llevar a cabo algunos organismos internacionales o supranacionales en cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales; la flexibilidad en lo referente al uso de la fuerza por razones de DH, la doctrina sobre responsabilidad y justicia intergeneracional, o denominada también como de los derechos de las generaciones futuras,⁶¹ etcetera. En todos estos campos del conocimiento teórico-práctico la doctrina de los DH

⁶⁰ Gordon Laurent, Paul, *The Evolution of International Human Rights. Visions Seen*, Second Edition, University of Pennsylvania Press, United States of America, 2003, p. 298.

⁶¹ Como consecuencia del desarrollo tecnológico y de la investigación, la humanidad ha desarrollado capacidades para transformar el medio ambiente que va más allá del marco temporal generacional e incidiendo como herencia para las generaciones futuras. Para un análisis más profundo de la teoría de responsabilidad intergeneracional *cfr.* Ferrer Ortega, Luis Gabriel y Ferrer Ortega, Jesús Guillermo, “El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional VIII-2008*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 487-507.

ha influenciado y contribuido en la conformación de las relaciones internacionales y, desde luego, en el DI general.

Sin embargo, cualquier evaluación sobre el sistema de protección de los DH debe considerar que la arquitectura internacional o nacionales de protección dependen de la eficiencia de los sistemas legales nacionales; los DH forman parte en algunos Estados de una amplia y profunda conciencia social sobre su aplicación, importancia, magnitud y trascendencia de la observancia, y esto incluye las adecuaciones del andamiaje institucional nacional, como las reformas jurídicas de naturaleza constitucional en los Estados, armonizándolas con la superestructura de protección global o regional de los DH; por ejemplo, las reformas a la Constitución federal de México, decretadas el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, a través de las cuales se modifica la denominación del capítulo I, título primero, y se reforman diversos artículos constitucionales; sin embargo, cualquier cambio registrado en algún Estado de la sociedad internacional será imprescindible la independencia que tengan las judicaturas nacionales, así —como se ha mencionado en párrafos anteriores— la voluntad política de las dirigencias nacionales para adherirse, o en su caso, cumplir las obligaciones derivadas de los tratados de DH.

Por lo que se refiere a la tercera parte de esta introducción, referente al esbozo de la presente obra colectiva, Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, en su trabajo denominado “Visión sociológica del impacto de la globalización en el derecho internacional y la soberanía estatal”, presenta un estudio multidisciplinario partiendo de algunas precisiones conceptuales del término global y su interrelación con la dimensión social y jurídica, haciendo una explicación general de su contenido, así como algunas de las diversas interpretaciones sobre su naturaleza e influencia en el sistema mundial; el centro de gravedad de la investigación lo representa el hecho irrefutable de los procesos actuales de las relaciones internacionales y el fenómeno globalizador de la sociedad internacional y su influencia en el concepto, naturaleza, fundamento, técnica, objeto, contenido, extensión y diversificación de la ciencia del derecho internacional, ejerciendo una acción recíproca hacia las relaciones y en la política internacional, así como en el mismo proceso globalizador.

Apolo Sánchez Arteaga colabora con “El terrorismo internacional y la organización mundial de aduanas en el marco de la globalización del siglo XXI”. Uno de los temas que sin duda alguna permanecerá por mucho tiempo en la agenda global es el terrorismo; para tratar de frenar el terrorismo se han firmado convenciones internacionales, por diversos entes internacionales, como lo son la ONU, la Liga Árabe de Estados (LAE), la

Organización de Estados Americanos (OEA), referidos por ejemplo a la aviación civil o a la navegación marítima, pero sin duda ninguno enfocado a un campo estratégico para su combate y de vital importancia como lo es el área aduanera; lo anterior se redimensiona si se considera la importancia del comercio internacional de ciertas sustancias químicas y/o agentes biológicos y su posible uso con fines terroristas. Así, preocupadas por la seguridad transfronteriza, la Organización Mundial de Aduanas (OMA) creó en 2005 el instrumento internacional denominado Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global. Este Marco Normativo está respaldado por el organismo internacional de referencia, especializado en la materia, y constituye el medio apropiado para prevenir las importaciones y exportaciones de mercancías susceptibles de emplearse por los terroristas en sus ataques, razón suficiente por la que forzosamente debe aplicarse en los países que decidieron su adopción. El autor examina el flujo comercial de algunas mercancías reguladas o prohibidas, así como los principales mecanismos jurídicos sobre la materia y el papel que ha tenido el Grupo Australia (GA) y la OMA en la evolución del tema.

Roxana de Jesús Ávalos Vázquez, en “Globalización y soberanía ¿desaparición del Estado-nación?”, refiere que con el inicio del siglo XXI se acentuó la duda en las figuras como soberanía y Estado-nación, que tuvieron su clímax al concluir la SGM con la firma de la Carta de San Francisco y su inclusión como principios y elementos rectores de la ONU y en la comunidad internacional en general. La autora examina las características jurídicas del concepto de soberanía a la luz del fenómeno globalizador, y presenta las corrientes teórico-doctrinarias sobre el Estado-nación como ente jurídico, y qué se puede esperar en la evolución del mismo, en virtud de que el fenómeno globalizador ha generado, por decirlo coloquialmente, una crisis de identidad del moderno Estado-nación.

José Ortiz Adame, en “Factores que afectan la inversión extranjera directa”, hace una revisión de los principales elementos de influencia en la inversión extranjera directa (IED), tomando como ejemplo principal a México, por reunir diversas características, que ayudan a comprender cómo ciertos factores influyen tanto positiva como negativamente en los flujos de inversión directa; no implicando de ninguna manera que se deje de lado la posibilidad de exemplificar con otras naciones. Analiza cómo elementos similares influyen de manera positiva en algunos países. Asimismo, examina las causas de que a pesar de diversas reformas, y apoyos instrumentados en los países para hacerse atractivos a la IED esta sigue prefiriendo la seguridad de los países desarrollados, prefiriendo la seguridad de la inversión a la posibilidad de tener mejores rendimientos, y concluye con las perspectivas

que se registran actualmente sobre las grandes corrientes de IED mundial a principios del siglo XXI.

Felipe Kern Moreira escribió “Norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional: notas acerca da limitação teórico-explicativa da teoria das normas de Hans kelsen”. El autor presenta consideraciones doctrinarias referentes a la inaplicabilidad de la norma fundamental en el marco de las normas de Hans Kelsen como presupuesto de legitimidad del DI; asimismo, examina algunas posturas históricas teórico-doctrinarias de las RI en la medida en que inciden en la evolución de sistemas teóricos en la esfera jurídica de la sociedad internacional, teniendo como marco de referencia el análisis de la tradición teórico-neopositivista. Uno de los hilos conductores de la presente contribución es que la formación del sistema internacional de normas de nuestros días es el resultado de la construcción de ideas en el tiempo, principalmente establecidas a lo largo del siglo XX; asimismo, el cúmulo de construcciones teóricas orientan y redireccionan el desarrollo del DI. Por último, cabe mencionar que el autor también se propone suscita el debate entre autores en áreas disciplinares de las RI y del iusinternacionalismo, en un marco de colaboración académica.

Carlos Rojano Esquivel contribuye con “Del *totus orbis* al *ordo orbis*”. Hoy en día surge el llamado *ordo orbis*, como un orden normativo global, que va más allá del concepto mundializador positivista. En este artículo el autor analiza la influencia del positivismo jurídico que provocó a lo largo de dos siglos un DI particularista, en donde los Estados-gobiernos se muestran reacios a los cambios paradigmáticos derivados de la complejidad de la sociedad y de los fenómenos políticos. Es incuestionablemente evidente en la primera década del siglo XXI que la globalización exige una reformulación del derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos, para que estos no queden aprisionados por normas caducas y pasajeras. Se habla de un derecho global, como antes lo fue del derecho de gentes y luego del DI, inspirado en el modelo iusnaturalista de Vitoria del *totus orbis*.

Ulises Coello Nuño y José Luis Hernández Cruz presentan el texto “La evolución del reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México”. Los autores exponen de manera clara y precisa la evolución de los derechos humanos en nuestro país a través de nuestros textos constitucionales; parten desde la perspectiva universal que se identifica con la postura teórico-metodológica iusnaturalista, haciendo una análisis de la contraposición histórica entre derechos humanos y derechos fundamentales, así como las consecuencias prácticas de la mencionada evolución en México y examinan las trascendentales reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

Subrayan que los DH, fundamentados en el iusnaturalismo, deben seguir permeando en las Constituciones de países con democracias avanzadas.

León Phelipe Ramírez Gómez, en “La globalización de los derechos fundamentales: entre la gobernanza neoliberal y el cosmopolitismo”, dice que la globalización es un fenómeno avasallante, cuyos efectos han sido bien amplios en el aspecto económico, así como en el social. Mientras el crecimiento de los mercados es una nota casi constante, el bienestar no ha terminado de generalizarse entre la inmensa mayoría de la población, en regiones completas del globo terráqueo. No bien se habían arrellanado los Estados de bienestar en las promesas constitucionales que distribuían graciosamente la riqueza, cuando la realidad puso en entredicho su practicidad. ¿Habría que abandonar estas pretensiones, o, por otro lado, mejorar su diseño y conjurar su fracaso? Las respuestas se encuentran en la *Gobernanza neoliberal* y en el *cosmopolitismo*. El autor examina las dos anteriores preguntas, que se formulan actualmente en la comunidad académica, y explora con perspectiva teórico-metodológica algunas de sus posibles respuestas.

José Fernando Vázquez Avedillo colabora con el trabajo titulado “Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado mexicano para el caso de error judicial”. El fenómeno globalizador, sin duda alguna tiene entre sus múltiples consecuencias al interior del Estado-nación democrático del siglo XXI, el que las dirigencias nacionales se vean en la necesidad de transparentar y rendir cuentas de la actuación como integrantes de las estructuras administrativa, legislativa o judicial, fundamentándose, como es el caso de México, en los ordenamientos jurídicos nacionales y en los instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969. El autor examina la laguna de ley existente en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consistente en las omisiones para los casos de omisión legislativa y error judicial, así como lo previsto en la mencionada Convención Americana.

Luis E. A. Avendaño González en “La internacionalización de los derechos fundamentales y la reconfiguración del principio de supremacía constitucional a la luz de la reciente reforma constitucional en México” analiza entre otros tópicos la inserción de los tratados en el sistema jurídico nacional y su incidencia directa en los derechos fundamentales, a la luz de las trascendentales reformas constitucionales contenidas en el decreto del 10 de junio de 2011; asimismo, examina el desarrollo de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales en nuestro país mediante la internacionalización de los mismos, ya no reservados al ámbito descriptivo nacional, sino condicionados, modificados y proyectados a un marco de referencia interna-

cional; en otras palabras, considera la necesidad de que el máximo tribunal mexicano reconceptualice el catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución nacional acorde al derecho internacional.

Salvador Vázquez Vallejo, en su trabajo “Desequilibrio, poder global y crisis humanitaria”, expone algunas de las teorías contemporáneas sobre el poder global, y revisa sus elementos y propuestas básicas, para desarrollar un análisis crítico sobre la relación existente entre la política exterior norteamericana fundamentada en el realismo y sus efectos nocivos sobre el género humano. Al final de su contribución, el autor propone como alternativa a las crisis humanitarias generadas por el poder global, algunos elementos para una política global humanitaria.

Nuria González Martín colabora con “Adopción internacional en México: luces y sombras”. Como se ha examinado en la primera y segunda parte de esta introducción, el fenómeno globalizador impacta más que en el pasado facetas de la actividad humana, como consecuencia directa y en ocasiones indirectamente, de las corrientes globalizadoras, que dinamizan el tráfico jurídico internacional interactuando en el marco de diversas realidades. La autora presenta un tema teórico-práctico como lo es la adopción internacional, que sin duda alguna seguirá siendo de gran actualidad e interés, y estará presente en México y en diversos países del subcontinente, mientras continuemos siendo emisores de menores. González Martín inicia este amplio artículo subrayando que la adopción ha evolucionado significativamente, desde la doble perspectiva nacional e internacional, creándose de manera incipiente en nuestra región latinoamericana una nueva cultura hacia la adopción. Se analizan —entre otros— los instrumentos jurídico internacionales firmados y ratificados por México, como son, en orden cronológico, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984; la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; el Convenio de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de mayo de 1993, así como los ordenamientos jurídicos internos más relevantes sobre la materia en México. Finalmente, debe indicarse que la autora sistematiza puntualmente las aportaciones de los tratados antes mencionados a la figura de la adopción internacional, indicando que los mismos pueden representar avances dignos de retroalimentación en uno u otros foros.

Louis Valentín Mballa, en “Cambios institucionales en África: análisis de la transición de la Organización de la Unidad Africana (OUA) a la Unión Africana (UA)” presenta un tema no suficientemente explorado en la academia mexicana, como lo es el cambio institucional de la OUA por la

UA, que se produjo en África a principios de este siglo, y se inscribe en la lógica de búsqueda de herramientas para responder a las dinámicas funcionales de la globalización en el contexto que nos ocupa. Hicieron falta cerca de cuarenta años en África para reemplazar a la OUA, único foro de diálogo panafricano, por lo que hoy parece ser una verdadera institución donde convergen lo político y lo socioeconómico: la UA. En la base de este cambio institucional se puede evocar la “toma de conciencia” de los africanos para coordinar mejor sus esfuerzos frente a los retos que impone la dinámica funcional del sistema internacional en general. La necesidad de este cambio basado en la idea de construcción de una “ciudadanía continental” ha sido reconocida por los líderes africanos. Es una proyección compartida lograr un África unida y fuerte, así como la necesidad de construir una asociación entre los gobiernos y todas las capas de la sociedad civil, en particular las mujeres, los jóvenes y el sector privado, con el fin de reforzar la solidaridad y la cohesión entre los pueblos africanos, sobre la base de una visión interafricana, panafricana, transafricana. El autor resalta que los africanos y las africanas deberían considerarse como un pueblo consciente de la necesidad de situar los intereses colectivos antes que los intereses particulares.

Enrique Duarte Romero, en su escrito “Notas sobre a inserção do paraguai no mercosul”, expone, entre otros aspectos, que en el pasado el modelo de industrialización por sustitución de importaciones, adoptado por la mayoría de los países vecinos al Estado sudamericano, justificadas por las autoridades paraguayas como inviable para el país debido al alto costo y a la circunstancia de representar un mercado interno reducido, derivó en la adopción de la economía de reexportación, basado en las tarifas bajas que el Paraguay ha establecido para los productos importados y revendiéndolos a sus vecinos, principalmente a Argentina y Brasil. Con el advenimiento del Mercado Común del Sur (Mercosur), este tipo de actividad económica no existirá más debido a la unificación tarifaria que los países miembros están adoptando gradualmente. En el pasado, Paraguay dependía mucho de esta actividad, sea para la ocupación de mano de obra o para recaudación tributaria.

Mario Armando Vázquez Soriano, en “La construcción de la nación en Hispanoamérica”, examina un tema fundamental para entender, explicar y proyectar la realidad del DI en AL; sin embargo, le presta poca o nula atención en los cursos de DI a nivel licenciatura en nuestro país. El autor parte del debate teórico establecido entre los enfoques primordialistas e instrumentalistas, para considerar que la nación es una comunidad que se construye permanentemente. Esclarece las características principales de los procesos de construcción nacional, y subraya la función que la historia y la memoria desempeñan en los mismos. A partir de estas ideas, se desarrolla

uno de los temas fundamentales que debe conocer, entender y explicar el internacionalista latinoamericano, como lo es el proceso de construcción nacional en Hispanoamérica, enfatizándose el relevante papel que la ingeniería simbólica (símbolos, mitos, héroes) cumple en la edificación nacional en nuestra AL.

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra escribió el texto “Los nuevos desarrollos en el proceso de integración centroamericano”. La autora examina un tema desde la doble vertiente histórica y actual de Centroamérica, y aborda el derecho comunitario y el derecho de integración, que —dicho sea de paso— han sido actualmente poco estudiados en nuestro país. La región centroamericana inicia su vida independiente el 15 de septiembre de 1821, y prácticamente desde esa época comienza un largo proceso integracionista, que comprende diversas etapas, en donde se presentan las fases más sobresalientes para conocer y entender el fenómeno que nos ocupa. Analiza, entre otros instrumentos, la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA), el Tratado General de Integración Centroamericano, así como los históricos procesos de Contadora y Esquipulas, que sin duda alguna redireccionaron el destino común de los centroamericanos. Complementando lo anterior, la autora presenta un panorama actual de los principales retos y desafíos de la subregión, recalando la naturaleza multidimensional del proceso coparticipativo centroamericano.

Por último, el que escribe presenta el artículo “Breves consideraciones en torno a la globalización del Estado-nación y a las aportaciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) al desarrollo de la arquitectura jurídico-internacional-político-institucional democratizadora del sistema interamericano”. El Estado-nación actual no se puede concebir disociado de las grandes corrientes globalizadoras, que necesitan de un orden político estable que proporcione los marcos de referencia y de certidumbre al fenómeno globalizador; se examina la evolución de la arquitectura jurídico-política-institucional de apoyo al proceso democratizador desde la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, celebrada en Buenos Aires en 1936, hasta la Primera Sesión Plenaria del Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, llevada a cabo en Lima, Perú, en el histórico 11 de septiembre de 2001, en donde se adoptó la Carta Democrática Interamericana (CDI), así como la interrelación histórico-evolutiva del proceso que nos ocupa, con los principios fundamentales del sistema interamericano, a través del análisis de distintas resoluciones, declaraciones y tratados en el marco de la OEA, que representan —dicho sea de paso— el reflejo de prácticas y valores del hemisferio americano, así como algunas de las principales aportaciones de AL al DI.

PARTE I

GLOBALIZACIÓN E INTERDISCIPLINARIEDAD

VISIÓN SOCIOLOGICA DEL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOBERANÍA ESTATAL

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

SUMARIO: I. *Introducción y premisa central.* II. *Precisión conceptual y significación jurídica y política del término ‘globalización’.* III. *Tendencias y perspectiva de la globalización en su dimensión social y jurídica.* IV. *La soberanía del Estado en la transición actual del derecho internacional y las relaciones internacionales.* V. *La soberanía más allá de la teoría del Estado, la ciencia política y el derecho internacional.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN Y PREMISA CENTRAL

Aunque hasta este momento se han hecho en todo el orbe diferentes referencias al fenómeno de la globalización y a su influencia en el comportamiento actual de las relaciones internacionales, el sistema jurídico internacional y la soberanía estatal, es conveniente dedicar la presente contribución a la tarea de lograr un primer acercamiento a la complejidad de este proceso, desde una perspectiva multidisciplinaria, partiendo de algunas precisiones conceptuales de “lo global”, para continuar con la explicación general de su contenido y algunas de las diversas interpretaciones que sobre su naturaleza e influencia en el sistema mundial se han ido planteando a lo largo de los últimos veinticinco años. Ciertamente, la llamada globalización impacta en los Estados-nación, en sus economías, en sus sociedades y en sus sistemas políticos y jurídicos, de modos y con efectos directos e indirectos, y tales impactos se dan en el doble marco de referencia de las relaciones al interior del Estado y de este con el exterior, y sus entrelazamientos.

Este proceso mundial, al que ingresamos desde fines de los setenta a la fecha, se caracteriza por la superación progresiva de las fronteras nacionales en el marco del mercado mundial, en lo que se refiere a las estructuras

de producción, circulación y consumo de bienes y servicios, así como por alterar la geografía política, el derecho internacional y las relaciones internacionales, la organización social, los paradigmas de la democracia y la soberanía, las escalas de valores y las configuraciones ideológicas propias de cada país. Así, se trataría de una nueva etapa histórica, cuyos resultados apenas comienzan a ser vislumbrados y de modo ciertamente insuficiente, dejando todavía fuera de alcance a la mayoría de la población de continentes enteros, como el africano, porciones considerables de Asia, e incluso parte importante de América Latina. Empero, en su movimiento envolvente ha establecido ya avanzadas en todo el planeta.¹

En este orden de argumentación, la premisa central de la presente investigación la hemos delineado con la siguiente hipótesis, que busca demostrar la relación directa y recíproca que se da entre la globalización y el derecho internacional, y que está contenida en la afirmación que a continuación se enuncia:

Por un lado, los procesos actuales de las relaciones internacionales y el fenómeno globalizador de la sociedad internacional influyen categóricamente en el concepto, objeto, contenido, extensión y diversificación de la ciencia del derecho internacional, e incluso han llegado a jugar un papel fundamental en su función normativa y reguladora de las relaciones internacionales; mientras que, por el otro, una vez establecido, el derecho internacional ejerce acción recíproca hacia las relaciones y la política internacionales y hacia el proceso globalizador, y no en pocas ocasiones ordena, atempera, limita y condiciona su comportamiento.

Una hipótesis de apoyo sostiene que de la misma manera y con un razonamiento análogo, puede interpretarse la relación que se da entre el fenómeno global y la soberanía del Estado, en la medida en que ambos procesos se condicionan y retroalimentan, pero ninguno es absoluto, ni absolutamente determinante, sino relativo y cambiante; siendo esta la realidad actual en

¹ Un interesante enfoque marxista del fenómeno nos lo brinda Mauro Marini, Ruy: “Proceso y tendencias de la globalización capitalista”, *La teoría social latinoamericana. Cuestiones contemporáneas*, México, UNAM y El Caballito, 1996, pp. 49-68. En este sentido, es que debe estudiarse también el papel que juega la soberanía estatal en una sociedad global, donde ocurre y discurre la transición significativa del orden jurídico internacional y del sistema de relaciones internacionales. Se trata de una tarea metodológica obligada para encaminar el conocimiento del derecho internacional en un mundo globalizado y caótico en asombrosa mutación. Y lo primero a considerar es el hecho de que el tratamiento integral del tema de la dimensión soberana es obligado para todo aquel estudioso de lo social que pretenda adentrarse en tópicos relativos a la transfiguración jurídica y política que observa el Estado moderno, a partir de la influencia que sobre su naturaleza, comportamiento, potestades, actuación y alcances ejerce la dinámica estabilizadora y a la vez desestabilizadora del fenómeno globalizador.

que se inscribe el derecho internacional, según la concepción que de ello tenemos varios iusinternacionalistas nacionales y extranjeros.

II. PRECISIÓN CONCEPTUAL Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL TÉRMINO ‘GLOBALIZACIÓN’

Aunque hoy disponemos de una concepción generalizada acerca de la globalización, en realidad existen numerosas y variadas interpretaciones sobre esta. Por ello se considera que una de las necesidades más apremiantes de las ciencias sociales es en la actualidad la de definir y precisar este concepto. Las referencias a la globalización se han convertido en parte de una especie de lenguaje compartido por los especialistas de algunas disciplinas, como la economía, la mercadotecnia, la informática y la teoría sobre los medios de comunicación.

Sin embargo, en otros campos del conocimiento, como la sociología, la ciencia política, las relaciones internacionales y, especialmente, el derecho internacional, su significado es poco preciso. En realidad, existen diversas connotaciones que comúnmente se vinculan a esta terminología, y en gran parte de la literatura académica reciente, las referencias son oscuras y poco prístinas. Esta situación produce obstáculos atendibles para el avance de nuestras disciplinas, ya que para ello sería necesario contar con un aparato conceptual básico que permita un acuerdo entre las comunidades científicas, amén de que los diferentes “usos conceptuales” y “figuras terminológicas” suelen asociarse con fuertes acepciones ideológicas y políticas.

El primer punto sobre el que se hace necesario reflexionar es el de la distinción entre la globalización y otros conceptos que aparentemente se utilizan para caracterizar el mismo tipo de fenómenos. Por ejemplo, debe diferenciarse entre globalización y mundialización, globalización y transnacionalización, globalización e internacionalización, entre los principales. En este sentido, debemos analizar hasta qué punto los distintos autores emplean una terminología diferente para el estudio de realidades aparentemente afines. Así, ¿puede equipararse la concepción de “política global” (Held),² con la de “transnacionalización de la política” (Kaiser; Willets, Keohane, Nye, y Lander),³ con la de “internacionalización de la política”

² Held, David, “Sovereignty, National Politics and the Global System”, *Political and the Modern State*, Oxford, Polity Press, 1989.

³ Kaiser, L., “Transnational Relations as a Threat to the Democratic Process”, *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, 1981. Véase también Keohane y Nye, *Power and Interdependence in World Politics*, Boston, Little Boun and Company, 1977. Asimismo, Lander, Edgardo, “Los retos del pensamiento crítico”, *Modernidad y universalismo*,

(Chalmers),⁴ y de la política “postinternacional” (Rousenau)⁵ con la de “desafíos de la mundialización” (Samir Amin),⁶ o, por el contrario, se trata de términos distintos que también aluden a contextos diferentes, y que como tales conviene distinguir conceptualmente. Por ejemplo, las instituciones mundiales, en un caso, y los actores individuales y grupales, en el otro; los representantes gubernamentales frente a los integrantes de la “sociedad civil”; los alcances mundiales de una acción frente a los regionales; la acción política abierta frente a la encubierta, etcétera.

La respuesta a esta cuestión nos conduce necesariamente a otras más: ¿cómo se relacionan estos conceptos con otros, como “sociedad transnacional”,⁷ “interdependencia”,⁸ “dependencia”⁹ o “sistema mundial”,¹⁰ que se concibieron en las ciencias sociales desde hace varios lustros?, ¿cuáles son los puntos de continuidad y ruptura de las propuestas actuales frente a las de décadas pasadas? A su vez, esto nos lleva a plantear otras interrogantes, como la de las relaciones entre el concepto de globalización y las tendencias hacia una pretendida “homogenización” del mundo.

En la medida en que al hablar de globalización se hace referencia al impacto del acelerado desarrollo de la tecnología, la comunicación y los mercados mundiales, se asume que esto irremediablemente provocará una especie de unificación de los fenómenos culturales, de supremacía y adhesión a modelos de comportamiento (jurídico, político y social) que no responden a una pertenencia territorialmente delimitada. En este sentido —y esto es particularmente notorio en el campo del derecho internacional—, se han rescatado nuevamente algunos conceptos, como el de “humanidad” (como sujeto jurídico), que suele vincularse con la idea de un “destino universal común” (globalización del derecho en general y del derecho internacional).

Rectorado de la Universidad Central de Venezuela, UNESCO, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1991.

⁴ Chalmers, Douglas, *An End to Foreign Policy: the U.S. and Internationalized Politics*, The Columbia University Press, 1991.

⁵ Rousenau, James, “Turbulence and Sovereignty in World politics: Expalining the Relocation of Legitimacy in the 1990s and Beyond”, *Globalization and Territorial Identities*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

⁶ Amin, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI-UNAM, 1997.

⁷ Aron, Raymond, *Peace and War: a Theory of International Relations*, Nueva York, Doubleday, 1966.

⁸ Keohane Y., Nye, *op. cit.*, p. 55.

⁹ Cardoso, E. y Faletto, E., *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1971, p. 21; también Ianni, Octavio, *Dialéctica de la dependencia*, México, ERA, 1973.

¹⁰ Wallerstein, Immanuel, *The Modern World System*, Nueva York, Academic Press, 1974, p. 32.

Al debatir sobre la globalización como una tendencia a la homogenización cultural y jurídica, se suelen introducir las teorías sobre los medios de comunicación masiva y las cuestiones vinculadas con “unidimensionalidad” de la sociedad contemporánea. Se considera que, de alguna manera en la sociedad moderna, los gustos culturales y las tendencias jurídicas se unifican. Desde esta perspectiva, se ha señalado que la globalización conlleva una tendencia a la homogenización mundial, que se produce privilegiando la “cultura y el derecho dominantes” a costa de la distorsión o el menoscabo de otras civilizaciones y formas de pensar.¹¹

En este sentido, algunos autores latinoamericanos han denunciado cómo la transnacionalización económica se produce paralelamente a un proceso de hegemonía sociocultural y jurídica (del *common law*, por ejemplo) y de dominación político-militar de Estados Unidos. Incluso se ha llegado a considerar que el pretendido “universalismo” que se busca en el derecho internacional y en las ciencias sociales no es más que una manifestación de la negación de “lo otro”, o bien se ha argumentado toda una refutación de la “falsa ideología de la globalización”.¹² Dicho esto en términos del derecho,

¹¹ Roudemetof, Víctor, “Globalization. Analyses and the theory of the Civilizing Process”, Paper presented at The World Congress of Sociology, Bielefeld, Alemania, 1994.

¹² Vale la pena citar algunas reflexiones que a este respecto hace el investigador mexicano M. Carlos, Vilas, en su ponencia “Seis ideas falsas sobre la globalización (argumentos desde América Latina para la refutación de una ideología)”, que presentó en el XXII Coloquio Internacional de Primavera, CRI-FCPS-UNAM, mayo de 1997. Planteadas de manera muy resumida, estas proposiciones son las siguientes:

— *La globalización es un fenómeno nuevo.* (De hecho es un proceso de desarrollo multisecular y añejo).

— *Se trata de un proceso homogéneo.* (En realidad involucra desenvolvimiento desigual en sus diferentes niveles y dimensiones, actores o sujetos y está sometido a numerosas tensiones y presiones).

— *Conduce a la homogenización de la economía mundial, superando a la larga las diferencias entre desarrollo y subdesarrollo, y entre países y regiones pobres y ricos.* (La evidencia muestra que no disminuye las desigualdades ni las contradicciones; por el contrario, reproduce y acentúa, en escala mundial, el desarrollo desigual y combinado de las relaciones y producciones materiales y culturales).

— *La globalización encamina al progreso y al bienestar universal.* (Al respecto, el Banco Mundial señaló en 1995 que “La desigualdad, tanto entre las distintas regiones como dentro de los países, sigue siendo una característica significativa de la economía mundial... Es muy probable que en los próximos decenios la disparidad entre ricos y pobres aumente y se agudice la pobreza”).

— *La globalización de la economía lleva a la globalización de la democracia.* (La idea de la funcionalidad de la globalización económica con la democracia es típica de una concepción vulgar de una y otra, notoriamente auspiciada, difundida y financiada por algunos *think tanks* del *establishment* político conservador de los Estados Unidos y recogida por organismos financieros internacionales como el FMI, el BIRF y el BID. De hecho, lo que se observa es la capacidad

en la medida en que lo dominante se convierte en lo único, lo exclusivo, lo paradigmático, el proceso de occidentalización conlleva a la pérdida de especificidad de otras culturas o tradiciones jurídicas.

Esta concepción de la globalización como una “universalización” vinculada al predominio económico-político e ideológico de Estados Unidos se ha desarrollado ampliamente en el ámbito de la literatura sociológica latinoamericana. Sin embargo, en otras latitudes los académicos parecen haber asumido una lectura distinta que vincula el proceso de globalización a la “intensificación de las diferencias”. Desde esta perspectiva, se argumenta que es demasiado simplista asumir que el proceso de globalización se produce de manera unidireccional y unilateral en función de una pretendida integración o universalización, y que resulta demasiado convincente seguir aferrándose a una relación “suma-cero”, donde el incremento de poder de una unidad territorial se produce necesariamente a costa de la pérdida de poder de otra a menudo más pequeña. Estos pensadores parten de la premisa de que la globalización se asocia de forma casi inevitable a una tendencia aparentemente contradictoria, que produce una diversificación cada vez más acentuada de ciertos aspectos de la vida social. Así, los distintos nacionalismos locales que se han dado en Europa y en otras regiones no pueden explicarse si no es a la luz del proceso de globalización, que responde a lo que algunos autores han caracterizado como una etapa de “modernidad radicalizada”.¹³

Y es que los cambios en las acciones individuales y grupales desde una orientación eminentemente nacional a una de carácter transnacional son parte de la misma dinámica que conlleva la proliferación de luchas étnicas y reivindicaciones regionales al interior del Estado. La integración económica, jurídica y política, el desarrollo de relaciones jurídico-sociales transnacionales y la comunicación masiva a nivel mundial, son factores que han vulnerado o transformado las identificaciones nacionalistas vinculadas al Estado-nación, dando lugar a formas alternativas para la expresión de iden-

de la globalización capitalista para imponerse en una gran variedad de contextos institucionales en los que la característica común es el carácter restringido de la participación popular, o su mediatización por una red de mecanismos institucionales o de facto).

— *La globalización acarrea la desaparición progresiva del Estado, o al menos una pérdida de importancia del mismo.* (Esta idea revela el parentesco directo entre la ideología ligera de la globalización y el neoliberalismo, y es expresada de manera maniquea: la expansión global de los mercados tiene como contracara la retracción de los Estados; la economía, los negocios, la cultura, el derecho, el consumo se “desterritorializan” y en consecuencia el principio de la autoridad soberana estatal tiende a desvanecerse).

¹³ Giddens, Anthony, *The Consequences of Modernity*, California, Stanford University Press, 1990, p. 65.

tidades particulares por parte de grupos étnicos, lingüísticos, regionales o religiosos.¹⁴

Algunos de los escritores que proponen esta línea de interpretación critican la pretendida *posmodernidad* con que frecuentemente se asocian estas manifestaciones, argumentando que aunque parezcan tener un carácter meramente local, en realidad son paradójicamente facetas del propio proceso de globalización y producto de la “modernidad radicalizada” del mundo contemporáneo. Desde esta arista, las distintas reivindicaciones “locales” y movimientos contemporáneos no se explicarían si no es por la rapidez con la cual nos enteramos de sucesos que tienen lugar en partes distantes del planeta, por la proximidad de otras culturas, por la multiplicidad de estilos de percibir la vida jurídica y legal y de las opciones políticas y sociales a que tenemos acceso.

Así entendida, la globalización es un proceso dialéctico, en el cual los sucesos que se generan en un extremo del mundo no determinan de forma unívoca los acontecimientos que se producen en el otro, sino que muchas veces pueden dar lugar a fenómenos distintos —y hasta opuestos— a los ocurridos en el lugar de origen.¹⁵ A nivel individual, la revolución en la comunicación masiva permite establecer una multiplicidad de contactos y crear las posibilidades para decidir en torno al propio “ambiente informativo” y trascender el antiguo orden jerárquico que aferraba al individuo a su comunidad local y a su orden jurídico territorial. Se considera así que la centralización y la descentralización, las transformaciones a nivel macrosocial y microsocial, la integración y la fragmentación en la política, en el derecho internacional y en las relaciones internacionales, se producen de manera simultánea como partes de un mismo proceso.¹⁶ En esta medida, se podría afirmar que el escenario de las relaciones internacionales se ha convertido en un campo de batalla de continuo conflicto entre lo local y lo universal, donde además esta polémica en torno a la “homogenización” o intensificación de las diferencias en el mundo globalizado se relaciona estre-

¹⁴ Larochelle, Gilbert, “Interdependence, Globalization and Fragmentation”, *Globalization and Territorial Identities*, Edited by Mlinar, Gran Bretaña, Avebury, 1992, pp. 87 y ss.

¹⁵ Zabludovsky, Gina, “Los retos de la sociología frente a la globalización. Perspectivas y problemas teóricos de hoy”, *Sociológica*, México, año 7, núm. 20, 1992, p. 34.

¹⁶ Para analizar las recientes transformaciones de las relaciones internacionales y las del propio derecho internacional, DiMuccio y Rousenau (*op. cit.*, 1992) proponen el enfoque de la “teoría de la turbulencia”. Cualquier sistema internacional es considerado “turbulento” cuando sus parámetros pasan por cambios sustantivos en el número de los actores y sujetos, en la extensión de sus diferencias y en el rango, profundidad y complejidad de las interdependencias. Estas circunstancias afectan a su vez las propias acciones, metas y los actores y sujetos.

chamente con la tendencia hacia la “occidentalización” del mundo, como se aprecia en el presente análisis.

Al llegar a este punto habrá quedado más o menos claro que la diversidad de significados que adopta el término “globalización” se hace más evidente cuando se maneja tanto académica como políticamente, en relación con las nuevas circunstancias vinculadas con el fin de un mundo bipolar a partir del ocaso del bloque soviético. Muchos autores engarzan el proceso de globalización a una “occidentalización” del mundo, debido a lo que consideran como una hegemonía política y económica de Estados Unidos. En este sentido, se afirma que la democracia y el mercado se han convertido en ideales universales compartidos por una diversidad de países. En nuestro medio, esta concepción suele estar unida a la preocupación por la dominación del modelo norteamericano sobre los países de América Latina. Actualmente, cuando se hace referencia a una creciente e inevitable occidentalización, se parte de la idea de que el mundo está pasando un proceso de “sincronización cultural” sin precedente histórico.

La “nueva teoría de la modernización” —lo que algunos autores han llegado a llamar “neomodernización”— se vincula¹⁷ a la aspiración de llegar a ser como las sociedades más desarrolladas y la disposición de adoptar los patrones occidentales como medios y prerrequisitos para la emancipación social general, o por lo menos como un símbolo de avance civilizatorio. Sin embargo, en el lado opuesto, y contrapuestos a esta interpretación, otros estudiosos consideran que el proceso de globalización conlleva más bien una “des-occidentalización del mundo”, y ejemplifican que tanto la supremacía económica de Japón y de otros países asiáticos como China, como la emergencia de luchas étnicas y políticas nacionales y de fundamentalismos religiosos con estrategias extraterritoriales, han llevado a la conformación de nuevos bloques económicos y polos culturales. Bajo tal supuesto, se afirma que esta tendencia “policéntrica” podría ser una manifestación de “el principio del fin” de la supremacía occidental. Supremacía que, por cierto, ha tenido como expresión acabada y terminal al llamado “derecho occidental” y al “derecho internacional *occidental*” de la segunda posguerra.

¹⁷ Furtado, Celso, *El capitalismo global*, México, FCE, 1999; Alexander, T., *Fien de Siecle Social Theory*, Londres-Nueva York, Verso, 1995, p. 11, y Stomka, Piotr, *The Sociology of Social Change*, London, Blackwell Publisher, 1993, p. 92. Según estos autores, en años recientes la situación descrita se observa en la transición “del comunismo al capitalismo”; esto es, se considera que muchas de las sociedades poscomunistas se han caracterizado por una prevalente actitud “pro-occidental” y poco crítica, que se expresa como el deseo de ser considerados como “parte de Europa” y de negar toda su relación con el mundo “pre-occidental” o “precivilizado”.

Por otra parte, en el ámbito académico, durante los últimos años algunos científicos sociales —y particularmente juristas e internacionalistas de países en desarrollo— han tratado de desarrollar “un verdadero enfoque global”, capaz de mantener el equilibrio en relación con las diversas culturas y civilizaciones, y rebasar así el eurocentrismo (compartido también por amplios sectores estadounidenses) de perspectivas de quienes consideraban al Estado-nación como su unidad básica de análisis, y para quienes la concepción de la “historia mundial” había sido en gran medida la “historia de Occidente”.¹⁸ Esta polémica nos lleva a tratar de explicar los tópicos relacionados con los distintos niveles de la globalización y la forma de estudiarlos, pues somos de la opinión de que solamente de esta manera se podría estar en posibilidad científica para analizar críticamente y comprender la complejidad de su naturaleza y la variedad de su influencia en las relaciones internacionales y en el derecho internacional de la contemporaneidad.

En términos generales, se concibe a la globalización como una serie de cambios multidireccionales y de procesos que han llevado a la interdependencia a nivel mundial a una diversidad de aspectos, sean estos políticos, jurídicos, económicos, culturales, etcétera. Empero, en la medida en que las distintas perspectivas analizan diferentes dimensiones de la realidad, la globalización tiende a interpretarse enfatizando alguno de los aspectos de esta ultima. Así, en nuestro medio lo más frecuente es que el término “globalización” se asocie fundamentalmente con la nueva realidad económica que ha llevado a la mundialización de los mercados y a una división del trabajo de alcance internacional.¹⁹

¹⁸ Mazlich, Bruce, “An Introduction to Global History”, *Conceptualizing Global History*, Westview Press, 1993, pp. 2-9. Uno de los debates que quizás sean más ricos dentro de los que adoptan esta perspectiva es la que llevan a cabo los historiadores en torno a la definición de distintas concepciones sobre la “historia universal”, “historia internacional”, “historia mundial contemporánea” e “historia global”. Preocupados por esta cuestión, los científicos sociales han llamado la atención sobre una serie de preguntas que todavía no parecen tener una respuesta definitiva: ¿A partir de cuándo se inicia la “historia global”?; ¿es la “historia global” sinónimo de “historia contemporánea”?; o ¿se trata más bien de una perspectiva de análisis de los fenómenos, o de ciertos temas o problemas que se adoptan en la investigación social independientemente de la época que se estudie?

¹⁹ Esta óptica no solo es la predominante entre los economistas, sino que es compartida por sociólogos, juristas, internacionalistas, e incluso politólogos, que consideran que dentro de las dimensiones de la internacionalización lo fundamental es la transformación de la esfera económica. Ésta a su vez tiende a dividirse en varias subdimensiones: la creciente internacionalización de la economía mundial a través del comercio; la internacionalización de la producción que ha hecho que las partes de la mercancía final sean producidas y ensambladas en distintos países; la creciente internacionalización del capital, las finanzas y las instituciones crediticias, y la inmigración, que se produce como consecuencia de las fuerzas

Sin embargo, no todas las interpretaciones en torno al fenómeno privilegian los aspectos económicos. Por el contrario, si se revisa el pensamiento de algunos teóricos sociales contemporáneos, se puede observar la existencia de literatura en la materia en la cual el centro de análisis está puesto en la esfera propiamente cultural. En este contexto, ciertos autores llegan incluso a proponer la visión de la “teoría de la globalización” en oposición y como una crítica a la propuesta de la “teoría del sistema mundial” desarrollada por Immanuel Wallerstein, por considerar que sus explicaciones resultan demasiado reduccionistas, por enfatizar en el rubro económico. Bajo esta perspectiva, R. Robertson²⁰ denuncia “el excesivo economicismo” que llevó a muchos científicos sociales influidos por Wallesrtein a tratar el problema de la cultura en una forma demasiado simplista como si la variedad de las culturas nacionales y étnicas que confluyen en el sistema mundial pudieran explicarse por la propia división internacional del trabajo.

Al respecto, pensamos que en oposición a la teoría del sistema mundial, cuyo sustento es el análisis económico, lo que debiera ser focal para la teoría de la globalización es la categoría de “cultura”. La globalización que se produce a partir del siglo XX no se da únicamente como una expansión en la economía capitalista, sino que involucra transformaciones en una amplia diversidad de áreas (internacionalistas y juristas llegamos hoy a concebir a la globalidad como fenómeno integral). Se trata de un proceso inacabado que debe entenderse en relación con el acomodo permanente de las identidades locales, y que debe discernirse considerando las mutaciones en algunas ideas, como la de “nación”, “soberanía”, “etnicidad”, “cultura jurídica”, entre otras.²¹

Tomemos en cuenta ahora que esta polémica en torno al peso de los distintos factores en el “proceso de globalización” es tan abundante y compleja que sin duda requeriría de un trabajo específico y profundo sobre la misma, lo cual rebasa en mucho las posibilidades del presente artículo, que pretende en lo central lograr una aproximación conceptual al fenómeno de la globalización y medir su impacto en el derecho internacional y en la

económicas según las oportunidades que se presenten en los cambiantes patrones de oferta de empleo a nivel planetario.

²⁰ Robertson, R., “Globality, Global Culture and Images of World Order”, *Social Change and Modernity*, Edited by Hanz Hakerkaf and Neil J. Smelser, University of California Press, 1992, pp. 298-399. Este autor considera que además del “sistema mundial” el científico social —y el iusinternacionalista por consecuencia— interesado en los fenómenos globales tiene que tomar en cuenta al “individuo”, las sociedades como tales y la “humanidad”.

²¹ Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, FCPS, UNAM, 2011.

soberanía estatal. No obstante, independientemente del factor que se privilegie para definir la “globalización”, las ciencias sociales e incluso las humanidades, como el derecho internacional, tienen la apremiante necesidad de analizar la interrelación de las distintas dimensiones de los procesos locales y globales. Y como resultado de lo que ocurre en las distintas áreas de conocimiento, se abren una serie de preguntas que invitan a la reflexión: ¿cómo diferenciar los procesos materiales y funcionales de la globalización de los marcos interpretativos mediante los cuales estos son apropiados por los individuos? ¿Qué relación existe entre la realidad jurídica, la identificación política y las variables económicas? ¿Hasta qué punto coincide el espacio de la integración jurídico-político-económica con el de la identificación social? ¿Hasta dónde es viable relacionar la globalización con la desaparición de los contenidos de identidad conformados territorialmente?

Como se puede advertir, esta diferenciación resulta fundamental para entender y proyectar la influencia que ejerce la globalización sobre los sistemas jurídico y político en sus dimensiones nacional e internacional: *el viejo localismo jurídico-político diferente del nuevo localismo jurídico-político*. En esta tesitura, afirmamos que otras nociones de las ciencias políticas y sociales tradicionales y del derecho clásico también deben ser reformuladas. En un tiempo en el cual las fronteras nacionales no siempre coinciden con los límites del sistema político y jurídico, muchos de los conceptos clave de estas disciplinas ameritan una reflexión detallada; por ejemplo, la diferenciación o interrelación que se da entre “derecho interno” y “derecho internacional”; entre “derecho internacional”, “transnacional” y “supranacional”; entre “derecho público” y “derecho privado”; entre “política externa” y “política doméstica”; lo “nacional” y lo “extranjero”; autoridad, legalidad y legitimidad; “estructura” y “acción social”; “soberanía territorial” y “jurisdicción universal”, por mencionar solo algunos binomios.

La forma en que construyamos los nuevos conceptos y el modo en que demos respuesta a los cuestionamientos aquí formulados, seguramente nos llevará a resultados de amplia diversidad y con carácter altamente polémico. Nos pueden conducir, por ejemplo, a la discusión en torno a los agentes del cambio global, a las propias concepciones de modernidad y a la forma más adecuada de dividir el trabajo científico. En la lógica de este razonamiento, convendría escudriñar también, por ejemplo, sobre el peso que tienen en la transformación mundial las élites políticas y económicas y en cuanto al papel que en ello juegan los distintos movimientos sociales; o también sobre la manera como se vincula el proceso de “globalización” con la “teoría de la modernidad jurídica” y las variantes de las teorías positivistas, internacionalistas, normativistas y sociológicas.

III. TENDENCIAS Y PROSPECTIVA DE LA GLOBALIZACIÓN EN SU DIMENSIÓN SOCIAL Y JURÍDICA

Como hemos observado hasta ahora, la globalización y la sociedad global constituyen un tema ubicuo en las discusiones actuales de las ciencias sociales y de las ciencias jurídicas, y uno de los más incomprendidos. Tanto economistas como sociólogos, juristas, iusinternacionalistas y polítólogos se han aproximado al fenómeno de la globalidad desde perspectivas limitadas, que mucho se beneficiarían de tomar más en serio y con aprecio científico las aportaciones de los otros. La principal limitación de los economistas se relaciona con el modelo filosófico subyacente que comparten, en el cual se entiende a la sociedad como un conjunto contractual de individuos culturalmente homogéneos, que no da cabida a la diversidad multicultural. Por su parte, la limitante más evidente en la aproximación de las ciencias políticas y sociales radica en la incomprensión del poder explicativo del enfoque económico y una falta de atención a la evidencia empírica sobre los procesos económicos que están estudiando.

Existen buenas razones para que los economistas tengan una visión relativamente pobre sobre la globalización y una concepción simplista que les hace perder de vista complejos fenómenos culturales, sociales, políticos o jurídicos que la han acompañado. Los mitos de lo que Ulrich Beck llamaría el “globalismo” son compartidos por la mayoría de los economistas, porque la matriz filosófica de la que provienen resalta aspectos de la realidad relacionados con el libre intercambio y el interés material propio; aunque esto no es necesariamente negativo, pues la selectividad de la visión filosófica de los economistas les permite enfocar con gran efectividad los problemas que les interesan. Generalmente utilitaristas, sus concepciones de cómo se construye una sociedad colocan en un lugar central la idea de consenso mutuo al que se puede llegar por la vía racional de la negociación y las decisiones egoísticas de los individuos.

Por el contrario, los científicos sociales se caracterizan por un fuerte rechazo al individualismo metodológico, tanpreciado por los economistas, lo cual los coloca en marcos teóricos prácticamente ininteligibles para un economista. Por ello, una buena respuesta sociológica a la globalización debe empezar por un entendimiento claro y preciso de lo que la ciencia económica ofrece. Recordemos que Max Weber entendía los avances más recientes de la economía marginalista y las discusiones de su tiempo, y aceptaba sus explicaciones para entender procesos de racionalidad instrumental. Su crítica radicaba en que esa racionalidad era insuficiente para discernir

los procesos sociales. Su pensamiento era incluyente desde un punto de vista teórico. En este sentido, los sociólogos, los polítólogos y los internacionalistas actuales tendrían mucho que aprender de los economistas neoclásicos, siempre y cuando estén dispuestos a reconocer que la explicación económica tiene sus limitaciones. El punto de este comentario no es poner en entredicho estos análisis, o los de corte sociológico, que en otros sentidos son sumamente lúcidos, sino resaltar que para hacer un buen estudio de la globalización —más aún si se trata de medir su impacto en el derecho y en la política— se tiene forzosamente que empezar por disponer de datos sólidos, información precisa y un análisis integral y preferentemente multidisciplinario, independientemente de que seamos internacionalistas, sociólogos, polítólogos, juristas o iusinternacionalistas.²²

Con esta advertencia, cabe decir, por ejemplo, que los fenómenos transfronterizos de criminalidad, narcotráfico, terrorismo, violencia oficial, transgresión grave de los derechos humanos fundamentales y delincuencia organizada, plantean nuevas exigencias a las sociedades nacionales, y los Estados, y la política mundial y al derecho internacional. Los problemas planetarios rebasan las posibilidades de actuar de las naciones y comienza a ponerse en duda y a replantearse —como lo veremos más adelante— el concepto clásico de soberanía. Entrados ya en el siglo XXI, no es posible seguir afirmando, como lo hacen los defensores a ultranza del pensamiento único, que este nuevo esquema en el que los procesos económicos, sociales y jurídicos solo pueden concebirse como fenómenos globales es fatal e irreversible, y que los espacios y los actores nacionales, regionales y locales, o el propio Estado nacional, tienen cada vez menos importancia.²³

La caída del muro de Berlín y del socialismo soviético despertaron enormes expectativas en referencia a la apertura de una etapa de paz y progreso para esos países y para el resto del mundo. Los primeros signos fueron, efectivamente, alentadores: naciones como Polonia, Hungría, Checoslovaquia, adoptaron voluntariamente la democracia liberal “globalizada” con todos sus elementos; esto es: el constitucionalismo, la división de poderes, la idea del Estado de derecho y la reforma del Estado, el sistema plural de partidos políticos y la libre asociación de los grupos civiles. Pero luego la esperanza y el entusiasmo disminuyeron: resurgen los tribalismos agresivos cuyos ejemplos más conocidos, pero no los únicos, son los casos gravísimos, de

²² Arroyo Pichardo, Graciela y Romero, Castilla, Alfredo (coords.), *Regiones del mundo. Problemas y perspectivas: diálogos para su estudio*, México, FCPS, UNAM, 2002, pp. 32 y ss.

²³ Becerra, Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, IIJ, 2008.

Yugoslavia, Oriente Medio, Indochina, Congo, Sudán y Ruanda. Irrumpen signos contradictorios.²⁴

Ello evidencia, entre otros hechos, que el proscenio instalado a raíz de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, basado en el equilibrio del terror atómico, no ha dado lugar a un nuevo orden internacional, sino más bien a un gran desorden, en el que es cada vez más difícil encontrar salida, y donde el derecho internacional, aunque inmerso en una fase de expansión y diversificación, parece perder efectividad y capacidad de influencia en su primordial tarea normativa y reguladora de tal estado de cosas existente. Este nuevo “desorden internacional” es el marco propicio en el cual la sociedad global ha sentado sus reales y donde germina rápidamente la necesidad de un sistema jurídico internacional que contribuya a poner “orden en el desorden”, tarea que habrá de compartir estrecha y vinculadamente con la política mundial, la diplomacia multilateral-parlamentaria y las políticas exteriores de los Estados.

Y es que, reiteramos, la sociedad global de nuestro tiempo es una configuración histórico-social amplia, que convive con las más diversas formas sociales de vida y de trabajo; es el ámbito en el que se mueven los individuos y las colectividades, o las naciones y las nacionalidades, incluyendo grupos sociales, clases sociales, pueblos, tribus, clanes y etnias, con sus formas sociales de vida y de trabajo, con sus instituciones, sus patrones y sus valores. Junto con las peculiaridades de cada colectividad, nación o nacionalidad, se manifiestan las configuraciones y los movimientos de la globalidad. En efecto, se trata de realidades sociales, económicas, políticas, culturales y jurídicas que emergen y adquieran dinamismo con la globalización del mundo, o la formación de la sociedad global.²⁵

²⁴ Por una parte, la reincorporación al modelo de las repúblicas democráticas inspirado en las tesis de la Ilustración y la modernidad; por otra parte, la disolución anárquica con base en la reivindicación de pertenencias étnicas que históricamente han buscado un oponente para confrontarse y autoafirmarse. Así, podríamos afirmar que las posiciones en tensión, o sea, la de la recuperación de las instituciones y valores de la modernidad político-jurídica y la del retrotraimiento encaminado hacia las identidades consanguíneas más elementales y belicosas están personificadas, respectivamente, por Vaclav Havel y Solobodan Milosevic. En efecto, el político checoslovaco se ha convertido en un líder de talla mundial para las aspiraciones más genuinas de llevar a cumplimiento los ideales marcados por pensadores como Montesquieu, Locke y, sobre todo, Kant. En contraste, el exdictador servio es tomado como el prototipo de las tendencias más retrógradas en el intento de introducir criterios étnicos en los asuntos políticos y jurídicos a semejanza de lo ejecutado por el nazismo, inspirado en las ideas de Hitler y Rosenberg.

²⁵ Sin pecar de reiterativos, señalaremos que la sociedad global es un fenómeno que requiere, por su enorme complejidad, de un estudio más cuidadoso y profundo que lo que aquí hemos apenas esbozado. Tratando de sistematizar un asunto tan abundante en determina-

Las transformaciones que están ocurriendo desde la segunda mitad del siglo anterior pueden ser percibidas como las manifestaciones de una ruptura histórica más o menos drástica y general, con implicaciones teóricas y prácticas fundamentales. Son mutaciones repentinas y lentas, parciales y totales, visibles e invisibles, sorprendiendo a unos y a otros en todos los lugares. Como lo enfatiza Octavio Ianni,²⁶ la geografía y la historia parecen haber entrado en un nuevo ciclo, adquirido movimientos inesperados y dimensiones sorprendentes. Realidades geográficas e históricas que parecían estables o superadas resurgen de pronto, al mismo tiempo que diseñan nuevos mapas del mundo. Se sacuden también los marcos mentales, sociales y las normas de referencia, generando contratiempos y preocupaciones, o crisis y conflictos, tanto como perspectivas y horizontes. Se inicia otro ciclo de la historia, tal vez más universal que nosotros, y escenario espectacular de otras fuerzas y luchas sociales.

Son muchas las dudas y las interrogantes sobre los significados, las tendencias y las implicaciones de la sociedad global que nos ha tocado vivir. Algunas veces los cuestionamientos están basados en el parámetro representado por la sociedad nacional, o el Estado-nación. Ciertos sectores de opinión destacan las implicaciones perjudiciales de la sociedad global, en

ciones, Anthony McGrew, en su ensayo “A Global Society?” (en Stuart Hall *et al.*, *Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1995, pp. 466-503), presenta una clasificación muy ilustrativa de los enfoques sobre el rubro. Allí se expresa que los análisis sobre la sociedad global se pueden dividir en dos grandes vertientes: los que ponen el acento en una sola causa como determinante de la acción y los que enfatizan el carácter multicausal del fenómeno. Obviamente, se trata de una ordenación inicial y esquemática que, sin embargo, ha sido considerada útil para estructurar un acercamiento a la discusión sobre la materia. En la línea monocalusal, McGrew resalta los trabajos de tres autores: Wallerstein, Rosenau y Gilpin. Wallerstein (*Historical Capitalism*, 1983) introdujo en el seno de las ciencias sociales el concepto de sistema mundial, y ha puesto el acento en la importancia del capitalismo en el proceso de la sociedad global. Rosenau (*The Study of Global Interdependence*, 1980) asocia la existencia de la sociedad global con el proceso tecnológico, y en especial con la expansión de las compañías transnacionales. Gilpin (*The Political Economy of International Relations*, 1987), por su lado, destaca los aspectos político-militares de la integración internacional. Su perspectiva se centra en el auge y en el descenso de los poderes hegemónicos en el sistema interestatal.

Por cuanto a la vertiente multicausal, se ubican dos pensadores: Giddens y Robertson. Conforme al primero (*The Consequences of Modernity*, 1990), se pueden reconocer al menos cuatro factores que inciden en la conformación de la sociedad global: el sistema económico capitalista, el sistema interestatal, el complejo militar y el proceso de industrialización. Robertson (*Mapping the Global Condition*, 1990) expresa que el mayor desafío de la teoría social hoy en día es considerar la trayectoria de la sociedad global en un sentido plural para ir más allá de los modelos establecidos en cuanto a política, la economía y el derecho internacionales.

²⁶ Ianni, Octavio, *La era del globalismo*, México, Siglo XXI, 1999. Se recomienda la lectura del capítulo 8 (*La idea del globalismo*), pp. 155-181.

lo que se refiere a la creación o agravamiento de los problemas sociales, incluyendo el desempleo estructural, el etnocentrismo, el racismo, el aumento de la delincuencia, la sofisticación de los medios y acciones criminales, el fundamentalismo y otras manifestaciones de intolerancia o de prejuicio, y piensan que así se niega la globalización. También están los que se engañan con la idea de que la sociedad global implica integración y homogeneización, incluyendo la disolución de las diversidades o identidades. Otros más apuntan que se trata tan solo de una expresión del imperialismo de esta o de aquella nación más poderosa, por medio de sus empresas, corporaciones o conglomerados.²⁷

Y están asimismo los que imaginan que la sociedad global es mera fabulación del neoliberalismo, como si la ideología fuera suficiente para engendrar la historia. Al respecto, nuestro pensamiento es en el sentido de que la sociedad global no se reduce al neoliberalismo, y mucho menos se expresa apenas en esa ideología. Incluye tanto al neoliberalismo como al socialismo. Es, de hecho, el escenario de otras tendencias ideológicas, tales como la socialdemocracia y el nazismo. Se trata de una formación social global, desigual y problemática, pero global; una configuración geohistórica, social, económica, política, cultural y jurídica contradictoria, aunque poco conocida en su anatomía y en su dinámica. La sociedad mundial en su actual definición global está engendrando e imprimiendo dinamismo tanto al derecho internacional como a las relaciones internacionales, de integración y fragmentación en todo el mundo.

Tanto es así, que está provocando muy graves tensiones, antagonismos, crímenes y delitos, conflictos, diferendos, crisis globales, revoluciones y guerras, al mismo tiempo que propicia la creación de movimientos sociales de varias tesituras, destinados a recuperar, proteger o desarrollar las condiciones de vida y de trabajo de las más diversas categorías sociales y “minorías”, por encima incluso de localismos, provincialismos, nacionalismos y regionalismos. La misma dinámica de la globalización, en términos sociales, económicos, políticos, jurídicos y culturales, genera y desarrolla las condiciones de la diversificación y la fragmentación. Y aquí es, precisamente, donde se inscribe la evolución y transformación, con toda su amplia gama de manifestaciones y desafíos, del derecho internacional de los nuevos tiempos que nos ha tocado vivir.²⁸ Es esta una realidad inocultable.

²⁷ Lo cierto es que las transnacionales pierden sus raíces progresivamente, planeando y concretando sus actividades en términos de geoeconomías propias, muchas veces ajenas a las peculiaridades e idiosincrasias de los gobiernos nacionales.

²⁸ Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Como científicos sociales, académicos e internacionalistas, hoy entendemos que tan pronto se habla de sociedad global, inmediatamente se cuestiona al imperialismo, cuando en la realidad uno y otra se contraponen, se complementan, se activan o se empalman, según la sinergia de las relaciones, de los procesos y de las estructuras que constituyen el capitalismo como modo de producción mundial. No se trata de discernir que uno niega o anula a la otra, sino de reconocer que ambos se determinan recíprocamente. Mientras tanto, como lo enfatiza Ianni,²⁹ la sociedad global subsume histórica y teóricamente al imperialismo. Aunque se trata de dos configuraciones históricas y teóricas diferentes, que pueden percibirse como dos totalidades disímbolas, una abarca al otro; es decir, la sociedad global puede contener a varios imperialismos, así como diferentes regionalismos, muchos nacionalismos y una infinidad de localismos.³⁰

Hasta ahora parece haber quedado claro que la globalización pone en relieve la existencia de un amplísimo conjunto de temas y problemas de proyección universal que solo pueden ser encarados de manera eficaz reconociendo esa proyección, y adoptando acciones y estrategias también de proyección global, o por lo menos internacional o regional. Es, por supuesto, el caso de los temas centrales de la nueva agenda jurídico-social internacional, como el medio ambiente y la paz y seguridad individual y colectiva. A esto podemos agregar la problemática de la justicia internacional, del derecho internacional penal, de los derechos humanos, de la migración, del desarme; los derechos de la infancia, la violencia contra las mujeres, el lavado de dinero producto de actividades ilícitas; el endeudamiento externo y las condiciones leoninas de pago impuestas a los países deudores.

Además, un aspecto relevante, en especial para la dimensión que hoy está adquiriendo la ciencia jurídica internacional, se explica en el hecho de que a pesar del sesgo y de los efectos desequilibrantes y asimétricos que involucra la construcción de la sociedad global, esta situación está ayudan-

²⁹ Ianni, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI, 1998; *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI, 1996. Indica el autor que el globalismo desafía tanto a las naciones y a las nacionalidades como a las más diversas corrientes teóricas de las ciencias sociales, las cuales se enfrentan a los desafíos de la sociedad global, por la originalidad como objeto de reflexión y por la urgencia de su interpretación. Son tantos y tales los retos así generados, que en todo el mundo las ciencias sociales buscan y rebuscan conceptos, categorías e interpretaciones.

³⁰ Nos encontramos, pues, frente a una totalidad más amplia y comprensiva. Y más que esto, es en el ámbito de la globalización donde se mueven los individuos y las colectividades, las naciones y las nacionalidades, los grupos sociales y las clases sociales, del mismo modo que ahí se mueven las organizaciones multilaterales, las corporaciones transnacionales y los entes supranacionales.

do, contradictoriamente, al progresivo desarrollo de lo que algunos autores han denominado “globalización de la idea de justicia”. La desregulación de innumerables actividades de la sociedad internacional, como los medios de comunicación o la Internet, permiten por un lado el tráfico de mucha chatarra informativa, e incluso su utilización con fines ilícitos y atentatorios a la dignidad y la libertad humanas; mientras que, por el otro, facilitan la socialización de información alternativa, o de confrontación con los poderes autoritarios del Estado y de las firmas transnacionales, que ya no pueden ser censurados por aquel o por estas.³¹

En suma, todo lo expuesto explica por qué la sociedad global es captada no nada más como un conjunto de sesgos e inercias negativas, sino como el desafío para encontrar vías de oposición y de alternativa a tales impulsos y desviaciones. Por supuesto, los avances en el conocimiento y en la gestación de una conciencia de identidad y ciudadanía global son todavía mayores que en términos de capacidad para generar impactos en las políticas estatales, en un derecho social avanzado y en el comportamiento de los grandes monopolios depredadores y las posibilidades de su control.

No obstante, sin el desarrollo de esta conciencia es imposible pensar en avanzar al terreno de los resultados concretos, especialmente en los de un nuevo orden jurídico internacional con altos contenidos de justicia, equidad y ética. Y es que, precisamente, esta idea de ciudadanía global no emerge espontáneamente o por el simple desarrollo inercial de la sociedad globalizada; como toda ciudadanía, es el producto de la resistencia a la opresión y de la lucha por un mundo mejor. La pugna del poder y el valor, como lo plantea el filósofo mexicano Luis Villoro. De otra manera, como lo reafirma Vilas, “Sin una voluntad de confrontación a lo presente, hasta la idea de futuro carece de sentido”.³²

Por otro lado, también es cierto que el desarrollo del sistema de derecho de las sociedades modernas descansa, antes que nada, en factores endógenos, tales como la modernización del Estado, la estabilidad institucional, el

³¹ Efectivamente, no todo lo que circula por estas vías puede interpretarse como proveniente de los ámbitos más democráticos o progresistas de la sociedad, pero buena parte de lo que circula cuestiona seriamente las fuerzas que impulsan el delito y el crimen transfronterizos o la globalización financiera del capital y sus efectos más denostables. Es atendible, después de todo, que esta actividad, hasta hoy todavía desregulada, ha incrementado y acelerado el acceso de información entre los nuevos actores de la agenda global.

³² Vilas, Carlos M., “Participation, Inequality, and the Whereabouts of Democracy”, en Chalmers D. et al. (eds.), *The New Politics of Inequality In Latin America*, Oxford University Press, pp. 3-42. Otros trabajos de Vilas que recomiendo son los siguientes: “Violencia política, legitimidad y fragmentación social”, *Foro Internacional “Violencia y Políticas Públicas en América Latina*, CENDES, Universidad Central de Venezuela, 1996.

Estado de derecho, la justicialidad de la vida social, la transparencia en el manejo de la cosa pública, el respeto a los derechos ciudadanos, los equilibrios sociopolíticos y económicos, los incentivos para la profesionalización, y la capacitación de los recursos humanos, por citar algunos. En la sociedad global, que concebimos desde la perspectiva emancipatoria de la ciencia social crítica, nada de esto puede importarse de afuera ni delegarse en el liderazgo de los agentes transnacionales o, peor aún, en los designios del mercado.

Como lo ratifica Aldo Ferrer (1997), el desarrollo, como proceso total (y ello incluye al derecho como agente de progreso y equilibrio), no es posible sin respuestas viables al dilema del crecimiento integral en un mundo global. Este dilema, a nuestro parecer, sigue descansando en el ejercicio de la libertad de maniobra con que cuenta cada país; y —estamos convencidos— el que esa libertad se asuma para aceptar incondicionalmente las reglas del juego establecidas, adoptar estrategias inviables o iniciar caminos alternativos de desarrollo, depende más de los factores internos que de las restricciones del contexto externo. Hay que tener cuidado con la visión fundamentalista de la globalización, ya que, indudablemente, se trata de una versión moderna del absolutismo y un desafío a la tradición liberal de las democracias occidentales. No hay vuelta de hoja.

IV. LA SOBERANÍA DEL ESTADO EN LA TRANSICIÓN ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Pasemos ahora a desglosar nuestro planteamiento sobre el papel que juega la soberanía estatal en una sociedad global donde ocurre y discurre la transición significativa del orden jurídico internacional y del sistema de relaciones internacionales. Lo primero a considerar es el hecho de que el tratamiento integral del tema de la dimensión soberana es obligado para todo aquel estudioso de lo social que pretenda adentrarse en tópicos relativos a la transfiguración jurídica y política que observa el Estado moderno, a partir de la influencia que sobre su naturaleza, comportamiento, potestades, actuación y alcances ejerce la dinámica estabilizadora y a la vez desestabilizadora del fenómeno globalizador. Tómese en cuenta que los trabajos más recientes elaborados en los principales centros de producción del conocimiento en México y en el extranjero para acometer este propósito adolecen de monografismo y excesiva fragmentación, superficialidad, temporalidad —análisis de coyuntura— y parcialidad, cuando lo que ahora se requiere

urgentemente es el concurso sistemático de la herramienta explicativa —heurística— que propone la metateoría y la interdisciplinariedad.³³

En otros términos, si bien el asunto de la soberanía tradicionalmente ha sido monopolio reconocido del derecho, de la teoría del Estado y la ciencia política, hoy su propuesta deviene insuficiente, limitada y poco sostenible ante el embate de la cambiante realidad planetaria y de las nuevas reglas del juego en el actual sistema jurídico y de relaciones internacionales. Frente a los desafíos generados por la globalización, las ciencias sociales enfrentan problemas desconocidos, o conocidos, pero modificados, transfigurados. Se transforman las condiciones de la soberanía del Estado-nación, así como las condiciones de construcción de la hegemonía. Gracias a la nueva división internacional del trabajo, en escala global, los movimientos de las fuerzas productivas atraviesan continuamente las fronteras nacionales.

El individuo, como sujeto de derecho internacional y actor político transfronterizo, se localiza y se mueve simultáneamente en el ámbito local, nacional, regional, transnacional y mundial —así se origina el llamado altermundismo o la “globalización *desde abajo*”, como la denomina Richard Falk (Universidad de Princeton)—. Lenta, o abruptamente, las cosas, los bienes, las personas y las ideas se desarraigan parcial o totalmente, lo que multiplica las identidades, las desigualdades y las diversidades, complicándose el funcionamiento soberano tradicional del Estado-nación y el cosmopolitismo.³⁴

³³ Chayes, Abram y Handler Chayes, Antonia, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, Harvard University Press, 1995. Son muchos los autores que contribuyen al esclarecimiento de diferentes aspectos sociales, económicos, políticos, jurídicos, culturales, geográficos, históricos y otros de la soberanía del Estado en la globalización. Hay principalmente tres teorías que son utilizadas con mayor frecuencia para interpretar aspectos muy particulares de este tema: la sistemática, la weberiana y la marxista. Sin demérito de estas y otras teorías sensibles al problema como el evolucionismo, el estructuralismo, la fenomenología y la hermenéutica, nos inclinamos por la enorme vigencia que tiene todavía el pensamiento marxista, el cual contribuye de modo significativo al entendimiento de la transnacionalización y globalización del capitalismo, en tanto forma de rompimiento de la soberanía clásica, como modo de producción y proceso civilizador. Los estudios posmarxistas sobre el colonialismo, el imperialismo, la centralización del derecho internacional, el capitalismo tardío, los conflictos y las diferencias político-económicas, la mundialización del crimen y el delito, las revoluciones sociales y las guerras regionales y mundiales abren perspectivas fecundas para el entendimiento de la reconfiguración inacabada de la soberanía. Empero, sin caer en el eclecticismo, pensamos que todas las metateorías son muy útiles, en el sentido de que son amplias tanto como interdisciplinarias. Así, es innegable que los enfoques sistemático, weberiano y marxista permiten abarcar la realidad social global en su complejidad, para un mejor entendimiento del nuevo derecho internacional.

³⁴ Rocha Valencia, Alberto, *Configuración política de un nuevo mundo: dimensiones políticas de lo global, lo supraregional, lo posnacional y lo local*, México, Universidad de Guadalajara, 2003.

La crisis del Estado, la redefinición de su soberanía con la combinación de su adelgazamiento o desmantelamiento y de su reorientación (en sus papeles, funciones, objetivos y poderes), se manifiesta en el derecho internacional y en el derecho interno. Así, aunque de manera lenta e incompleta, con avances y retrocesos, el derecho internacional se está desarrollando en el sentido del sometimiento de gobiernos, grupos, organizaciones e individuos a nuevas regulaciones. El reconocimiento de cada vez más derechos y deberes que en sí ya implican cesión de soberanía por parte del Estado, aunque todavía sin el respaldo de instancias supraestatales con plena capacidad coercitiva, los intentos de diseño de una nueva generación de normas e instituciones, el avance hacia un nuevo derecho internacional universal y un derecho internacional general donde lo público y lo privado tienden a entremezclarse con creciente frecuencia y mayor consistencia, acotan o trascienden las pretensiones soberanas de los Estados nacionales.

Por un lado, se sostiene y proclama el desdibujamiento de las fronteras soberanas del Estado, mientras que, por el otro, se despliega un férreo intervencionismo oficial, que se manifiesta en las privatizaciones; el proteccionismo a favor de las grandes empresas; los métodos autoritarios y represivos para el manejo y solución de los conflictos, dejando para el discurso y la retórica política tanto al derecho interno como al sistema jurídico internacional.³⁵ Así, el fenómeno de la globalización se rebela como proyecto y proceso que nadie controla realmente, por carencia de regulación política y jurídica, y tendencias al debilitamiento, al desmantelamiento y al colapso del Estado, su soberanía, sus potestades y sus poderes, especialmente las dimensiones rectoras, productivas y social-benefactoras.

Los gobiernos apoyan a la globalización, sus costos y sus retos, sin adoptar estrategias y políticas domésticas de refuerzo y compensación, que ha-

³⁵ Kaplan, Marcos, “Impactos jurídicos y políticos de la globalización”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “La Globalización y los Sistemas Jurídicos Nacionales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, junio de 1998, pp. 1-16. Indica el colega Kaplan (a quien, por cierto, en febrero de 2003 se le hizo merecido homenaje en la UNAM por la trascendencia de su pensamiento social) que mientras la soberanía “estorba”, el intervencionismo estatal “perdura y se refuerza” además por los altos costos económicos y sociales que las reformas cumplidas han conllevado para grupos considerables y para la nación. De un Estado intervencionista semibenefactor se transita a un Estado gendarme-desarrollista, parcialmente desplazado por el mercado en la regulación y dinamización del sistema. La soberanía se reduce, pero el intervencionismo no: se modifica en sus marcos de referencia y objetivos, en sus formas y contenidos. La apertura externa y la liberación interna coexisten con las políticas y acciones que pretenden atender a las demandas y presiones de fuerzas contrarrestantes, grupos insatisfechos y conflictos. Parece problemático, si no imposible, prescindir del intervencionismo del Estado, de su iniciativa, control, arbitraje, regulación y promoción, y tampoco de un “Derecho interno e internacional actualizado y funcionalizado”.

rían la integración mundial económicamente más eficiente y viable, socialmente más deseable, políticamente más gobernable y jurídicamente más regulable y controlable. También es cierto que las restricciones apuntadas afectan la soberanía de modos diferentes. Pueden resultar en una situación de jure, de debilitamiento o pérdida de ciertos aspectos de la soberanía formal; o de facto, como pérdida de autonomía y de capacidades políticas y económicas para diseñar y realizar políticas. Puede darse la pérdida de la soberanía del Estado, o su mantenimiento, pero con disminución de su autonomía para ejercerla.³⁶ Aunque en pie de igualdad frente al derecho internacional, los Estados están así desigualmente integrados en la economía mundial y en el sistema político internacional.

La soberanía de jure y la de facto, como idea y como praxis, sigue siendo una fuerza poderosa y compelente, especialmente respecto a la capacidad del Estado para ejercer sus potestades y poderes coercitivos. El derecho internacional reconoce, como uno de sus principales retos, el que los Estados siguen mostrándose poco dispuestos y hasta opuestos a acoger los principios de justicia internacional y someter sus disputas con otros Estados o actores diversos al arbitraje de una autoridad supranacional; continúan preservando celosamente su “derecho soberano a hacer la guerra”. Hasta ahora, el Estado-nación y su soberanía y autonomía de ejercicio no están condenados al total debilitamiento ni a la extinción. Existen, efectivamente, infracciones a la soberanía y restricciones al ejercicio de la autonomía, e interrogantes planteadas a la idea tradicional de una soberanía ilimitada e indivisible —absoluta, como la concebía Bodino—. El actual movimiento hacia la desregulación puede ser coyuntural; esto es, no excluye la posible emergencia de nuevas formas de re-regulación en el futuro.

Cabría advertir también que, contra lo que algunos argumentan, la soberanía del Estado en la sociedad global y su sometimiento al imperio del derecho internacional siguen siendo cruciales en una economía mundial transnacionalizada. La autoridad y la gobernabilidad pueden haberse vuelto más plurales —de hecho lo han sido—; pueden localizarse en diferentes sedes, en organizaciones públicas y privadas, en foros internacionales, trans-

³⁶ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*, México, FCPS, UNAM, 2005, pp. 102 y 103. Las limitaciones y desafíos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, nacionales e internacionales. Transnacionalización y globalización no se cumplen de manera uniforme en todo el mundo y para todos los Estados-nación, no tienen un carácter absoluto y definitivo. La economía mundial y el sistema interestatal exhiben desniveles y discontinuidades, crean brechas y nichos; abren espacios de autonomización y refuerzo de la soberanía para Estados-nación con capacidades de aprovechamiento.

nacionales y subnacionales, y en áreas regionales y nacionales. La desagregación, la divisibilidad, la enajenación de los componentes de la soberanía, no implican necesariamente una disminución del Estado-nación. Aun con aquellas y con la cesión de poderes estatales, los Estados pueden adquirir nuevos papeles y nuevas funciones. El debilitamiento de sus atribuciones administrativas sustantivas en relación con su población doméstica no basta para modificar su desempeño como portadores del imperio del derecho, tanto interna como externamente. No olvidemos que el derecho internacional no puede funcionar sin Estados nacionales como sus soportes materiales, sus agentes, sus sujetos, sus creadores, sus bases de consentimiento, acato y cumplimiento de la ley internacional.³⁷

Y habría que sopesar asimismo que no existe una contradicción necesaria entre la integración económica mundial y soberanía del Estado-nación. La difusión global de la soberanía en la forma del Estado de derecho permitió crear y consolidar una economía internacional como la existente. Se da, sin embargo, una tendencia a la globalización puramente comercial, en un contexto de fragmentación del mundo en Estados-nación, separada e independiente de la aún no lograda “globalización del Derecho y del Estado”. Lo evidente es que hasta ahora no existe, o se retrasa, la existencia de una organización internacional a través del derecho y los Estados que responda a exigencias de la globalización económica. Es pertinente, en todo caso, el esfuerzo de reflexión y creación respecto a la necesidad de un derecho mundial como pasaje obligado a un nuevo orden mundial, que subsume la combinación y convergencia de principios, normas y leyes nacionales y supranacionales.

V. LA SOBERANÍA MÁS ALLÁ DE LA TEORÍA DEL ESTADO, LA CIENCIA POLÍTICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La soberanía ha tenido un papel de enorme importancia a lo largo de la historia política y de las relaciones internacionales, de ahí que su estudio constituya el tema central del derecho internacional público y de la teoría del Estado. Así, de sobra, se justifica la descripción el análisis de los principales aspectos derivados del concepto y la praxis del Estado y de su manifestación esencial, que es la soberanía, partiendo de su comprensión y ubicación en el marco de la interrelación cultural entre sociedades diversas

³⁷ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Reestructuración general del nuevo derecho internacional. Perspectivas al siglo XXI*, México, FCPS, UNAM, 2004, p. 15. Véase el epígrafe III “¿Por qué hablamos de una nueva extensión del derecho internacional?”

y en el contexto de una sociedad global e interdependiente. En efecto, el concepto de soberanía es y seguirá siendo por mucho tiempo fundamental en el estudio de la teoría del Estado, del derecho y de la ciencia política. Todas las Constituciones que rigen los países actuales lo consignan en forma expresa, así como las cartas, los tratados y los documentos más importantes de las organizaciones internacionales.

Es un principio vigente, pese a los intereses y argumentos que de tiempo en tiempo se levantan en su contra: hay quienes piensan, por un lado, que la soberanía ha caducado como concepto y como realidad, debido a los cambios tan repentinos y espectaculares que vienen ocurriendo recientemente en la escena mundial,³⁸ y por otro, aquellos que disciernen que estos fenómenos no representan la caducidad o la extinción del poder soberano de los Estados-nación, que aun son la unidad básica de la organización política contemporánea. Empero, por encima de toda posición al respecto, es innegable que el concepto de soberanía está siendo objeto de nuevos cuestionamientos, y que la globalización exige un nuevo análisis de los conceptos clásicos del derecho y de la ciencia política; de ahí que, para replantear algunas ideas, sea necesario el aporte reflexivo de los estudiosos y expertos en la materia bajo la cobertura interdisciplinaria y pluridisciplinaria.³⁹

La soberanía es producto de la realidad, y la primera sistematización de este concepto se encuentra en *Los seis libros de la República* de Juan Bodino, en donde se afirma que la soberanía es un poder absoluto y perpetuo; *absoluto*, en cuanto a la potestad de dictar y derogar las leyes, pero bajo una sola figura del soberano, quien está sujeto solamente a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes; y *perpetuo*, entendido como el poder irrevocable y de tiempo ilimitado del príncipe. Bodino explica que el soberano es el que gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo mismo. Para Hobbes, el titular es quien detenta el poder. Hegel, Jellinek, Herman Heller y Flores

³⁸ Arranz Lara, Nuria, “Globalización y soberanía”, *Méjico Internacional*, México, núm. 64, 1991, p. 5.

³⁹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El derecho internacional penal*, tesis doctoral, FCPS, México, UNAM, 2003, p. 125. Haciendo un poco de historia, tenemos que el Estado-nación surge con atribuciones soberanas en Europa occidental de las ruinas del Estado feudal, consolidándose con la Paz de Westfalia, de 1648. Esta soberanía es el fruto de las luchas sostenidas por el rey francés contra el imperio, la Iglesia y los señores feudales; conflictos que devinieron en el establecimiento de las primeras naciones. Al surgir el Estado moderno, las fuerzas estamentales se fueron adecuando a las exigencias precapitalistas que originaron una nueva forma política estatal. El propio sistema de Westfalia concedió al Vaticano estatus de ente supranacional con capacidad de decisión sobre la guerra y la paz, la territorialidad y la soberanía incipiente; y esto fue así porque sin la existencia de un ente de tales características como el papado, los gobernantes seguramente hubieran extendido su poder ilimitadamente.

Olea afirman que el titular es el Estado, en tanto que Felipe Tena Ramírez sostiene que la soberanía reside en la Constitución, mientras que para Rousseau o Masaryk, es el pueblo el soberano.⁴⁰ Por su parte, Maquiavelo escribió —como lo parafraseó después Hans Morgenthau— que la soberanía absoluta y omnímoda que ejercía el príncipe al interior de su reino tenía como única limitación el derecho de gentes o *jus gentium*, el cual emergía de la época moderna como la normativa resultante del comercio y de la conquista, y como la ordenación mínima de aquello común a la humanidad.

En efecto, el derecho internacional surgió muy a pesar y a veces en contra de las autocracias soberanas. De hecho, en una real perspectiva historiográfica, el derecho internacional representa un principio de expresión de la globalidad. Ahora bien, como desprendimiento del sistema de autocracias soberanas y para garantizar su existencia se fue haciendo necesaria una red de balance de poder que regulara las relaciones interestatales o internacionales, lo que significó que dos Estados o más tuvieran iguales capacidades en abstracto a pesar de que de facto existieran entre ellos relaciones inequitativas —fenómeno que llegará a mantenerse vigente aun tres siglos después en la estructura de Naciones Unidas que, conforme a su carta fundacional, establece una Asamblea General (abierta y democrática) junto con un Consejo de Seguridad (cerrado y elitista, una estructura oligarca)—.

Hoy entendemos que el derecho internacional es un orden jurídico descentralizado en un doble sentido. Por una parte, sus normas ligan, en principio, a aquellas naciones que las han aceptado, y por la otra, la mayor parte de sus normas son obligatorias en virtud del consentimiento de los Estados —el principio *ex consensu advenit vinculum* expresa claramente que el consentimiento es la base de la obligación jurídica—. Y no ignoramos que una parte de estas reglas son vagas y ambiguas, y otras pueden estar condicionadas, además de tener la característica de contar con reservas, lo que permite a

⁴⁰ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El derecho internacional público y privado a través de los debates teóricos en universidades de México y el extranjero. Antología*, México, FCPS, UNAM, 2005, pp. 55 y ss. Aquí destaco que la soberanía nacional es una e indivisible, y su ejercicio implica dos dimensiones. La primera es en el plano interno, en nombre de y frente a la población que se asienta en un territorio estatal determinado; y en el plano externo, en nombre de dicho Estado frente a los representantes jurídicos y la población de otros Estados. Desde el punto de vista del derecho, al interior de cada Estado existen legalmente otras personas jurídicas diferentes de él, sobre las cuales puede, debe imponer y ejercer su autoridad. Estas personas jurídicas no deben pretender ser soberanas frente o por encima del Estado. También, en teoría, el ejercicio de la soberanía de un Estado con respecto a la soberanía de los demás implica que estos últimos no pueden pretender ser superiores frente al Estado, pues todos son iguales. Anteriormente, los reyes basaban su poder en la soberanía absoluta que ejercían al interior de su jurisdicción.

las naciones individuales un alto grado de libertad de acción cuando se les reclama cumplir las disposiciones jurídicas internacionales.⁴¹ Sin embargo, con el nacimiento de este principio de supranacionalidad —que se manifiesta en distintos grados de fuerza obligatoria— la soberanía de los Estados se fue matizando, y las autocracias internas se adaptaron a la cesión mínima de su poder soberano. Desde entonces el Estado dejaba de ser un poder que en términos absolutos se organizaba a sí mismo para pasar a ser receptor de los imperativos de las instancias supraestatales convencionales. Se trataba ya de un poder que comenzaba a ser organizado desde afuera; un poder supranacional que se ejercitó en nombre de principios abstractos y de valores universales, cuyos portadores los utilizaban para la consecución de intereses propios.

Esto explica por qué la idea de soberanía ha sido criticada por algunos autores que le adjudicaron haber causado las guerras y otras formas de violencia, y ser grave obstáculo para el desarrollo del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Entre ellos, el norteamericano James W. Garner, el alemán Hans Kelsen, los franceses Bertrand Badie y Zaki Laidi y el griego N. Polis aseguraron que la soberanía estaba en su etapa de desaparición, pues significaba un obstáculo para la organización mundial y la paz, ya que había permitido dar apariencia y justificación a las pretensiones arbitrarias de los gobiernos. Por cierto, Herman Heller apunta que no existe contradicción alguna entre soberanía y derecho internacional, porque el Estado soberano es presupuesto para la existencia del segundo; esto es, que cualquier concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberana está destinada al fracaso, pues el derecho internacional —y por derivación el derecho transnacional y el supranacional— existe en la medida en que por lo menos interactúen dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas.⁴²

⁴¹ Al discutir el problema de la soberanía en el campo de la ejecución de la ley se distingue a la soberanía como órgano ejecutivo igual a la soberanía en el campo de lo judicial; esto es, la decisión de cuándo y cómo iniciar una acción ejecutiva reside, en última instancia, en la nación individual. Por otra parte, la soberanía de la nación como objetivo opuesto de una acción ejecutiva se manifiesta en lo que se denomina “impenetrabilidad” de la nación. Ello significa que en un territorio dado solo la nación puede tener soberanía —la autoridad suprema—, y que ningún otro Estado tiene el derecho de ejecutar actos gubernamentales sobre su territorio sin su consentimiento. Por consiguiente, todas las acciones ejecutivas previstas en el derecho internacional, con excepción de la guerra, se limitan a ejercer presión sobre el gobierno agresor de las leyes —tales como protestas diplomáticas, la retorsión, la intervención, las represalias, los bloqueos— las cuales dejan intacta la soberanía territorial del Estado que viola el derecho internacional.

⁴² Heller, Herman, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE-UNAM, 1995, pp. 225-234.

En la misma línea de reflexión, el maestro César Sepúlveda⁴³ sostiene que el derecho internacional es de hecho y en principio un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga a respetar una serie de normas universales, y la soberanía del Estado consiste en la capacidad de crear y actualizar el propio derecho, tanto en el plano interno como en el internacional, con la obligación de actuar de acuerdo con la ley y con responsabilidad ante esa conducta. Al respecto, consideramos que, efectivamente, la condición misma para la existencia del derecho internacional es la presencia de unidades de voluntad soberana, ya que en las relaciones internacionales la soberanía del Estado se presenta como su independencia misma para tomar todas las decisiones sobre su orden jurídico, e incluso para cambiarlo totalmente sin la intervención de ningún otro ente soberano. La soberanía al paso del tiempo se ha visto modificada en gran medida, pero no su validez, por cuanto principio de soberanía jurídica de un Estado nacional frente a otros.⁴⁴ Realmente lo que ha variado sustancialmente es el número y las características de los Estados que integran actualmente la sociedad internacional, así como las circunstancias y problemas a los que cada uno o todos en conjunto se tienen que enfrentar. Todo esto obliga a buscar un ejercicio de la soberanía del Estado aún más dinámico que, sin dejar de ser complicado, permita el establecimiento de relaciones de colaboración en todos los campos del que-hacer jurídico y social.⁴⁵

⁴³ Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, FCE, Derecho-UNAM, 1995, pp. 13 y ss.

⁴⁴ Con la resolución 688 del Consejo de Seguridad en el caso del Golfo Pérsico y ante la caída de los régimes del Este, se dio paso a un nuevo concepto de soberanía limitada. Éste enfatiza que la comunidad internacional no puede seguir tomando el respeto a la soberanía de las naciones como un pretexto para su pasividad ante la violación de los derechos humanos, ya que estos —se afirma— deberían ser prioritarios sobre los derechos de los Estados. Por lo tanto, se da paso al deber de asistencia de los organismos intergubernamentales al derecho de injerencia en los Estados por causas humanitarias. Bajo la perspectiva de soberanía limitada, los organismos no gubernamentales y multilaterales poco a poco se van adaptando a las nuevas formas y razones del actual intervencionismo. La realidad global muestra patentemente que derechos humanos y soberanía estatal son términos antagónicos en caso de conflicto, donde el Estado involucrado pierde soberanía ante las políticas intervencionistas pro defensa de los individuos de la comunidad internacional.

⁴⁵ Y es que el Estado-nación, como era concebido con anterioridad, ya no es funcional desde el enfoque globalista, dado que este parte de estructuras transnacionales de carácter global que imponen mutaciones críticas en los roles, niveles y segmentos de los actores en juego, situación que conduce a algunos teóricos a pensar en el surgimiento de una especie de ‘soberanía global’ como denominador común que conducirá a la humanidad, de la nación y el Estado o de la sociedad de Estados, al Estado mundial o al imperio mundial.

Al respecto, en la actualidad hay un debate muy serio en torno al papel del Estado soberano frente a los procesos de globalización e interdependencia. Para un grupo de especialistas, las fronteras y las potestades entre los países se diluyen cada vez más en términos económicos, principalmente; empero, para otros, el Estado se vigoriza con el proceso globalizador, como en el caso de los países económicamente poderosos, mientras que los países débiles resultan perjudicados, lo cual explicaría por qué estos últimos están implementando políticas neoliberales buscando insertarse a como dé lugar en la nueva dinámica mundial. También hay analistas que perciben la existencia de una crisis de los Estados nacionales y de la institución-Estado, argumentando que el Estado nacional (no solo los Estados democráticos, sino también los Estados autoritarios o totalitarios), se ve amenazado desde abajo por una creciente demanda de autonomía y de autodeterminación por parte de las regiones o de las comunidades étnicas o religiosas que están incluidas en él; y desde arriba, por la aparición de nuevos poderes transnacionales, no solo por las instituciones interestatales y supranacionales, sino también por el poder de las empresas y los mercados financieros globales, por la criminalidad internacional y por serias amenazas al medio ambiente y a la salud humana que, por mucho, sobrepasan el alcance de los poderes estatales soberanos.

Expresado de otra manera, el debate gira básicamente en torno de dos vertientes. La primera y la más fuerte advierte que la sociedad global está deteriorando la soberanía de los Estados; por lo tanto, soberanía y globalización son dos categorías contradictorias que, de no armonizarse mutuamente, podrían conducir a una especie de “nueva guerra fría”. La segunda, asienta que el fenómeno global beneficia a los Estados-nación, a unos más que a otros, pues les permite adecuar sus economías e insertarse en la mundialización, asegurando con esto beneficios a corto y largo plazo. Bajo este planteamiento, se asegura que mientras haya asimetrías a nivel internacional no se puede hablar de la desaparición de la soberanía, sino de su capacidad de adaptación a las circunstancias actuales.⁴⁶ Ante este escenario, cabe

⁴⁶ Becerra Ramírez, Manuel, “¿La soberanía en crisis?”, *Méjico Internacional*, México, año 5, núm. 57, mayo de 1994, p. 4. Señala el autor que el poder soberano de un Estado se relaciona históricamente con la capacidad para defender su territorio, para proporcionar seguridad física a sus ciudadanos y llevar el control de su destino económico, pero actualmente la interdependencia global ha puesto de manifiesto la dificultad para todo Estado, aislado de otros, de ejercer la conducción de su propio sistema económico. Los vínculos multinacionales y las presiones informales se ven suplementados por una multitud de organizaciones cuya existencia tiene como finalidad la promoción de la cooperación económica; sus recursos y su capacidad para producir políticas que puedan entrar en conflicto con los intereses inmediatos de miembros individuales trascienden la simple cooperación y entran en el campo del

preguntarnos cuál podría ser el futuro de este elemento fundamental del Estado-nación. Parte de las respuestas a esta interrogante podrían desprenderse de algunas afirmaciones de Phillippe C. Schimmiter,⁴⁷ en el sentido de que la nueva filosofía del Estado y su soberanía se plantea en Europa, a propósito de la integración europea, con la elección de un Parlamento de la Unión.

Lo cierto es que la soberanía nacional ahora se vislumbra socavada y desbordada, pues las estructuras cambiantes de las relaciones internacionales y la política mundial han trabajado subterráneamente para forjar alianzas y vínculos con los diferentes actores “subestatales” que se han situado por encima del propio Estado para crear redes novedosas de toma de decisiones y sistemas modernos para la producción y la distribución.⁴⁸ En otro sector de opinión, hay politólogos reconocidos que consideran que el Estado nacional soberano se encuentra ahora sometido a una agresión de gran alcance de las fuerzas sociales, en medio de un proceso de uniformización cultural y de nivelación de valores comunes, como no se ha conocido jamás en la historia.

En esta realidad, se prevé una evolución, paralela, aunque autónoma, entre las naciones y el Estado soberano. Por un lado, las naciones no son inamovibles, pues así como surgieron habrán de terminar, continuarán su proceso histórico, nunca interrumpido, de cambio, en donde el choque con formas culturales y valores distintos formará unidades más amplias. Por el otro, el Estado soberano como institución se ve igualmente erosionado dentro de un medio internacional en que la confusión de relaciones sociales que saltan sobre las fronteras debilita progresivamente su libertad de movimiento.

supranacionalismo, término cuyas implicaciones, en determinada etapa, han de chocar con las pretensiones de soberanía del Estado-nación.

⁴⁷ Schimmiter, C. Phillippe, “La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política”, *Las transformaciones de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 158-199. Asegura con razón que la Comunidad Europea debe ser tratada como una nueva forma de experimentación y dominación política, capaz de evolucionar hacia uno de entre varios estadios posibles, y para exemplificar su percepción plantea tres prototipos como respectivos y viables estatus finales: la *confederatio*, el *condominio* y la *federatio*.

⁴⁸ Zamitz Gamboa, Héctor, “Las transformaciones del Estado-nación en el mundo de los bloques comerciales: un dilema teórico-práctico”, *Relaciones Internacionales*, México, núm. 63, julio-septiembre de 1994, pp. 94-96. Afirma el autor que paralelamente, hay otras apreciaciones en el sentido de que la sociedad posmoderna estadounidense se encontrará convertida en un régimen multicultural más que constituir un Estado-nación, y que por ser Estados Unidos el país creador de las organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, la OTAN, el GATT, el FMI y al BM, será el que más aporte a la desorganización de los Estados nacionales y a la reorganización de gran parte del mundo bajo los lineamientos del no-Estado multinacional.

En esta tesis, el profesor Modesto Seara Vázquez⁴⁹ viene sosteniendo varias ideas que son rescatables, aunque no exentas de ser sometidas a discusión:

Primero, dada la interdependencia que ya alcanza una gran intensidad y seguirá acentuándose, no hay posibilidad alguna de recuperar las soberanías nacionales en la forma tradicional; sin embargo, lo que sí se debería lograr es la recuperación del control de los pueblos de su destino, rescatando su soberanía de las fuerzas incontrolables del globalismo. Segundo, no obstante, sería imposible recuperarla por medio de los Estados-nación, pues se requiere de instituciones nuevas, de Estados regionales o continentales o de un Estado a nivel global, donde quedaría depositada, transitoriamente, la soberanía de los pueblos, y así solamente se podrían dominar las fuerzas que ahora se mueven sin control. Tercero, si se da la necesidad de crear una institución que tome decisiones a nivel global, esa institución surgirá de un modo u otro. En caso opuesto, se pensaría en la fórmula de *intersoberanía*, mediante la cual todos o una parte de los Estados acuerden renunciar a su derecho a adoptar decisiones que pueden afectar a los demás Estados, y aceptan la posibilidad de compartir la responsabilidad de adoptarlas.

En contraposición a esto, hay criterios escépticos respecto a la creación de un gobierno supranacional, ya que se asegura que este proceso es muy lento y muy difícil de concretar. Por ello, de admitirse este razonamiento, nos veríamos en la necesidad de aceptar la subsistencia del Estado nacional como base de la organización política de los países y de la organización internacional, al tiempo que el concepto de soberanía entraría en un proceso dinámico de adaptación, en el que sería necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad de mantener el Estado nacional y la de mejorar, perfeccionar y ampliar la competencia de la organización internacional. En todo caso, en esa línea prospectiva, se requerirá recapitular sobre cuáles son las condiciones indispensables para la existencia eficaz de los Estados nacionales y en qué dirección, en qué medida y a qué ritmo los propios Estados pueden participar en la coexistencia y en la cooperación de las soberanías nacionales, a través de la organización internacional.⁵⁰

Y a contracorriente a su vez de esta postura, es muy frecuente escuchar la sentencia de que los gobiernos no controlan muchos de los factores que determinan el destino de la soberanía estatal, en vista de que diferentes variables internacionales limitan la gama de opciones abiertas a un Estado o,

⁴⁹ Seara Vázquez, Modesto, *Hacia el concepto de intersoberanía*, México, Universidad Tecnológica de la Mixteca, 1991, pp. 68 y ss.

⁵⁰ Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *La política comparada ante las grandes pugnas modélicas. Crisis y transformación de los sistemas políticos modernos*, México, FCPS, UNAM, 2010.

en situaciones extremas, son un obstáculo para la puesta en práctica de algunas políticas o decisiones gubernamentales. En este caso, se puede distinguir entre problemas derivados de la cesión de soberanía, de los problemas que se originan de la pérdida de autonomía. En este sentido, las naciones pueden retener el control efectivo y legal sobre los instrumentos destinados a poner en práctica ciertas políticas (soberanía), pero el problema se presenta cuando tales instrumentos han perdido efectividad, de suerte que pueden plantearse los objetivos, pero se carece de medios para alcanzar esas metas (autonomía).

En estas circunstancias, lo que parece decisivo a nuestro entender es la necesidad de mantener la autonomía de decisión, y esta en ocasiones requiere de una cesión voluntaria de soberanía en ciertas áreas, y quizás en forma temporal, pero esa cesión no significa en sí misma y por principio la pérdida de autonomía, sino que en la medida en que la soberanía es entendida como un instrumento de poder nacional puede y debe servir para consolidar y acrecentar la autonomía. Así pues, puede afirmarse que la acepción clásica de soberanía, entendida como indivisible, ilimitada, excluyente y perpetua, está prácticamente extinta. La política mundial, las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneos han demostrado que la soberanía puede ser una arquitectura flexible, parcializable, limitada y con temporalidades. Solo así podrá ser del todo útil para entender y ordenar las nuevas realidades y estructuras que encarna la sociedad global, la nueva soberanía y el derecho internacional globalizado.

VI. REFLEXIONES FINALES

La globalización es un proceso mundial al que ingresamos desde fines de los setenta del siglo XX, que influye determinantemente en el comportamiento actual de las relaciones internacionales, en el sistema jurídico internacional y en la soberanía estatal. Es un fenómeno que se caracteriza por la superación progresiva de las fronteras nacionales en el marco del mercado mundial, en lo que se refiere a las estructuras de producción, circulación y consumo de bienes y servicios, así como por alterar la geografía política, el derecho internacional y las relaciones internacionales, la organización social, los paradigmas de la democracia y la soberanía, las escalas de valores y las configuraciones ideológicas propias de cada país. Es una nueva etapa histórica, gestada históricamente, que por su composición orgánica y estructural eminentemente capitalista no escapa a los ciclos combinados de prosperidad y crisis de la sociedad internacional, y cuyos resultados apenas comienzan a ser vislumbrados y de modo ciertamente insuficiente.

Al enfrentarse con la globalización y con la emergencia de la sociedad global, las ciencias sociales y el derecho internacional son desafíados a repensar su objeto, que es movedizo, dinámico y cambiante. Parece que siempre es el mismo, pero se modifica constantemente; en ocasiones de manera visible, otras de modo imperceptible, dando la apariencia de que permanece, pero siempre se transfigura. Frecuentemente los estudios e interpretaciones extrapolan provincias y naciones, pero el núcleo de la problemática tiende a ser la sociedad o el individuo, a veces uno subsumiendo al otro. Mientras tanto, lo que ha predominado en el devenir del conocimiento social y jurídico son los cuestionamientos sobre la sociedad nacional, el Estado-nación, el proyecto nacional, las condiciones de soberanía, las posibilidades de la hegemonía.

En general, bajo diferentes enfoques teóricos, las ciencias sociales y el derecho han realizado altos estudios e interpretaciones destinados a esclarecer estos dilemas, o algunos de sus aspectos. Empero, ocurre que la sociedad nacional, en sus diferentes significados y connotaciones, se transforma; y, en la medida en la que se verifica la globalización, cuando se desarrolla la sociedad global, en ese contexto la soberanía nacional y el derecho internacional también cambian de figura, tanto empírica como metodológicamente, tanto histórica como teóricamente.

La sociedad contemporánea ha venido asumiendo las consecuencias de la globalización, la cual ha desechado, porque lo percibe obsoleto, el criterio basado en el carácter infranqueable de las fronteras nacionales, en otros tiempos observado por los estudiosos de las ciencias políticas y jurídicas. No es vano reiterar por obvio que durante muchos años la característica básica del Estado ha sido su territorialidad, que hoy ha sido desbordada y modificada en sus raíces, impactando directamente la naturaleza y funcionamiento del derecho internacional. Nuestra disciplina no es ni ha sido ajena a ningún proceso de cambio, y en este sentido, la globalización conlleva que, finalmente, el derecho de gentes ya no sea entendido como un orden jurídico dedicado exclusivamente a establecer y delimitar competencias soberanas.

En el marco de la sociedad global, la soberanía pierde fuerza, porque los Estados deben compartir la tarea de gobernar con organismos internacionales públicos, no gubernamentales, privados y cívicos, a la vez que someterse a un derecho internacional que cobra de manera creciente una real dimensión supranacional y una estatura transnacional. A la vez, hacia adentro, enfrentan nuevas formas de reagrupamiento de la sociedad civil, de participación política, y de construcción y reconstrucción de la ciudadanía. Todo ello impone esfuerzos de redefinición y precisión en torno a los

conceptos de comunidad, soberanía global, Estado global, ciudadanía, de las relaciones entre sociedad civil y Estado. En esta línea, las nuevas posibilidades de convivencia se dan hoy de manera especial en los márgenes de Estados nacionales sometidos a presiones derivadas de lo que Beiner (1995) ha definido como la *dialéctica entre globalismo y localismo*, y se atienden las tendencias simultáneas y contradictorias de integración y recomposición de los Estados.

Desde otra arista, paulatinamente los actores tradicionales de las relaciones internacionales, los Estados-nacionales, son empujados a organizarse alrededor de un “actor” nuevo y diferente: la “comunidad” regional; es decir, son varias las constelaciones de países en los que el Estado-nación aparece subordinado, tal y como está sucediendo en Europa y en el sudeste de Asia. Quienes ven en la globalización un conjunto de variadas y poderosas fuerzas que hacen anacrónico el Estado-nación y químérica a la soberanía, al mismo tiempo que se crean exigencias de ordenamiento jurídico mundial, no dudan en afirmar la insuficiencia del paradigma de las relaciones internacionales que da prioridad al Estado-nación como figura principal, actor de la soberanía. En este ambiente, surgen otros actores, diferentes estructuras de poder, distintas polarizaciones de intereses, nuevas condiciones de convergencia y antagonismos entre Estados soberanos, grupos sociales, clases sociales, movimientos de opinión pública, fundamentalismos, y corrientes de pensamiento, por citar solo algunos parámetros.

Este es el contexto crítico en el que los paradigmas tradicionales del derecho internacional y de las relaciones internacionales comienzan a ser superados, o subordinados por los nuevos. Uno que corresponde a la dinámica de la sociedad nacional, del Estado-nación, en el que sobresale el supuesto de la soberanía. Otro, ligado a la dinámica de la sociedad global, que incluye relaciones, procesos y estructuras de dominación y apropiación peculiares, implica movimientos de integración y antagonismos originales, y hace posible reglas, regímenes, soberanías y hegemonías desconocidos. Con la globalización como proscenio, en derecho internacional y en relaciones internacionales, lo único permanente es el cambio, y la constante, el dinamismo y la complejidad de sus entrelazamientos.

VII. FUENTES DE CONSULTA

ALEXANDER, T., *Fien de Siecle Social Theory*, Londres-Nueva York, Verso Eds., 1995.

AMIN, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI-UNAM, 1997.

ARON, Raymond, *Peace and War: a Theory of International Relations*, Nueva York, Doubleday, 1966.

ARRANZ LARA, Nuria, “Globalización y soberanía”, *México Internacional*, México, año 6, núm. 64, 1991

ARROYO PICHARDO, Graciela y ROMERO CASTILLA, Alfredo (coord.), *Regiones del mundo. Problemas y perspectivas: diálogos para su estudio*, México, FCPS, UNAM, 2002.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “¿La soberanía en crisis?”, *México Internacional*, México, año 5, núm. 57, mayo de 1994.

_____ y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

CARDOSO, E. y FALETO, E., *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1971.

CHALMERS, Douglas, *An End to Foreign Policy: the U.S. and Internationalized Politics*, The Columbia University Press, 1991.

CHAYES, Abram y HANDLER CHAYES, Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

FURTADO, Celso, *El capitalismo global*, México, FCE, 1999.

GIDDENS, Anthony, *The Consequences of Modernity*, California, Stanford University Press, 1990.

HELD, David, “Sovereignty, National Politics and the Global System”, *Political and the Modern State*, Oxford, Polity Press, 1989.

HELLER, Herman, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE-UNAM, 1995.

IANNI, Octavio, *Dialéctica de la dependencia*, México, ERA, 1973.

_____, *La era del globalismo*, México, Siglo XXI, 1990.

_____, *La sociedad global*, México, Siglo XXI, 1998.

_____, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI, 1996.

KAISER, L., “Transnational Relations as a Threat to the Democratic Process”, *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, 1981.

KAPLAN, Marcos, “Impactos jurídicos y políticos de la globalización”, ponencia presentada en el *Seminario Internacional La Globalización y los Sistemas Jurídicos Nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, junio de 1998.

_____, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

KEOHANE, Robert y NYE, Joseph, *Power and Interdependence in World Politics*, Boston, Little Boun and Company, 1977.

LANDER, Edgardo, “Los retos del pensamiento crítico”, *Modernidad y universalismo*, Caracas, Rectorado de la Universidad Central de Venezuela, UNESCO, Nueva Sociedad, 1991.

LAROCHELLE, Gilbert, “Interdependence, Globalization and Fragmentation”, *Globalization and Territorial Identities*, Edited by Mlinar, Gran Bretaña, Avebury, 1992.

MARINI, Ruy Mauro, “Proceso y tendencias de la globalización capitalista”, *La teoría social latinoamericana. Cuestiones contemporáneas*, México, UNAM-El Caballito, 1996.

MCGREW, Anthony, “A Global Society?”, en HALL, Stuart *et al.*, *Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1995.

MAZLICH, Bruce, “An Introduction to Global History”, *Conceptualizing Global History*, Westwiev Press, 1993.

MERLE, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

ROBERTSON, R., “Globality, Global Culture and Images of World Order”, *Social Change and Modernity*, Edited by Hanz Hakerkaf and Neil J. Smelser, University of California Press, 1992.

ROCHA VALENCIA, Alberto, *Configuración política de un nuevo mundo: dimensiones políticas de lo global, lo supraregional, lo posnacional y lo local*, México, UdG, 2003.

ROUSENAU, James, “Turbulence and Sovereignty in World politics: Expalining the Relocation of Legitimacy in the 1990s and Beyond”, *Globalization and Territorial Identities*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

SCHIMITTER, C. Phillippe, “La Comunidad Europea como Forma emergente de dominación política”, *Las transformaciones de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Hacia el concepto de intersoberanía*, México, Universidad Tecnológica de la Mixteca, 1991.

SEPÚLVEDA, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, FCE, México, Derecho-UNAM, 1995.

STOMKA, Piotr, *The Sociology of Social Change*, Londres, Blackwell, Publisher and Co., 1993.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Reestructuración general del nuevo derecho internacional. Perspectivas al siglo XXI*, México, FCPS, UNAM, 1994.

_____, *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*, México, SPDE-CRI-FCPS, UNAM, 2005.

_____, *El derecho internacional penal*, tesis doctoral, México, DEP-FCPS, UNAM, 2003.

_____, *El derecho internacional público y privado a través de los debates teóricos en universidades de México y el extranjero. Antología*, México, FCPS, UNAM, 2005.

_____, *Sistemas políticos comparados. La organización política del Estado y su inserción en las relaciones internacionales*, México, FCPS, UNAM, 2009.

_____, *La política comparada ante las grandes pugnas modélicas. Crisis y transformación de los sistemas políticos modernos*, México, FCPS, UNAM, 2010.

_____, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, FCPS, UNAM, 2011.

VILAS CARLOS, M., “*Participation, Inequality, and the Whereabouts of Democracy*”, en Chalmers, D. et al. (eds.), *The New Politics of Inequality In Latin America*, Oxford University Press.

_____, “Violencia política, legitimidad y fragmentación social”, *Foro Internacional “Violencia y Políticas Públicas en América Latina*, Caracas, CENDES, Universidad Central de Venezuela, 1996.

WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World System*, Nueva York, Academic Press, 1974.

ZABLUDOVSKY, Gina, “Los retos de la sociología frente a la globalización”, “Perspectivas y problemas teóricos de hoy”, *Sociológica*, México, año 7, núm. 20, Universidad Autónoma Metropolitana, 1992.

ZAMITIZ GAMBOA, Héctor, “Las transformaciones del Estado-nación en el mundo de los bloques comerciales: un dilema teórico-práctico”, *Relaciones Internacionales*, México, núm. 63, julio-septiembre de 1994.

EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN DEL SIGLO XXI

Apolo SÁNCHEZ ARTEAGA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El terrorismo en la comunidad internacional*. III. *La barbarie en los medios para cometer terrorismo*. IV. *Las aduanas y el flujo comercial de mercancías reguladas y prohibidas*. V. *Las convenciones internacionales sobre armas químicas y biológicas*. VI. *El Grupo Australia*. VII. *La Organización Mundial de Aduanas*. VIII. *Conclusiones*. IX *Fuentes bibliográficas, hemerográficas y electrónicas*.

I. INTRODUCCIÓN

11 de septiembre de 2011. Amanecer fatídico para el pueblo estadounidense. Las Torres Gemelas de Nueva York, como hasta el día de hoy se le recuerdan, símbolo glorioso de los Estados Unidos de América, por lo menos en el ámbito económico y financiero, se derrumbaron ante los ojos de millones de personas en todo el mundo, que presenciaron en vivo por las cadenas televisivas el instante en que una aeronave comercial se impactaba de lleno contra la segunda torre que aún seguía incólume. Momentos antes, un primer avión se impactó contra una de las Torres Gemelas. El Pentágono, asimismo, fue blanco de los ataques. Estos sucesos provocaron no solamente la muerte de centenares de civiles, sino también una afectación gravísima en la economía del país norteamericano y de otros Estados. El mundo financiero se vio asombrosamente dañado por lo sucedido. A la par de la caída estrepitosa de

* Licenciado en derecho. Especialista en derecho penal y maestro en derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Catedrático en diversas asignaturas correspondientes a la línea de formación de derecho internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Actualmente, profesor de la asignatura sistemas jurídicos contemporáneos.

los mercados bursátiles, se pusieron en duda las medidas de seguridad que hasta ese entonces se habían implementado a nivel internacional en contra del terrorismo. Se supo desde un principio que lo acontecido no era obra de la casualidad, sino que los ataques perpetrados se planearon y se ejecutaron estratégicamente de modo que fueran imperceptibles para los sofisticados sistemas de seguridad existentes en la nación americana.

El terrorismo volvió a hacer de las suyas. Quizá nadie supuso que un acontecimiento de esta naturaleza revolucionara la percepción que se tenía en poca o mucha medida de tan cruel y devastador fenómeno social que afecta a cualquier país. Antes del 11 de septiembre habían ocurrido atentados terroristas en distintas partes, pero sin duda ninguno había causado tanto revuelo internacional como este, ni tampoco había captado la atención de las autoridades gubernamentales para tratar de frenar el terrorismo, ya no se diga erradicarlo, que sería un auténtico triunfo. El terrorismo internacional lesiona la seguridad y la paz de las naciones y sus habitantes; empero, por otra parte, pone de manifiesto la enorme ineeficacia de los gobiernos en su lucha constante para combatirlo. A pesar de los esfuerzos y de las medidas tomadas mediante acuerdos, convenios o protocolos, los Estados se han visto superados por la delincuencia organizada, que a diario da muestras inequívocas de nuevos y más terriblez ataques contra la humanidad y contra los propósitos y principios que persigue la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945, vigente después de 63 años de su proclamación.

Es un hecho que lo sucedido el 11 de septiembre es una señal emergente que debe considerarse en serio. Las medidas preventivas internacionalmente adoptadas por los Estados hasta la fecha no han sido eficaces, lo que evidencia que deben tomarse medidas de otro tipo para evitar en la mayor posibilidad la comisión de futuros ataques terroristas. No debe —aunque la realidad es cruda al demostrar lo contrario— soslayarse que el comercio internacional juega un papel muy importante en el flujo de bienes propicios para los terroristas en sus atentados. Es posible que los instrumentos utilizados para los actos terroristas se internen a un determinado país presuntamente como mercaderías legales, por desatención de las autoridades aduaneras o por medios ilícitos. De lo anterior se colige que debe existir un ordenamiento universal que contemple políticas, tácticas y lineamientos comerciales que eviten el flujo ilegal de mercancías dañinas para el hombre y para la sociedad, en pro de la incansable lucha contra el terrorismo.

Las naciones deben comprometerse entre sí, unirse y conscientizarse para adoptar y aplicar un ordenamiento ecumene acorde con la realidad y con las experiencias adquiridas de hechos terroristas pasados. Para esto debe tomarse en cuenta la importancia de la Organización Mundial de

Aduanas como único organismo internacional que agrupa a más de un centenar de administraciones de aduanas de diferentes partes del mundo, cuando más que de los ordenamientos que existen para prevenir el terrorismo se atisba que emanan de organizaciones con objetivos y fines disimilares. Baste recordar que por minuto se introducen y se extraen millones de mercancías por las aduanas de los países, que probablemente en una de esas operaciones comerciales se trafiquen mercancías aptas para la ejecución de atentados terroristas, como armamentos prohibidos, drogas y estupefacientes, contaminantes, sustancias tóxicas o agentes de bioterrorismo.

II. EL TERRORISMO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Sin mayores complicaciones y con palabras de fácil entendimiento, se define al terrorismo como “Dominación por el terror. || Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”.¹ A su vez, “terror” significa “Miedo, espanto, pavor”.² El terrorismo internacional es el empleo o uso de la violencia para lograr determinados objetivos políticos, sociales o económicos en las relaciones internacionales.³ Para Ricardo de la Luz Félix, el terrorismo es “Violencia premeditada y con fines políticos, sociales o religiosos, con el ánimo de infundir temor, dirigida contra objetivos civiles por agentes de minorías nacionales, internacionales o clandestinos”.⁴ Por su parte, Loretta Ortiz Ahlf arguye que “En sentido amplio, se entiende por terrorismo cualquier acto o amenaza de violencia cometido por un individuo o grupo contra personas, organizaciones, lugares, sistemas de transporte y comunicación internacionalmente protegidos, con la intención de causar daños o muerte y con el objeto de forzar a un Estado a asumir determinadas medidas u otorgar determinadas concesiones”.⁵ El terrorismo es, lejos de cualquier tapuzo, pasión y atracción por el terror; implica violencia desmedida, que estriba en la ejecución premeditada de acciones salvajemente dirigidas a la sociedad por razones diversas, con el propósito firme de atemorizarla para causarle pavor pánico, y así obtener una ventaja.

¹ *Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española*, Barcelona, Ramón Sopena, 1981, p. 950.

² *Idem.*

³ Gomez-Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge (coords.), *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 326.

⁴ Felix Tapia, Ricardo de la Luz, *Estrategias contra el terrorismo internacional*, México, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2005, p. 4.

⁵ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford, 2006, p. 605.

El terrorismo es de antiquísima raigambre. Existe desde tiempos inmemorables. Sin embargo, este fenómeno ha despertado la atención de la humanidad en los últimos años debido a la proliferación de un mayor número de actos terroristas en el mundo. El terrorismo nació al interior de los Estados como un medio empleado en movimientos colonialistas, independentistas o revolucionarios. Al principio, el terrorismo constituyó una cuestión de seguridad nacional, pero no fue traspasando fronteras hasta convertirse en un asunto internacional con efectos de ingente dimensión. Alrededor del globo terráqueo existen redes, bandas o células terroristas que actúan ante la impotencia del hombre y la condescendencia de los gobiernos. Esto en nada sorprende. Lo que sí es verdaderamente alarmante es escuchar en los noticieros o leer en libros, periódicos o revistas el brote de nuevos atentados terroristas, el uso cada vez mayor de violencia y, sobre todo, el uso de modernos mecanismos con los que actúan los grupos terroristas para cometer sus fechorías. Las secuelas del terrorismo son devastadoras, dramáticas y costosas.

III. LA BARBARIE EN LOS MEDIOS PARA COMETER TERRORISMO

El fin que persigue el terrorista es variado. Para alcanzarlo, aterroriza a la comunidad que se ve convertida en la ruta más cómoda y factible para alcanzar tan nefasto anhelo. La violencia desplegada por los terroristas es el arma mortal que destruye a la humanidad, el detonante que lastima y quebranta la paz y la seguridad de las poblaciones, la que menoscaba los valores y los derechos fundamentales que cualquier ser humano requiere para una sana convivencia social. Muchas son las formas en que el terrorista actúa violentamente. Antes se utilizaban los típicos coches-bomba, las cartas-bomba o los hombres-suicida con dinamita atada a sus cuerpos. Estas técnicas, que en su oportunidad fueron cotidianas, en nuestros días se encuentran hasta cierto punto en desuso, y han pasado a formar parte de la historia negra del terrorismo.

Los Estados se encargan en su interior, y en pleno respeto a su soberanía como entes de derecho internacional, de la tipificación y sanción del terrorismo. Los Estados tipifican en sus códigos o en sus leyes punitivas la figura del terrorismo de acuerdo con su estructura judicial, sin que exista al día de hoy un ordenamiento universal que contenga una definición consensuada de qué es el terrorismo. Mucho menos existe un tribunal, una corte o un organismo homólogo con facultades expresas que castigue al autor de

conductas terroristas. Las duras y amargas experiencias que deja el terrorismo internacional provocan que el legislador de cada Estado se vea en la necesidad imperiosa de incluir en los códigos o leyes penales los mecanismos o medios capaces de producir daño a las personas, y de los que el terrorista se vale para sus ataques. La tipificación varía de nación a nación, según se trate de un país capitalista o socialista; americano, europeo o asiático; desarrollado o subdesarrollado. Sirven de ilustre muestra la República de Cuba y los Estados Unidos Mexicanos. Los códigos penales de estos países aducen lo siguiente:

Ley 62 (Código Penal del 27 de diciembre de 1987 de la República de Cuba)⁶

ARTICULO 106. El que, con el fin de afectar la seguridad del Estado, fabrique, facilite, venda, transporte, remita, introduzca en el país o tenga en su poder, en cualquier forma o lugar, materias, sustancias o instrumentos inflamables, explosivos, asfixiantes, tóxicos, o agentes químicos o biológicos, o cualquier otro elemento de cuya combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, o cualquier otra sustancia similar o artefacto adecuado para producir consecuencias de la naturaleza de las descritas en los artículos 104 y 105, incurre en sanción de privación a la libertad de diez a veinte años o muerte.

Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos⁷

Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o pre-sionar a la autoridad para que tome una determinación.

La misma sanción se impondrá al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, en apoyo de personas u organizaciones que operen o cometan actos terroristas en el territorio nacional.

⁶ *Código Penal de la República de Cuba*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1996, p. 63. Información corroborada en la página electrónica <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/cu/cpcuba3.htm#19> (fecha y hora local de consulta: 10 de agosto del 2008, 18:32 hrs.)

⁷ *Código Penal Federal*, 4a. ed., México, Sista, 2008, p. 60.

Se sabe que en la actualidad las células terroristas emplean agentes químicos o biológicos, materiales radiactivos o cualquier otro medio violento para producir temor, terror o alarma entre la población. Es innegable que cada uno de nosotros recordemos un caso en particular donde el terrorista se haya hecho valer de medios poco comunes, pero de efectos demoledores. Viene a la mente lo sucedido en 2001, en Estados Unidos de América, cuando por el servicio postal fue enviada la bacteria que produce la terrible enfermedad del ántrax, lo que produjo la muerte de algunas personas. O el atentado con gas sarín que sufrieron los japoneses en el metro de Tokio el 20 de marzo de 1995. El derrumbe del World Trade Center, ya comentado, no escapa del acedo recuerdo, acaecido en 2001.

Los nuevos medios o mecanismos usados por los terroristas deben acapear la preocupación de la comunidad internacional y de las administraciones de aduanas de los Estados, ya que es a través de las aduanas que en ocasiones se da el tráfico ilegal de mercancías dañinas para el hombre, las que se extraen de un país para introducirlas a otro con el designio de ponerlas al servicio del terrorismo. Existe la internación prohibida a un Estado de sustancias químicas o de agentes biológicos capaces de segar la vida humana, pese a la existencia de ordenamientos internacionales que luchan por prevenir su tráfico, como es el caso de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción.

IV. LAS ADUANAS Y EL FLUJO COMERCIAL DE MERCANCÍAS REGULADAS Y PROHIBIDAS

El comercio exterior constituye la plataforma de la que se sirven los Estados para el logro de su crecimiento económico. Merced a la competencia comercial internacional, está convertido en un factor que favorece el desarrollo de los pueblos al mover y fortalecer las economías nacionales e internacionales. Consiste, pues, el comercio exterior o internacional, en la circulación o flujo de mercancías de un país a otro. Se dice, con sobrada razón, que “La introducción de productos extranjeros a un país y la salida de éstos a otros países, integran lo que se denomina comercio exterior”.⁸ El libre intercambio de mercancías forma parte de la política comercial de los

⁸ Mercado H., Salvador, *Comercio internacional II*, 7a. ed., México, Limusa Noriega Editores, 2007, p. 26.

Estados que conforman la comunidad internacional, la que se consolida con las importaciones y exportaciones de productos y servicios que se llevan a cabo a través de las aduanas. En esta tesitura, “El comercio exterior en la actualidad juega un papel de primera magnitud en el desarrollo económico de los países, siendo de vital importancia para la supervivencia de la humanidad”.⁹

Básicamente, una aduana es la autoridad del gobierno que vigila el flujo de bienes hacia y desde un país, y para cobrar los impuestos con los que el país grava las importaciones y las exportaciones.¹⁰ Las aduanas son, para Pedro Trejo,¹¹ instituciones de comercio exterior que se encargan de la facilitación del comercio exterior y de recaudar las contribuciones correspondientes, así como de la fiscalización y verificación física y documental de las mercancías que entran y salen del territorio nacional, de vigilar el cumplimiento de las regulaciones y restricciones no arancelarias y de la prevención y aplicación de sanciones por las infracciones que se cometan, utilizando equipo y tecnología de punta. Esta es la definición que el autor aporta sobre qué debe entenderse por “aduana moderna”. Entonces, las aduanas son los lugares debidamente autorizados y habilitados por los gobiernos de los países para supervisar la entrada y la salida de las mercancías de su territorio nacional, el embarque o desembarque de pasajeros y la revisión de sus equipajes. El rol que desempeñan las aduanas como órganos de vigilancia en el flujo comercial de mercancías es digno de encomio.

Las economías de los países se integran por el comercio internacional, el cual se erige como el toral objetivo de toda política comercial. Luego, resulta innegable la vinculación que entrelaza al comercio exterior con las aduanas del mundo. No obstante que el comercio exterior consista en el intercambio de mercancías, servicios y tecnologías, comprende también el cruce de personas por las fronteras de los Estados aun cuando a los hombres no se les considere mercaderías. El hombre no es motivo de transacciones comerciales, pero al entrar a otro país o incluso al reingresar al suyo cuando sale de él es sujeto de revisión por parte de las aduanas. Hoy, las aduanas están revestidas de un valor incalculable. Además de ser instituciones fiscalizadoras y recaudadoras de impuestos, cuyas sendas funciones dejaron de ser las principales, han adquirido una nueva función social: salvaguardar la seguridad nacional. Vivimos un periodo de transición fruto de la globalización

⁹ Carvajal Contreras, Máximo, *Derecho aduanero*, 14a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 50.

¹⁰ Hinkelmann, Edward G., *Diccionario de Comercio Internacional*, México, Compañía Editorial Continental, 2004, p. 83.

¹¹ Trejo Vargas, Pedro, *El sistema aduanero de México*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2003, pp. 117 y 123.

mundial, en donde las aduanas perciben y desarrollan el flujo comercial de forma distinta a la de antaño. La apertura al libre comercio trae como resultado que las aduanas acojan otra postura con relación al intercambio de productos.

Obedece lo anterior a la existencia de importaciones y exportaciones de mercancías que se les cataloga como reguladas o prohibidas, según se trate. En el mercado coexisten mercancías deletéreas, tóxicas o mortales, que tienen un tratamiento comercial distinto de aquellas que no dañan al hombre. Los Estados regulan con gravámenes y requisitos no arancelarios la entrada a su territorio de mercancías o sustancias que su tráfico se acepta internacionalmente, al presumirse que su internación jamás se realizaría con pretensiones de destrucción masiva; es decir, hay mercancías que su entrada a los países es permisible y regulada estrictamente, porque en condiciones honestas y pacíficas los productos se destinan para el servicio y beneficio del hombre, y no para causarle un mal, si bien por normatividad se les clasifique como peligrosas. El anexo 23, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo del 2008, relativo a las Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior para 2008, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2008, provee una prolífica lista de mercancías peligrosas o que requieren instalaciones y/o equipos especiales para su muestreo. Se incluyen en esta categoría, por mencionar algunas, el gas de hulla y el gas natural, el propano y los butanos, los arsénicos, los ácidos arsénicos y amoniacos anhidros, el oxirano, las pólvoras sin humo o negra, los cordones detonadores y cianuros, las dinamitas gelatina y las mechas de seguridad para minas con núcleo de pólvora negra, así como los artículos para fuegos artificiales, etcétera.¹²

Paralelo a ello, existen en el mercado negro mercancías que por su mera esencia resultan perjudiciales para la sociedad. Entonces, se habla así de mercancías que los países procuran evitar su entrada a toda costa. De autorizarse su introducción, esta acarrearía males mayores. Su circulación en nada es libre; por el contrario, se halla prohibida. Por ejemplo, virus, bacterias, parásitos, hongos, microorganismos o toxinas que llegan a causar infecciones, epidemias, enfermedades y hasta la muerte. Este tipo de mercancías no participan en los procesos productivos de bienes que el hombre pueda consumir o usar en su provecho, a diferencia de las mercancías peligrosas, que sí se manejan en las industrias para la fabricación de otros productos al servicio humano.

¹² *Compendio de disposiciones sobre comercio exterior 2008*, 47a. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2008, pp. 215-218.

Se justifica el que las aduanas se modernicen y vean por la seguridad de los hombres, sin pasar por alto las funciones originarias. El objetivo de las aduanas es tajante: “Impedir la operación de importación y exportación (la entrada o salida) cuando se trate de mercancías prohibidas o cuyos requisitos especiales no se hayan cumplido”.¹³ Nace la nueva función de las aduanas para combatir al terrorismo que aqueja a los países globalizados. Esta función antiterrorista radica en una lucha global para evitar los actos que atentan contra los pueblos.¹⁴ Realizar la vigilancia en materia de sanidad, migración y seguridad nacional son funciones que persiguen las aduanas en los puertos y puntos de entrada de mercancías, en razón del desarrollo del comercio exterior y de las normas aduaneras, por lo que esta función adquiere preponderancia.¹⁵

V. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE ARMAS QUÍMICAS Y BIOLÓGICAS

Los artefactos de destrucción masiva, como se les conoce coloquialmente a las armas químicas, biológicas y nucleares, son de reciente creación en comparación con las convencionales. Las armas de destrucción masiva surgieron en el siglo pasado durante el proceso de los conflictos armados suscitados en distintas zonas del mundo; florecieron por su ciclópeo poder bélico y para provocar el flagelo del hombre. Tuvieron mayor auge las armas químicas en la Primera Guerra Mundial con la utilización de gases venenosos asfixiantes. El rechazo a las armas de destrucción en masa tardó poco en hacer eco en la esfera internacional, en virtud de que sus secuelas perniciosas contaminan el medio ambiente y dañan la salud humana.

La necesidad de contar con un ordenamiento jurídico de alcance universal que regule y vigile la extensa variedad de sustancias químicas de gran impacto, capaz de frenar la propagación de esta clase de armas y restringir su entrada y salida de los países o su paso por los territorios extranjeros, produjo que un grupo de Estados preocupados por el bienestar de la humanidad decidieran unirse para que por medio de la cooperación internacional se busque pacíficamente el desarme químico. Parecía complicado y poco factible llegar a un acuerdo unánime para clasificar las sustancias químicas destructivas y controlar con seguridad la comercialización ilegal de estas y

¹³ Mercado H., Salvador, *op. cit.*, nota 8, p. 207.

¹⁴ Reyes Díaz-Leal, Eduardo, *El despacho aduanal*, México, Bufete Internacional de Inter-cambio, 2003, pp. 6 y 8.

¹⁵ Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Diccionario de Derecho Fiscal y Financiero*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 27 y 28.

su eje logístico. Sin embargo, el uso de armas químicas en la guerra entre Estados Unidos de América y Vietnam en 1960, la presión de los pueblos y la graduación del problema que representa para los gobiernos la proliferación *in crescendo* de las sustancias químicas aplicadas como armas bélicas o terroristas, obligaron a los gobiernos a buscar soluciones a esos fenómenos. Los esfuerzos rindieron loable fruto al declararse la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (conocida como Convención de Armas Químicas, por sus siglas CAQ).

Reunidos en París, Francia, el 13 de enero de 1992, los representantes de los países partícipes en la ceremonia de firma de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción,¹⁶ ratificaron su compromiso de aniquilar la producción, posesión y transferencia de armas químicas, impiadiendo su uso en tiempos de paz como de guerra en franco respeto a la seguridad internacional que protege la Carta de las Naciones Unidas. México forma parte de la Convención a partir del 29 de agosto de 19994, fecha en que lo ratificó el Senado de la República como prueba inequívoca del empeño de las naciones por alcanzar el desarme internacional.

El compromiso adquirido por los Estados signatarios de la Convención sobre Armas Químicas es la de no desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar, emplear ni transferirse armas químicas, ya sea de modo directo o indirecto para fines prohibidos; por ende, la Convención enumera en sus anexos las sustancias químicas que son verdaderamente propensas a convertirse en armamento utilizable en episodios terroristas, tales como las mostazas de azufre y legistas, las mostazas de nitrógeno, la saxitoxina y la ricina, los cloros sarín y somán, el amitón y el fosgeno, el cianuro de hidrógeno y la cloropicrina, y otras. Por otro lado, para no obstaculizar el desarrollo económico e industrial de los países, esta Convención admite que cada Estado tiene el derecho de emplear sustancias químicas y sus precursores para fines no prohibidos; es decir, en actividades industriales, agrícolas, médicas, farmacéuticas y de investigación, así como para finalidades relacionadas con la protección contra sustancias químicas tóxicas y contra armas químicas y militares no relacionada con el uso de armas químicas, y que no dependen de las propiedades tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra, en razón de que estas acciones no causan un perjuicio a la humanidad, y sí por el contrario, facilitan el bienestar social.

¹⁶ Disponible en la página electrónica http://www.presidencia.gub.uy/_web/ddhh/armasquimicas.htm (fecha y hora local de consulta: 10 de agosto del 2008, 20:59 hrs.)

Acorde con los principios y normas de derecho internacional y sin menosabar el derecho del hombre de vivir libre de violencia terrorista, la Convención sobre Armas Químicas asiente el comercio exterior de sustancias químicas de doble uso, siempre y cuando se reserven para fines pacíficas (fines no prohibidos), vetando su importación y exportación con planes de destrucción en masa (fines prohibidos). Sobremanera importa dejar en claro que de este ordenamiento de carácter vinculatorio se palpa que los Estados deben esforzarse al máximo para impedir la entrada y salida o el tránsito ilícitos por sus territorios de sustancias químicas tóxicas con fines prohibidos que pudieran servir como armas para los terroristas. Resulta irrefutable que los países están obligados a contar con una infraestructura aduanera idónea que fiscalice estrictamente su circulación. Con esta Convención se patentiza que falta mucho por hacer en materia de seguridad internacional, pues es un hecho que las aduanas presentan deficiencias en los controles fronterizos al no detectar y mitigar del todo el comercio de estas sustancias.

Ansiando alcanzar la plenitud los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados, siguiendo la numen que propició la eclosión de la Convención sobre Armas Químicas, suscribieron la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción,¹⁷ el 10 de abril de 1972, en las ciudades de Washington, Londres y Moscú, bienquisto en corto como Convención sobre Armas Biológicas (CAB). Esta Convención vinculadota se opone a que los Estados desarrollem, produzcan, almacenen, adquieran o retengan agentes microbianos y biológicos o toxinas cuando no sea con fines de protección, profilácticos u otros pacíficos. Reconoce que la cooperación internacional que se da con el sano intercambio o adquisición de vectores bacteriológicos y toxinas entre Estados para fines pacíficos fortalece entre ellos el desarrollo económico y tecnológico, el cual no se puede obstaculizar bajo premisa alguna.

VI. EL GRUPO AUSTRALIA

Inició en 1980 la guerra Irán-Iraq, cuando las tropas iraquíes invadieron el territorio de Irán con motivo de la revolución islámica iraní. La lucha armada vio su fin en 1988 con el cese al fuego. Durante la guerra, el jefe de Estado y de Gobierno de Iraq, Saddam Hussein, recibió a guisa de apoyo armas químicas y biológicas de patrias como Estados Unidos de América,

¹⁷ Disponible en la página electrónica <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM6Y> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 12:45 hrs.)

Reino Unido, Francia, Arabia Saudita y Egipto. Iraq empleó estas armas químicas contra la aldea kurda de Halabia en 1988. Mortífero y escalofriante corolario: 5,000 víctimas.¹⁸ Tras la hostilidad irano-iraquí, se descubrió el uso noto de armas químicas, lo que causó alerta en varios países, por la amenaza real de propagación de esta clase de armas, pues se comprobó también que clandestinamente industrias químicas extranjeras abastecieron a Iraq de materiales químicos y biológicos para la fabricación de artefactos mortales.

En 1984, como respuesta a lo acontecido en Irán por el manejo de armas químicas, los gobiernos de una minoría de Estados, sin conseguir las metas anheladas hasta ese momento, adoptaron medidas para regular la exportación de sustancias químicas utilizables en la producción de armas químicas. Esto impulsó a Australia a pugnar, en abril de 1985, para que los países que habían regulado las exportaciones se reunieran otra vez para examinar las posibilidades de armonizar las medidas acogidas individualmente y promover la cooperación entre ellos. Así es como se fundó el Grupo Australia (GA) a iniciativa de este país oceánico. La primera ocasión que sesionó fue en junio de 1985.¹⁹

El Grupo Australia ha establecido una normativa ex profeso de exportaciones, para que las mercancías sujetas al régimen aduanero no sean destinadas a producir convenciones sobre Armas Químicas y Biológicas. No tiene como misión trabar o entorpecer el comercio legal de sustancias permitidas con miras pacíficas; solo procura garantizar que las medidas reguladoras que se consensen dentro del Grupo, relativas a las exportaciones de patógenos vegetales y animales y de sustancias químicas, sean implementadas en el plano aduanero nacional. Este Grupo se caracteriza porque es un vacío acuerdo informal dentro del campo del derecho internacional, en el que los Estados miembros no contraen obligaciones jurídicamente vinculantes.²⁰ El Grupo Australia sesiona como foro, pero lo que ahí se acuer-

¹⁸ *Guía Mundial Almanaque Anual 2005*, Bogotá, Editora Cinco Cultural, p. 381.

¹⁹ Disponible en la página electrónica <http://www.australiagroup.net/es/origenes.html> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 14:42 hrs.). *Cfr.* La página electrónica: <http://www.australiagroup.net/es/miembros.html> (fecha y hora local de consulta: 19 de octubre del 2008, 21:31 horas). El Grupo Australia se integra por Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, República Checa, República de Chipre, Comisión Europea, República de Corea, Croacia, Dinamarca, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza, República de Turquía y Ucrania.

²⁰ Disponible en la página electrónica <http://www.australiagroup.net/es/introducción.html> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 21:28 hrs.).

de obliga moralmente a las partes que conforman el Grupo, gracias a la promesa internacional de preservar la seguridad de sus gobernados. Para exportar, los países afiliados al Grupo Australia requieren una autorización previa. Esta autorización es una licencia que controla la exportación de materiales que pudieran convertirse en armas químicas o biológicas. Para expedir la licencia de exportación, el Grupo Australia considera las directrices para la transferencia de productos químicos o biológicos sensibles y otras disposiciones aplicables.

La lista de control de agentes biológicos que prohíbe exportar el Grupo Australia se clasifica en virus (del dengue, de Ébola, de la viruela, de la viruela del mono, de la fiebre amarilla, de la encefalitis japonesa, del bosque de Kyasanur, de Powassan, de Rocío, de la encefalitis de San Luis, etcétera); rickettsias (*Coxiella burnetii*, *Bartonella quintana*, *Rickettsia prowazekii* y *Rickettsia rickettsii*); bacterias (*Bacillus anthracis*, *Brucilla abortus*, *Brucilla suis*, *Francisella tularensis*, *Salmonella typhi*, *Vibrio cholerae*, *Yersinia pestis*, etcétera); toxinas (cotoxina, ricina, toxina shiga, verotoxina, aflatoxinas, toxina colérica, etcétera) y hongos (*Coccidioides immitis* y *Coccidioides posadasii*). Aparte, la lista de control incluye virus, hongos y bacterias de agentes patógenos vegetales y patógenos animales que no deben ser objeto de exportación por razones de seguridad nacional. Entre los patógenos vegetales se encuentran los virus *tymovirus* latente andino de la patata y viroide del tubérculo fusiforme de la patata, los hongos de *Puccinia graminis* y *Puccinia striiformis* y las bacterias de *Xanthomonas campestris* *pv. citri* y *Xanthomonas alibilineans*. Con relación a los patógenos animales, se hallan los virus de la peste porcina africana, de la fiebre aftosa, de la rabia, de la viruela ovina y de la peste equina y las bacterias *Mycoplasma mycoides* y *Mycoplasma capricolum*, entre otros.²¹

VII. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS

Hacia 1947, trece naciones que integraban el Comité para la Cooperación Económica Europea resolvieron formar un Grupo de Estudio que evaluara el establecimiento de una o más uniones aduaneras con un arancel externo común, apoyándose en los principios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). En este tenor, en 1948, el grupo de Estudio creó dos Comités: el Económico y el de Asuntos Aduaneros. El

²¹ Disponible en las páginas electrónicas http://www.australiagroup.net/es/control_list_bio_agents.html (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 22:10 hrs.); http://www.australiagroups.net/es/control_list_plants.html (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 22:48 hrs.); http://australiagroups.net/es/control_list_animal.html (fecha y hora local de consulta: 19 de agosto del 2008, 8:52 hrs.)

Comité Económico simboliza el antecedente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), mientras que el Comité Aduanero, el del Consejo de Cooperación Aduanera.²² La colaboración en la esfera aduanera, cada vez más demandada por los Estados, combinado con la finalidad de reunir en un solo organismo a las administraciones de aduanas de los países que desearan consolidar sus sistemas aduaneros, encaminado todo aquello a la consecución de una uniformidad en la técnica aduanera. Teniendo como marco la disposición de un pequeño grupo de países del continente europeo, el proyecto se concretizó al formalizarse el Consejo de Cooperación Aduanera.

El Consejo de Cooperación Aduanera nació por convenio del 15 de diciembre de 1950, y entró en vigor el 4 de noviembre de 1952. La primera vez que sesionó fue el 26 de enero de 1953, con un pleno de hasta ese entonces de 17 miembros²³ (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza y Turquía). Este Consejo es, conforme al derecho internacional, una organización internacional que actúa con el carácter de intergubernamental bajo un esquema de trabajo bien definido: “Su misión es mejorar la eficacia de las administraciones aduaneras del mundo. Su objetivo es el de mejorar y armonizar el funcionamiento de los sistemas aduaneros con miras a facilitar el desarrollo del comercio continental; el desarrollo de los estándares aduaneros mundiales; la administración de riesgo, la promoción de la integridad y la modernización aduanera”.²⁴

En asamblea celebrada en junio de 1994, la Comisión de Política acordó establecer como nombre informal del Consejo de Cooperación Aduanera el de Organización Mundial de Aduanas (OMA), porque con este nombre se pueden comprender sus funciones, sin condición y sin objeto, con una mayor facilidad. El cambio es informal, y aplica para efectos de trabajo, pero en nada modifica el Convenio que crea el Consejo; por tanto, el nombre oficial que se sigue manteniendo es el de Consejo de Cooperación Aduanera.²⁵ Popularizada como “Organización Mundial de Aduanas”, la OMA es un organismo internacional que gestiona cuestiones aduaneras, y que tiene personalidad jurídica propia, en la que participan los funcionarios de las aduanas de más de 160 países representantes de los cinco continentes. Sus

²² Trejo Vargas, Pedro, *op. cit.*, nota 11, p. 221.

²³ Carvajal Contreras, Máximo, *op. cit.*, nota 9, p. 210.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, p. 209.

idiomas oficiales son el inglés y el francés (el español apenas se está usando en las mesas de trabajo de algunos comités). Su sede se sita en Bruselas, Bélgica.

En el entendido de que para fortalecer el comercio internacional y hacerlo más competitivo se hace menester la cooperación de los gobiernos de los países interesados en ello, los Estados trataron de concretizar las funciones que perseguiría el Consejo de Cooperación Aduanera para armonizar la técnica aduanera, promover la facilitación y dinámica del comercio mundial, evitar riesgos en la logística comercial y lograr que las importaciones y exportaciones sean seguras en beneficio de los Estados y sus pobladores. Las funciones asignadas a este Consejo las contiene el Convenio que creó al Consejo de Cooperación Aduanera. Las funciones del Consejo son las que establece el Convenio que crea el Consejo de Cooperación Aduanera,²⁶ firmado en Bruselas, Bélgica, el 15 de diciembre de 1950. Un par de ellas son las que se ven implicadas en asuntos generales del Consejo, son funciones amplias concernientes a la técnica y la cooperación en el área sustantiva aduanera. El consejo estudia cualquier tópico de cooperación aduanera que promuevan los Estados contratantes conforme a los propósitos del Convenio y examina los aspectos técnicos y los sistemas aduanales, para proponer medidas prácticas que aseguren la armonía y uniformidad requeridas para el buen funcionamiento de los procedimientos aduaneros de los países.

El propósito preferente del Consejo de Cooperación Aduanera como organismo técnico internacional, es lograr la seguridad del comercio global y de la humanidad. Busca que la cadena comercial sea transparente y predecible. Lucha por eliminar los factores que dañan al comercio internacional. Aspira a eliminar los fraudes aduaneros y los contrabandos fiscales. Anhela frenar el terrorismo de las transacciones comerciales. Radica en todo esto el quid de la cooperación internacional, que es competencia única de las aduanas de los países; por lo tanto, si de terrorismo se trata, los Estados, por conducto del Consejo, plantean mecanismos e intercambian información y experiencias para consolidar la asistencia mutua, haciéndole frente a los grupos terroristas con acuerdos que reduzcan las importaciones y exportaciones de mercancías susceptibles de emplearse por esos grupos e implementando dispositivos de seguridad en los cruces fronterizos.

El siglo XXI es la centuria que enmarca los pasos hacia la modernidad, la época que se constituye en el parteaguas del comercio mundial y la seguridad. En el seno de la Organización Mundial de Aduanas, el 23 de junio de 2005, por unanimidad, los países miembros adoptaron el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el comercio global (en adelante Marco Normati-

²⁶ *Ibidem*, pp. 213 y ss.

vo) documento internacional único y el más seguro que existe actualmente en el terreno del comercio internacional. Cimentando en la instauración de mecanismos de seguridad que faciliten el comercio global y fortalezcan las fronteras de los países, el Marco Normativo prorrumppe para asegurar la cadena logística comercial frente a las amenazas terroristas, el crimen organizado y los delitos afines.

Como isagoge, el Marco Normativo²⁷ reconoce que el sistema de comercio global es susceptible de ser utilizado para fines terroristas, lo que en un momento podría dañar catastróficamente la economía mundial. Por ello, con este instrumento se da un primer paso para preparar a las aduanas para los desafíos que se presentan en el siglo XXI. Convencidos de la necesaria cooperación entre Estados para abatir el terrorismo, con este Marco Normativo los miembros de la Organización Mundial de Aduanas tratan de asegurar y facilitar el comercio global con una serie de principios y normas idóneos que rijan el actuar de las administraciones de aduanas de los países que acepten esta iniciativa, cuando más que las aduanas desempeñan un rol pertinente de seguridad nacional.

Entre los objetivos y principios del Marco Normativo sobresalen el que establece normas que garanticen la seguridad logística y que faciliten el comercio, para así aumentar la certidumbre y la predictibilidad; el de ampliar el papel, las funciones y capacidades de las aduanas para hacerle frente a los retos y aprovechar las oportunidades que brinda el siglo presente, y el de reforzar la cooperación entre las administraciones de aduanas para el mejoramiento de sus capacidades que permitan la dirección de envíos de alto riesgo (asistencia informativa y tecnológica mutual). Estos objetivos y principios han sido planteados para facilitar el flujo internacional de mercancías y frenar el movimiento del comercio ilegítimo, con el fin de propiciar una atmósfera de seguridad tanto para el empresario que importa o exporta como para la comunidad receptora de los bienes. El Marco Normativo impone que cada país que lo acoja se comprometa a utilizar un enfoque coherente de análisis de riesgo para abordar cuestiones que tengan nexo con la seguridad. Estipula que bajo condiciones fundadas de detección de riesgo, el país destino de las mercancías puede solicitarle a la aduana de despacho de donde saldrán los bienes, que realice una inspección a los contenedores y a la carga para evitar inseguridades, con el uso de la tecnología de los rayos X y de los rayos gamma y detectores de radiación. Precisa, por si fuera poco, las

²⁷ Documento en español traducido del texto original de la Organización Mundial de Aduanas, publicado en inglés y francés, siendo estos últimos dos textos las versiones oficiales que maneja la organización.

ventajas que adquieren de las aduanas de los que participan en las transacciones de comercio exterior por satisfacer al máximo las normas mínimas relativas a la seguridad de la cadena logística transfronteriza.

La seguridad hemisférica es, para la Organización Mundial de Aduanas, asunto de primerísima línea, que debe conseguirse con la colaboración entre aduanas y aduanas-empresas, lo que garantizaría al menos en el papel la seguridad en el entorno internacional. Incorpora el Marco Normativo algunas novedades, que repercuten directamente en mejoras para las aduanas del mundo. Estas novedades hacen que las aduanas satisfagan sus funciones a plenitud, ya que el Marco Normativo ofrece una mayor seguridad contra el terrorismo global y otras prácticas de delincuencia transnacional, al dotarlas de una capacidad técnica que les permita detectar y manejar envíos de cargas de alto riesgo. Así, el Marco Normativo promueve la protección social de los países y sus aduanas.

El Marco Normativo es tenaz promotor de la circulación de mercancías sin obstáculos por medio de cadenas logísticas internacionales seguras. Para lograrlo, recalca la importancia del intercambio de información electrónicamente oportuna entre las administraciones de aduanas sobre las mercancías de importación o exportación, para que en caso de ser necesario se impida su entrada o salida, además de que es competencia preferencial de las aduanas como autoridades gubernamentales que son, inspeccionar las cargas de mercancías que entran o salen del país o circulan dentro de él. En esta tesitura, la administración de aduanas del país de importación está facultada para solicitarle a la administración de aduanas del país de exportación que realice una inspección justificada en su nombre a las mercancías objeto de transacción comercial, siempre y cuando existan bases fundadas que determinen que esas mercancías son prohibidas o que puedan utilizarse en un ataque terrorista, orientado todo esto al ejercicio del control de la cadena logística global y el aseguramiento del comercio internacional. Por nada debe ponerse en jaque que este Marco Normativo anhela establecer un conjunto de normas de carácter universal con las que se pueda determinar la predictibilidad de maniobras terroristas.

Insta, con preponderante ahínco, el Marco Normativo, a que las administraciones de aduanas trabajen conjuntamente con otros organismos competentes, para hacer evaluaciones relacionadas con la seguridad de la circulación legítima de mercancías en la cadena logística internacional, con objeto de valorar la fiabilidad de la cadena comercial con atención al ingreso a puerto de las mercaderías. Las instituciones aduaneras, con este Marco Normativo, deben reducir con inteligencia estratégica el riesgo del flujo de mercancías prohibidas, punto crucial este para calificar a los países

como territorios aduaneros seguros, pero sobre todo, en beneficio de la humanidad.

Es una realidad que el Marco Normativo ofrece ventajas tangibles para las partes involucradas en los procesos comerciales trasnacionales (importadores, exportadores, transportistas, intermediarios y más), inclusive para las aduanas. Es dable el proyecto que persigue el Marco Normativo, pues es un artífice focalizado en su máxima amplitud al comercio exterior como herramienta preventiva de alercados terroristas. Encauza su esfuerzo a la lucha contra el terrorismo a través de un plan de trabajo preciso, apoyado en la cooperación multilateral entre las administraciones de aduanas y estas con el sector privado (empresas). Es un modelo de asistencia y participación en el tablero comercial. Divisa con tristeza al comercio exterior como ruta ilegal de tráfico de bienes infestos utilizables por los actores terroristas como armas de destrucción; por tanto, pretende hacer de la cadena logística comercial una vía segura por donde circulen únicamente mercancías que no lesionen al hombre y al medio ambiente. Sin embargo, lo anterior aún no se logra, y es por demás claro que falta mucho por hacer.

La causa de que el Marco Normativo no sea el día de hoy un rotundo éxito y, de que en cierta forma la cadena logística comercial no sea tan segura y se vea todavía amenazada por el terrorismo, se debe a que no es aplicado por la totalidad de los miembros de la Organización Mundial de Aduanas. Se adoptó el fasto 23 de junio de 2005, por el voto de las 166 administraciones de aduanas, que representaban en aquel tiempo a la Organización Mundial de Aduanas. La mayoría de las administraciones de aduanas de los países han manifestado su voluntad de aplicarlo; lamentablemente, son pocos los países que lo aplican, y algunos otros han dejado de pronunciarse al respecto. La aplicación del Marco Normativo no comprende a toda la comunidad aduanera, se adoptó por unanimidad, pero se aplica por el mínimo de naciones. El meollo del asunto es la inaplicabilidad en que incurren los gobiernos de los países. El abandono en que se encuentra este magnífico proyecto de seguridad es notorio.

Admitiendo que el Marco Normativo es un efectivo facilitador del comercio legal de mercancías, y que sirve para reforzar la seguridad de la cadena logística internacional, en el entendido de que el comercio internacional es vulnerable, y que por conducto de su logística se filtra el terrorismo y el crimen transfronterizo, y convencido de la colaboración que debe existir entre las administraciones de aduanas y las empresas, el Consejo de Cooperación Aduanera decidió, mediante una resolución oficial, adoptar el Marco Normativo. Bajo estos argumentos explanados, el Consejo de Cooperación Aduanera promueve que las administraciones de aduanas se presten la asis-

tencia técnica requerida para llevar por buen camino el Marco Normativo. Insiste, también, en su pronta aplicación de acuerdo con la capacidad administrativa y legislativa de cada país miembro, en la que reine la integridad y la capacitación de las aduanas.

Mucho depende la implementación del Marco Normativo del aparato gubernamental y de la infraestructura aduanera con la que cada país cuenta en su interior. La infraestructura aduanera de un país de primer mundo es superior en todos los aspectos a la de una nación subdesarrollada. El subdesarrollo conlleva un retraso en los avances de cualquier actividad nacional, pero esto no significa que deba entorpecer la aplicación del Marco Normativo si de seguridad nacional se trata. La seguridad es la base del porvenir de las naciones y el acicate de la paz entre las colectividades. Es, la seguridad, para el derecho internacional, uno de los propósitos primordiales, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Falta de unidad entre los Estados y la paupérrima infraestructura de algunos países del planeta, parecieran ser dos motivos ubérrimos que influyen para que determinadas administraciones de aduanas no hayan implementado hasta el momento el marco normativo. Cabe preguntarse: ¿en solitario puede resolverse el problema del terrorismo?

Sabio es el pensamiento del historiador contemporáneo, Paul Kennedy,²⁸ quien opina que acaso ni siquiera colectivamente seamos capaces de resolver el problema del terrorismo internacional, pero lo que sí es seguro es que ningún país, por muy poderoso que sea, lo podrá hacer en solitario, ya que es un problema que debe abordarse con medios internacionales. Ninguna sociedad, prosigue, está libre de sufrir ataques brutales; por lo mismo, exige el terrorismo internacional acciones internacionales, siendo factible reducir las actividades terroristas, lo que debería ser un objetivo para los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, por supuesto, cooperando.

Un problema geopolítico presente es la nula participación de los Estados para hacerle frente a la inseguridad que se vive en el plano internacional, fruto de la globalización que oferta el siglo XXI. Urge que los gobiernos de los países hagan conciencia del mal que aqueja al mundo moderno, e impulsen y apliquen universalmente el Marco Normativo, pues el combate al terrorismo es prácticamente de todos, ya que casi nadie escapa a tan espinosa tarea. Lo que está en juego es la tranquilidad de la comunidad internacional. No es suficiente con haber adoptado el Marco Normativo. El paso decisivo se dará cuando los países lo pongan en práctica. Lamentablemente,

²⁸ Kennedy, Paul, *El parlamento de la humanidad*, México, Debate, 2008, pp. 310 y 311.

el Consejo de Cooperación Aduanera otorga la facilidad o libertad a los Estados de aplicar el Marco Normativo lo más pronto posible, dependiendo de su capacidad administrativa y legislativa. Incurre en un craso error el Consejo con esta superficial decisión. La aplicación del Marco Normativo en todos los países miembros de la Organización Mundial de Aduanas debe darse ya, bajo la pena de sufrir descalabros, que más adelante podrían provocar lamentos y muertes

A pesar de la falta de una disposición expresa por parte de la Organización Mundial de Aduanas que obligue a los Estados miembros a implementar con prontitud, sin excepción, el Marco Normativo, Alejandro Otero hace notar, respecto del papel de la Organización Mundial de Aduanas, que “En su Plan Estratégico para los años 2006-2007 y 2008-2009, la OMA promoverá una serie de convenios, instrumentos y mejores prácticas aceptadas internacionalmente a fin de armonizar y simplificar los procedimientos y sistemas aduaneros”.²⁹ Se comprueba que la Organización Mundial de Aduanas sigue trabajando con un esquema protagónico de impulsor de sistemas aduaneros seguros y confiables en la medida de su competencia. “En su posición como organismo intergubernamental independiente, reúne sus esfuerzos en generar iniciativas en los ámbitos de facilitación del comercio, recaudación de impuestos, protección de las comunidades y seguridad nacional”.³⁰ En contrapartida, el Consejo cuenta con poder suficiente para decidir sobre la obligatoriedad de sus resoluciones, facultad que le es concedida por la voluntad manifiesta de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. Si de modo unánime los Estados decidieron adoptar el Marco Normativo, el Consejo debió haber resuelto que los Estados deben aplicarlo lo antes posible, independientemente de cualquier deficiencia o situación que pudiera impedirlo. Al acordar la adopción del Marco Normativo, los gobiernos de los Estados sabían que adquirían el compromiso de implementarlo en su territorio, y que la voluntad expresa de hacerlo se debía a que su legislación y su sistema aduanero se lo permitían, tanto que de lo contrario el Estado impedido por cualquier causa no hubiera aceptado la adopción del Marco Normativo.

La resolución del Consejo de Cooperación Aduanera, luego de que determina la adopción del Marco Normativo, pareciera que su expresión de que las partes “deberían aplicarlo lo antes posible” se redujera a una recomendación, más que a una decisión con carácter obligatorio. Respecto de lo

²⁹ Otero O., Alejandro, “Facilitación comercial, el rol de la OMA”, *Eje del Comercio Exterior Aduanas*, México, año 7, núm. 3, mayo-junio de 2008, p. 45.

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

anterior, el Consejo pasa por desapercibido que aunque el Marco Normativo no es *stricto sensu* un tratado, existe una adopción definitiva, que en modo alguno obliga a las partes a cumplirlo de buena fe. Es cuestión de conciencia, responsabilidad y lealtad, que se adquiere al haber aceptado la adopción del Marco Normativo; es decir, la obligación es de tipo moral, lo que sobrelleva el cumplimiento razonable con el compromiso celebrado. En el elemento moral concurre la convicción de actuar conforme a lo pactado; por eso mismo, cobra fuste la *opinio iuris sive necessitatis*, la que tendría que prevalecer por su importancia, ya que se caracteriza por la conciencia que debe tener todo Estado para proceder como si estuviera obligado jurídicamente.

Una muestra épica del porqué de la aplicación ampliamente del Marco Normativo lo es México. Al igual que los Estados Unidos Mexicanos, es palpable que existan otros países que presenten las mismas características aduaneras, o incluso peores. A México, políticamente no le quedó otra alternativa que abrir su frontera comercial y participar del libre intercambio de bienes, merced al fenómeno irreversible de la globalización. Este hecho forzó un sinfín de cambios en la función de las aduanas mexicanas con ocasión del gran volumen de importaciones y exportaciones causadas. Para resolver la situación, México puso en marcha diversos filtros para cumplir con su función de proteger la seguridad nacional. El control de flujo de mercancías provocó la implementación de un padrón de importadores, el nombramiento oficial de los agentes aduanales, la limitación de poder introducir cualquier mercancía por todas las aduanas y el semáforo fiscal (mecanismo de selección automatizado). Con estas acciones, las aduanas mexicanas intentan controlar las mercancías, pero además lo hacen con rayos X y con rayos gamma, con básculas, con reportes de trasportistas, con cámaras de circuito cerrado y con la restricción de entrada y salida de personas. Acaso no pueda hablarse de resultados positivos, porque con la implementación del semáforo fiscal se consintió la revisión del menos del 10% de los embarques, en un inicio aleatoriamente, y ahora de modo planeado, por conducto de un esquema automatizado.³¹

El retraso que presenta el sistema aduanero mexicano no es de leyes ni de reglamentos, sino más bien operante. La parte operativa, que es la columna vertebral de las aduanas, reposa en la credibilidad moral que la propia autoridad les concede a los importadores y exportadores con el despacho inmediato de sus mercancías a fin de no entorpecer la logística comercial y cumplir con los parámetros que impone el comercio internacional. El éxito o fracaso de los sistemas aduaneros se debe a la conciencia de cada

³¹ Reyes Díaz-Leal, Eduardo, *op. cit.*, nota 14, pp. 6, 11 y 12.

importador o exportador de introducir o extraer del país solamente mercancías permisibles y declararlas documentalmente. Los que participan en la cadena comercial deben proteger al país y cumplir con el mecanismo es flexible, al poner poco interés en los embarques, debido a un déficit notable que presenta en su estructura funcional. El efecto global hace que las aduanas en México simplifiquen la complejidad del despacho aduanero de las mercancías, motivo por el que a nivel nacional los reconocimientos aduaneros se hayan reducido en un 89% o 90%, practicándose de acuerdo con el semáforo fiscal el 10% u 11% del total de los embarques de importación (véase nota 32).

El 11 de junio del 2008, ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, reconoció la incapacidad de las aduanas del país para supervisar las mercancías que entran a los Estados Unidos Mexicanos, y así frenar el contrabando, sea de armas o de cualquier otro producto prohibido. En su comparecencia, el administrador general de Aduanas expresó:³²

En ocasiones, por la dinámica que tenemos, por el volumen de transacciones que tenemos revisamos aproximadamente entre el 10 y 11 por ciento de las operaciones y puede ser que en alguna ocasión nos engañen. Entonces, realizamos operativos junto con algunas otras áreas de la propia Administración Tributaria para controlar lo que hubiera podido haber pasado por este mecanismo...

No podemos detener todas las mercancías cuando las muestramos en la Aduana, porque no nos alcanzarían los patios y pararíamos el comercio del país, por lo que tenemos que tomar en ocasiones la decisión de tomar la muestra y dejar salir la mercancía.

El titular de la dependencia, además, explicó que se revisa el 10% de los contenedores por falta de espacio físico para realizar dicha actividad, y que se reforzará la seguridad de las aduanas con rayos X y con perros entrenados ex profeso para la detección de armas, drogas y productos ilegales.³³ Allí mismo, en San Lázaro, el administrador general de Aduanas declaró: “Cruzamos datos sobre la procedencia de las mercancías, quiénes son los importadores, qué tipo de comportamiento tienen, su historia fiscal y recurrímos a bases de datos del extranjero. Además, utilizamos información que proporcionan otras agencias de aduanas”.³⁴ De las declaraciones se conclu-

³² Pacheco, Roberto José, “Aduanas sólo supervisa 10% de importaciones”, *Excélsior*, México, 12 de junio del 2008, selección Nacional, p. 14.

³³ *Idem*.

³⁴ Pérez Silva, Ciro y Garduño, Roberto, “Aduanas: sólo se revisa 10% de contenedores que ingresan al país”, *La Jornada*, México, 12 de junio del 2008, sección Política, p. 10.

ye que la autoridad aduanera carece de la capacidad técnica para frenar el contrabando, y justifica su inoperancia en la falta de infraestructura. Basa, México, el funcionamiento de sus aduanas en la confianza que el gobierno les tiene a los importadores y exportadores de que las operaciones comerciales que realizan son legales. Nuestro país incumple, en modo alguno, el rol de las aduanas, y no enfrenta como debiera ser las vicisitudes del siglo XXI, tanto que en una de esas importaciones pudieron filtrarse a territorio nacional mercancías con fines terroristas.

El Marco Normativo oferta seguridad contra el terrorismo que quiera hacer del comercio exterior un mecanismo facilitador; seguridad para evitar el transporte internacional de mercancías y sustancias ilegales, y seguridad para prevenir el tráfico de mercancías provenientes del mercado negro. Indiscutiblemente, el Marco Normativo resulta ser la herramienta elemental que cumplimenta y ayuda al crecimiento de las aduanas, ya que promueve el desarrollo económico de los países; por eso, como refiere Alejandro Otero:³⁵

Las Administraciones Aduaneras del mundo entero encaran importantes desafíos por la naturaleza de su entorno y su posición en el comercio internacional, que es uno de los principales motores para promover las inversiones y el crecimiento económico. Por estas razones, las Aduanas han tomado mayor conciencia de los elementos externos que hacen más complejo el panorama del comercio mundial, incluidas iniciativas para intensificar las liberación del comercio, reglas comerciales, la multiplicación de acuerdos comerciales regionales, la vulnerabilidad de la cadena logística, el terrorismo internacional, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el fraude fiscal y los controladores en las fronteras.

Instrumentos como el Marco Normativo hacen que prospere la función confiada a las aduanas de suministrar seguridad nacional, ahora y en el futuro. Para cumplir con ello, las administraciones de aduanas de los países tendrán que aplicar el Marco Normativo instantáneamente, ajustando sus legislaciones a las normas y prácticas contenidas en el Marco. La globalización demanda que la facilitación comercial que en recientes años las aduanas han concedido para ir paulatinamente eliminado las barreras al comercio exterior, como es la simplificación de los procedimientos de revisión de mercaderías, no produzca una disminución en la lucha antiterrorista. Muy por encima de otros ordenamientos internacionales que combaten y previenen el terrorismo internacional, está el Marco Normativo.

³⁵ Otero O., Alejandro, *op. cit.*, nota 29, p. 42.

En la actualidad existen 19 convenios universales o regionales en vigor relativos al terrorismo internacional.³⁶ Protegen actos ilícitos que se pudieran cometer en aeronaves o en embarcaciones marítimas, contra agentes diplomáticos, toma de rehenes o plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, así como la financiación del terrorismo y la marcación de explosivos plásticos para fines de detención, firmados por diferentes organizaciones internacionales (Asamblea General de las Naciones Unidas, Liga Árabe de Estados, Organización Mundial de Aduanas (OMA) referido a la prevención del terrorismo desde un ángulo aduanero. El Marco Normativo es el cuerpo de disposiciones aduaneras único en su género, creado y destinado a prevenir el terrorismo con principios y normas de carácter aduanal, auspiciado por el único organismo del escenario internacional especializado en el ramo, cuya vocación es contribuir a la seguridad transfronteriza. La paz hemisférica es el supremo valor que debe ser protegido sin subterfugios por los países, en consonancia con los principios y con las pautas del derecho internacional y de los derechos humanos.

Agilizar y poner en marcha el Marco Normativo para brindar seguridad global está en manos de las administraciones de aduanas de los Estados. El problema de la inseguridad internacional, a mansalva, se soluciona con la aplicación rigurosa del Marco Normativo. He aquí que la decisión consciente y ética de aplicarlo corresponde a las autoridades gubernamentales que conforman el mundo contemporáneo.

El terrorismo, en sus formas tradicionales y nuevas, con sus técnicas clásicas y sofisticadas, está destinado a desarrollarse en todo el mundo; por eso hay que considerarlo dentro de un marco estratégico mundial. Una nueva geopolítica de la guerra y de la paz surge en este inicio del siglo XXI. El orden internacional ha cambiado, y el terrorismo constituye una nueva amenaza contra el hombre.³⁷ El marco Normativo es el hito que pinta el contraste entre prevenir o lamentar, dos paradojas de siempre. Roguemos por que las autoridades gubernamentales se inclinen por prevención y nos eviten lamentar la muerte de las personas pudieran ser víctimas de próximos ataques terroristas.

VIII. CONCLUSIONES

La perspectiva que se tenía del terrorismo cambió por completo en los atentados del 11 de septiembre 2001. A partir de ese día la seguridad

³⁶ Félix Tapia, Ricardo de la Luz, *op. cit.*, nota 4, pp. 89 y 90.

³⁷ Gérè, François, *La nueva geopolítica ¿es posible la paz?*, México, Larousse, 2005, pp. 8 y 101.

internacional se ha visto mermada y en constante peligro, pues se teme que en cualquier momento ocurra un nuevo ataque. Ya no es el terrorismo una cuestión geopolítica nacional, ahora el problema engloba el panorama mundial. Por eso los gobiernos de los países destinan una parte de sus agendas políticas para tratar el tema con suma preocupación, al percatarse de que los mecanismos de protección antiterrorista implementados hasta hoy resultan superfluos. Para el terrorista las barreras no existen; hace uso de cualquier medio para altercar, piratea aeronaves y embarcaciones marítimas, ataca aeropuertos y agentes diplomáticos, toma rehenes; en fin, hace de todos los caminos una ruta viable para sus perversidades, incluyendo el comercio exterior. Mediante transacciones comerciales, el terrorista extrae de un país e introduce en otro, mercancías clasificadas internacionalmente como prohibidas, que usa como armas para infundir terror en la sociedad.

En virtud de que el acervo de convenciones internacionales relativas a la prevención, represión, castigo y eliminación del terrorismo se deduce que no existe alguno en materia aduanera que regule la introducción, la extracción, y el tránsito de mercancías utilizables en atentados terroristas, resulta muy importante el Marco Normativo. Este Marco Normativo tiene que aplicarse por los Estados miembros de dicho organismo intergubernamental, por conducto en sus administraciones de aduanas, ya que enuncia principios, normas y técnicas aduaneras reservadas a la lucha contra el terrorismo, y hace de la cadena logística comercial un mecanismo seguro para las partes que participan en ella, lo que lo convierte en un instrumento único en su género y armónico con la realidad que se vive en la centuria presente.

La aplicación del Marco Normativo en los países que los adoptan en el seno de la Organización Mundial de Aduanas debe darse ya sin pretextos. La conciencia de los gobiernos, su responsabilidad ante los gobernados y la moral, forman la base de valores que da la pauta para exigir su implementación inmediata; en consecuencia, cuando los Estados lo apliquen en sus territorios; por tanto, los Estados con su aplicación estarán contribuyendo al fortalecimiento de la seguridad hemisférica y a la consecución de la paz, consolidando invariablemente al derecho internacional. La prioridad del Marco Normativo es hacer del mundo un lugar seguro; en consecuencia, se le debe considerar con sensatez si no se desea continuar con lamentaciones en vano.

IX. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, HEMEROGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografía*

CARVAJAL CONTRERAS, Máximo, *Derecho aduanero*, 14 ed., México, Porrúa, 2007.

FÉLIX TAPIA, Ricardo de la Luz, *Estrategias contra el terrorismo internacional*, México Porrúa- Instituto de Internacional del Derecho y el Estado, 2005.

GÉRÉ, François, *La nueva geopolítica, ¿Es posible la paz?*, México, Larousse, 2005.

Guía Mundial Almanaque Anual, Bogotá, Editora Cinco Cultural.

KENNEDY, Paul, *El parlamento de la humanidad*, México, Debate, 2008.

MERCADO H., Salvador, *Comercio Internacional II*, 7a. ed., México, Limusa Noriega Editores, 2007.

OTRTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford, 2006.

REYES DÍAZ-LEAL, Eduardo, *El despacho aduanal*, México, Bufete Internacional de Intercambio, 2003.

TREJO VARGAS, Pedro, *El sistema aduanero de México*, México, SHCP, 2003.

2. *Hemerografía*

OTERO O., Alejandro, “Facilitación comercial el rol de la OMA”, *Eje del Comercio Exterior Aduanas*, México, núm. 3, año 7, mayo-junio de 2008.

PACHECO, Roberto José, “Aduanas solo supervisa el 10% de importaciones”, *Excélsior*, México, 12 de junio del 2008, sección Política, p. 14.

PÉREZ SILVA, Ciro y GARDUÑO, Roberto, “Aduanas: solo se revisa 10% de contenedores que ingresan al país”, *La Jornada*, México, 12 de junio del 2008, sección Política, p. 10.

3. *Apartado de diccionarios*

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso y WITKER, Jorge (coords.), *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2001.

HINKELMAN, Edward G., *Diccionario de Comercio Internacional*, México, Compañía Editorial Continental, 2004.

Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, Barcelona, Ramón Sopena, 1981.

RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Diccionario de Derecho Fiscal y Financiero*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

4. *Legislación*

Código Penal de la Republica de Cuba, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1996.

Código Penal Federal, 4a. ed., México, Sista, 2008.

Compendio de Disposiciones sobre Comercio Exterior 2008, 47a. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2008.

5. *Fuentes electrónicas*

Université de Fribourg

<http://unifr.ch/ddp1/drechopenal/legislacion/cu/cpcuna3.htm#19> (fecha y hora local de consulta: 10 de agosto del 2008, 18:32 hrs.)

Presidencia Republica Oriental de Uruguay:

http://www.presidencia.gub.uy/_web/ddhh/armasquimicas.htm (fecha y hora local de consulta: 10 de agosto del 2008, 20:59 hrs.)

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitesspa0.nsf/html/5TDM6Y> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 12:45 hrs.)

The Australian Group (Grupo Australia)

<http://www.australiagroup.net/es/origenes.html> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 14:42 hrs.)

<http://www.australiagroup.net/es/mimiembros.html> (fecha y hora local de consulta: 19 de octubre del 2008, 21:31 hrs.)

<http://www.australiagroup.net/es/introduccion.html> (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 21:28 hrs.)

http://www.australiagroup.net/es/control_list_bio_agents.html (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 22.10 hrs.)

http://www.australiagroup.net/es/control_lis_plants.html (fecha y hora local de consulta: 17 de agosto del 2008, 22:48 hrs.)

http://www.australiagroup.net/es/control_list_animal.html (fecha y hora local de consulta: 19 de agosto del 2008, 8:52 hrs.)

GLOBALIZACIÓN Y SOBERANÍA ¿DESAPARICIÓN DEL ESTADO-NACIÓN?

Roxana de Jesús ÁVALOS VÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Soberanía*. III. *Globalización*. IV. *Soberanía y globalización ¿desaparición del Estado-nación?* V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Con el inicio del siglo XXI y el surgimiento de un nuevo orden internacional se pusieron en duda conceptos generados desde la Paz de Westfalia, tales como el de soberanía y de Estado-nación. Estos tuvieron su clímax al concluir la Segunda Guerra Mundial con la firma de la Carta de San Francisco y su inclusión como principios rectores, no solo de la Organización de las Naciones Unidas, sino de la comunidad internacional en su conjunto; pero la rápida evolución de la sociedad internacional desde la conclusión de la gran guerra al día de hoy, así como el nacimiento y la proliferación de una serie de organizaciones internacionales, algunas de ellas con la capacidad de imponer un tipo de políticas a los Estados, y la participación en el escenario mundial de las empresas transnacionales y de las organizaciones no gubernamentales, han hecho que se piense en tales conceptos como obsoletos, más aún cuando se les vincula con el fenómeno de la globalización.

Estado-nación, soberanía y globalización son términos que aunque están francamente interrelacionados, en apariencia son incompatibles, y pareciera que el último de ellos fuera capaz de acabar con los dos primeros; cuando al fin y al cabo surge gracias a aquellos, por lo que consideramos que no son irreconciliables, y sí uno dependiente del otro.

* Doctora en derecho internacional por la Facultad de Derecho de la UNAM; profesora en las asignaturas de derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho de los tratados y derecho comparado en la FES Acatlán y en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Por otra parte, al tratar la soberanía revisaremos su contenido y sus características desde el punto de vista jurídico, y no político. Este último resulta realmente difícil de acotar, puesto que normalmente se encuentra en el discurso de los jefes de Estado y en la contienda interna entre partidos políticos, cuando desean manipular a la población a efecto de dirigirlos a ciertos objetivos. A veces es utilizado como un término vacío, carente de sentido, o para dar un efecto dramático o nacionalista que lleve a la oposición respecto de las políticas económicas estatales.

Desde la perspectiva jurídica, veremos su alcance y cuáles son las competencias y poderes que comprende, por lo cual el Estado-nación, en el ejercicio de facultades soberanas y el capitalismo salvaje, como lo denominan algunos, han hecho surgir el fenómeno de la globalización.

De igual forma, haremos referencia al fenómeno de la globalización, señalando los elementos que lo distinguen, la forma en que se manifiesta, y que ha llevado a algunos de los estudiosos de la materia a determinar que el Estado como ente jurídico-político puede llegar a desparecer, por la cesión o disminución de sus facultades en favor de entes externos.

Finalmente, en el último apartado analizaremos si realmente el Estado puede llegar a desparecer si la soberanía como elemento esencial del mismo, para ser considerado un sujeto pleno del derecho internacional, puede cambiar de naturaleza, con la influencia del fenómeno globalizador.

II. LA SOBERANÍA

Definir a la soberanía al día de hoy parece resultar algo complicado: “Sovereignty is the most glittering and controversial notion in the history, doctrine and practice of public international law”.¹

Se le considera un elemento esencial con el que todo Estado debe contar para ser tratado como un sujeto de la comunidad internacional. Desde sus diversas perspectivas, como la del derecho internacional, la de la teoría del Estado, o la del derecho constitucional, el concepto de soberanía puede variar; sin embargo, en el fondo es una misma cosa vista desde lentes diferentes.

Cabe recordar que el Estado moderno surgió después de la Edad Media, y que este periodo se caracterizó por las relaciones de vasallaje, cuya cúspide temporal era el emperador, coronado por el papa, y de quien reci-

¹ Fox, Gregory H. *et al.*, “Sovereignty: Essential, Variegated, or Irrelevant?”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, 2005, p. 387.

bían su autoridad todos los demás poderes temporales del Imperio Romano. No obstante, y a consecuencia de la crisis del Imperio, se empezaron a conformar distintos reinos, principados y repúblicas independientes, que no reconocieron autoridad superior alguna.

Fue el francés Juan Bodino el que lo denominaría como *summa potestas*, aunque bajo el entendido de que ese poder soberano estaba vinculado por el derecho divino, natural y de gentes.² Ciertamente, pareciera existir un consenso a este respecto; pero hay autores que sostienen que si bien es cierto que el concepto nace en el siglo XVII, como consecuencia del fenómeno económico y político de la época, no es hasta el siglo XIX cuando surge el concepto moderno de soberanía.³

Esta es una visión eurocentrista de la soberanía, pues de acuerdo con algunos estudiosos, en esta perspectiva no se ha tomado en cuenta el hecho de que, fundamentalmente, en Asia y en el Medio Oriente, también se estaba desarrollando un fenómeno similar, y que inventos e instituciones que se consideraron de origen europeo tuvieron su génesis en China y en el Medio Oriente, y fueron llevados al continente por los comerciantes, principalmente italianos.⁴

Vattel fue quien desarrolló el concepto de soberanía estatal, asociándolo a los términos de gobierno propio e independencia, con lo que llegó al concepto moderno del Estado soberano como una “comunidad que se gobierna plenamente a sí misma, o sea, como comunidad independiente”, pero independiente a un ordenamiento jurídico estatal extraño, no con respecto a las normas de la moral y del derecho internacional positivo.⁵

Por su parte, Hermann Heller establece que

En el siglo XIX principió el proceso de descomposición del concepto de soberanía, consecuencia de algunos movimientos ideológicos cuyos orígenes se encuentran en el siglo mismo en que vivió Bodino. En nuestros días, el concepto de soberanía, para expresar con brevedad el conjunto de causas y los resultados de este proceso de degeneración, carece de sujeto titular y, en consecuencia, de soporte y de patria.⁶

² Verdross, Alfred, *Derecho internacional*, 6a. ed., Madrid, Aguilar, 1982, p. 9. Véase también Heller, Hermann, *La soberanía*, 2a., México, UNAM-FCE, 1995, pp. 83 y ss.

³ Hobson, John M., “Provincializing Westphalia: The Eastern origins of sovereignty”, *International Politics* (2009) 46, 671–690. doi:10.1057/ip.2009.22.

⁴ *Ibidem*, pp. 679 y ss.

⁵ Verdross, A., *op. cit.*, p. 10.

⁶ Heller, H., *op. cit.*, p. 85.

De ahí concluye que el hombre moderno, a diferencia del hombre medieval, prefirió someterse al poder no influenciable e impersonal de la ley, antes que al poder de una persona.⁷

En el siglo XX, el concepto de soberanía gozó, por lo menos teóricamente hablando, del mejor lugar que se le podía otorgar, desde el momento en que una vez concluida la Segunda Guerra Mundial y con la creación de la Organización de las Naciones Unidas a través del Tratado de San Francisco, se estableció el artículo 2,1, como uno de los principios rectores de la organización: la igualdad soberana de todos sus miembros.

Según Brownlie, desde un punto de vista jurídico la soberanía y la igualdad de los Estados representa la doctrina constitucional básica del derecho de las naciones, el cual gobierna una comunidad conformada básicamente por Estados, los que cuentan con una personalidad jurídica uniforme.⁸

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que a partir de 1945 hubo una proliferación no solo de organizaciones internacionales con personalidad jurídica independiente de los propios Estados,⁹ sino de otros actores internacionales, como las empresas transnacionales y las organizaciones no gubernamentales, cuya actuación ha ido mermando las competencias estatales, aunque con el consentimiento de los mismos Estados.

Ahora bien, cabe preguntarse qué es la soberanía en los albores del siglo XXI y si está a punto de desaparecer, obligada por el fenómeno de la globalización, como afirman algunos.

La soberanía es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el derecho internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados; siendo una de sus manifestaciones más importantes la capacidad de aquellos para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional.¹⁰

Los internacionalistas han considerado a la soberanía como un sinónimo de independencia, que es inherente a la condición de Estado;¹¹ como el “concepto que expresa ausencia de toda subordinación”,¹² o bien como un

⁷ *Idem.*

⁸ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4a ed., Nueva York, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 287.

⁹ Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. www.icj-cij.org.

¹⁰ Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 75.

¹¹ Brownlie, *op. cit.*, p. 78.

¹² Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1998, p. 48.

concepto cuyo alcance jurídico está contenido en los principios de igualdad soberana de los Estados y el de no intervención en sus asuntos internos.¹³

Así, los iuspublicistas, en mayor o menor medida, coinciden en determinar que la soberanía comprende tres aspectos: el interno, el externo y el territorial.¹⁴ Los principios que van inmersos en cada uno de esos aspectos son:

Aspecto interno:

- Derecho o competencia exclusiva para determinar el carácter de sus propias instituciones.
- Supremacía al interior.

Aspecto externo:

- Independencia, como el hecho de que el gobierno no esté realmente subordinado a ningún otro poder exterior o interior y que, consiguientemente, el gobierno mismo se ejerza en nombre propio, y no en delegación o en representación del otro.¹⁵
- Igualdad soberana de los Estados; no una igualdad física, sino jurídica.
- Deber de no intervenir en los asuntos que son de la exclusiva jurisdicción de otros Estados.
- La dependencia a las obligaciones surgidas del derecho consuetudinario y de los tratados, con el consentimiento del deudor.

Aspecto territorial:

- Jurisdicción exclusiva sobre su territorio y sobre su población.

Acerca del principio de no intervención, Victoria Tin-bor Hui sostiene que aunque el concepto de soberanía nació con la Paz de Westfalia, este no incluía el principio de no intervención. Explica que a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX la intervención, la conquista y el colonialismo fueron el denominador común a todas las potencias europeas, y no fue hasta el siglo XX, con la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento de

¹³ Mariño Menéndez, Fernando M, *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 1993, p. 80.

¹⁴ Sorensen, Max Ed, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 264.

¹⁵ Mariño, M., *op. cit.*, p. 81.

la ONU, cuando surgieron los principios de no intervención, de integridad territorial y de descolonización, como consecuencia del concepto de soberanía.¹⁶

Por su parte, Mariño Menéndez, al hablar del aspecto jurídico de la soberanía, señala que los rasgos o caracteres esenciales que comprende son plenos y exclusivos. Por plenos se entiende que son completos; es decir, que el Estado tiene la capacidad jurídica más amplia posible en el derecho internacional, por lo que puede realizar todos los actos jurídicos internacionales y es destinatario de todas las normas del derecho internacional general. Mientras que en la exclusividad, el Estado es el único que puede ejercitálos a nombre propio, sin que otro lo pueda sustituir de manera lícita, salvo que medie el consentimiento de aquél.¹⁷

Mariño Menéndez agrega que los poderes de la soberanía se ejercen de manera inmediata sobre todos los elementos del Estado, y en especial sobre la población estatal. En lo que se refiere a su enumeración, “el núcleo central de los derechos ‘inherentes a la plena soberanía’ [...], está sin duda constituido por los relativos a la exigencia del respeto efectivo de la plena integridad territorial y de la independencia política del Estado”.¹⁸

Además de lo anterior y a nivel externo, hay ciertas capacidades del Estado que constituyen verdaderos atributos de la personalidad estatal y son inherentes a la plena soberanía, tales como la participación estatal en la creación de normas internacionales, el derecho de concluir acuerdos internacionales, el derecho de legación activa y pasiva, el derecho a exigir de otros la responsabilidad internacional por violación de obligaciones internacionales y la capacidad de participar en procedimientos de solución de controversias en plano de igualdad con otros sujetos del derecho internacional. A nivel interno, comprende la capacidad del Estado para dictar y ejecutar normas jurídicas internas; es decir, su jurisdicción.¹⁹

Brad Roth afirma que la soberanía comprende tres supuestos: a) un Estado solo puede ser obligado en la medida en que externa su consentimiento; b) las obligaciones estatales, creadas por el Estado como parte de una entidad corporativa, tienen efectos legales dentro del Estado solo en la extensión que el derecho interno las ha incorporado, y c) la inviolabilidad de la integridad territorial del Estado y su independencia política, contra la

¹⁶ Tin-bor Hui, Victoria *et al.*, “Sovereignty and the State in Asia: The Challenges of the emerging international order”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting, 2005*, ABI/INFORM Global, pp. 413 y s.

¹⁷ Mariño M., *op. cit.*, p. 83.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 84.

amenaza o el uso de la fuerza, o la coerción política o económica, resiste incluso a la violación estatal de las normas jurídicas internacionales.²⁰

Estas son las características que comprende el concepto de soberanía; que da la idea de un poder, quizás no tan absoluto, del Estado, pero del cual no puede desprenderse, bajo la pena de no ser considerado como tal; sin embargo, y como observaremos más adelante, la participación en la esfera internacional de otros actores internacionales ha ido mermando parte de ese poder sin restárselo del todo.

Finalmente, Cassece explica que el Estado soberano no es “libre”; muchas reglas internacionales lo limitan, no solo convencionales, sino también consuetudinarias, y agrega que “They are the natural legal consequence of the obligation to respect the sovereignty of other States”.²¹

En consecuencia, la soberanía no es un término absoluto, sino que se encuentra limitada por la existencia de otros Estados soberanos, de actores internacionales y por las normas creadas por los mismos en el marco de sus atribuciones a nivel internacional.

III. GLOBALIZACIÓN

Kaplan afirma que el término “globalización” surge en la década de los ochenta entre científicos sociales, ideólogos, periodistas, políticos, gobernantes, administradores, dirigentes corporativos y representantes de grupos de interés y de presión. No obstante, la popularización del término va acompañada de una gran variedad de contenidos y significados, atribuidos, imprecisos y contradictorios, por la falta del modelo teórico que permita confrontar las diferentes manifestaciones e interpretaciones.²²

Ciertamente, al día de hoy escuchamos hablar de la globalización en los diversos ámbitos de actuación, no solo del Estado, sino del ser humano. Así, se habla de una globalización económica, jurídica, política, cultural, ambiental, de los medios de comunicación, tecnológica, y un sinfín de áreas a las que es posible aplicarla.

²⁰ Roth, Brad, “Sovereign equality and (bounded pluralism) in the international legal order”, en Fox, H. Gregory *et al.*, “Sovereignty: essential, variegated, or irrelevant?”, *American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting, 2005*, p. 393.

²¹ Cassece, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 98.

²² Kaplan, Marcos, “El sistema internacional: límites, paradojas y posibilidades”, en Valdés Ugalde, José Luis y Valadés, Diego (coords.), *Globalidad y conflicto. Estados Unidos y la crisis de septiembre*, México, CISAN, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 163 y 164.

No obstante, según la percepción general, el término denota el hecho de que las fronteras estatales se han ido difuminando, o se han vuelto “porosas”, según otros; queriendo dar a entender con esto que hay una facilidad para que ingresen al territorio estatal todo tipo de productos, de personas y de servicios; de que el ser humano o el Estado pueden realizar todo tipo de operaciones, no solo comerciales, al otro lado del mundo sin moverse de su lugar de origen, a través de Internet; que los medios de comunicación han logrado dar a conocer lo que ocurre en otras partes del mundo, casi en el momento en que suceden; o bien de que el mundo se ha acortado, con la posibilidad de transportarse de un lugar a otro en la décima parte del tiempo que solía hacerse hace cien años. Pero también, la infiltración del crimen organizado

Cabe preguntarse si realmente debemos entender que las fronteras se han difuminado o se han vuelto porosas. “Difuminar” significa desvanecer; porosidad viene de poroso y, este a su vez, de poro, que significa “espacio que hay entre las moléculas de los cuerpos”.²³ ¿Con la globalización las fronteras se están desvaneciendo? La realidad es que las fronteras no han desaparecido ni mucho menos la existencia de acuerdos internacionales entre los Estados es lo que permite el acceso de personas, bienes y servicios. Ciertamente, esos acuerdos han proliferado en exceso, y un ejemplo de ello lo tenemos en la Unión Europea, el TLCAN, el Mercosur, etcétera, o bien en el Tratado de la OMC, de la cual forman parte casi 153 Estados, entre ellos México, y cuyo objetivo es el de “ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades”.²⁴ Facilidad de acceso no es sinónimo de desvanecimiento, y esa facilidad fue posible por el acto soberano de los Estados. Ciertamente, es innegable que esos acuerdos son firmados por la influencia de entes ajenos al propio Estado, y que buscan la satisfacción de los intereses del capital, pero se es socio de quien se puede obtener algo; si no hay interés no hay socio.

Las fronteras nacionales no han sido eliminadas por la globalización, sino que han sido reorganizadas para reflejar los intereses de un mercado global.²⁵

Arturo Ramos establece que

La globalización debe ser entendida entonces como una nueva fase del desarrollo capitalista que manifiesta características distintivas en una articulación

²³ Alonso, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, N-Z, México, Aguilar, t. III, 1990, p. 3354.

²⁴ Véase http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm

²⁵ Arxer, Steven L., “Addressing postmodern concerns on the border: globalization, the nation-state, hybridity, and social change”, *Tamara Journal*, vol. 7, Issue 7.2, 2008, p. 182.

de relaciones sociales específica. Los elementos centrales sobre los cuales puede sostenerse esta afirmación son las desusadas formas del Estado contemporáneo, las estructuras de acumulación y de producción que se van desplegando en estos años y el novedoso contexto político y cultural que sustituye al viejo orden mundial.²⁶

Señala Martin Wolf que haciendo un comparativo: en el siglo XIX el mundo contaba con una política unilateral y discrecional; mientras que en el siglo XX tiene una política multilateral e institucionalizada.²⁷ En el primer caso, hablamos del imperio de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos, mientras que en el segundo, nos referimos al imperio de las organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, entre otras. Una forma muy clara de mostrar las diferencias en las políticas mundiales de un siglo a otro.

Un mundo que al día de hoy se caracteriza, según Kaplan, por una redefinición y reubicación del Estado-nación en la sociedad nacional e internacional, estableciendo los diferentes ámbitos en que incide, como la economía mundial y el orden político internacional, la Tercera Revolución, la transnacionalización, la nueva división mundial del trabajo, el proyecto político de la globalización, así como la crisis y reforma del Estado, entre otros.²⁸

a) El nuevo orden internacional se singulariza por “el grado sin precedentes de concentración del poder a escala mundial; la estructuración piramidal y de interdependencia asimétrica; la polarización de dos mundos y una creciente brecha diferencial entre ambos”,²⁹ así como la aparición de diversos actores a nivel internacional que sirven como elementos de presión para que el Estado establezca sus políticas de acuerdo con los intereses de aquellos. Así, tenemos, no solo a las grandes organizaciones financieras internacionales, sino a las empresas transnacionales y a la sociedad civil, representada por las organizaciones no gubernamentales, lo que implica una lucha de fuerzas contradictorias que repercuten en el desarrollo y evolución del poder estatal.

²⁶ Ramos Pérez, Arturo, *Globalización y neoliberalismo. Ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo XX*, México, Plaza y Valdés, 2002, pp. 30 y 31.

²⁷ Wolf, Martin, “Will the Nation-State survive Globalization?”, *Foreign Affairs*, Jan/Feb 2001, p. 184.

²⁸ Kaplan, Marcos, “Estado y globalización. Regulación de flujos financieros”, en Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma (coord.), *Regulación de flujos financieros internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 34.

²⁹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

Esas luchas cada vez son más encarnizadas entre los diversos actores de este fenómeno. Así, vemos cómo en el último año se han dado una serie de conflictos en el seno de los Estados que conforman la Unión Europea, el Medio Oriente y el norte de África, que han llevado al cambio de gobiernos, por la incapacidad de enfrentar los problemas económicos, políticos y sociales que surgen de ese intercambio descontrolado y faltó de toda reglamentación. La lucha de las empresas por producir más a menor costo que les permita ser competitivas, la lucha de los trabajadores, que cada día se encuentran con que su trabajo no vale lo mismo, el incremento de los precios y nunca del salario, en algunos otros Estados la falta de gobiernos democráticos aunados a la corrupción y al crimen organizado, están generando una bomba de tiempo, que puede alcanzar dimensiones globales si el Estado no retoma con firmeza su papel de conductor y regulador de la vida económica, política y social.

Para Ramos Pérez, el nuevo orden político internacional se concentra en tres puntos: el fin del bipolarismo y de la división entre los dos grandes bloques surgidos en la postguerra o guerra fría; la crisis de la hegemonía estadounidense, así como la crisis de los organismos internacionales y de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos en el mundo.³⁰ A lo que nosotros agregaríamos el problema de la desintegración territorial de varios Estados, como la ex-Yugoslavia y el caso de Georgia.

Aunque esto también implica el surgimiento de nuevos poderes hegemónicos y el surgimiento de nuevas formas de interacción de los sujetos y actores internacionales. Así, tenemos el papel preponderante que está teniendo China al día de hoy en la política mundial, y la fortísima influencia de la Organización Mundial del Comercio y su mecanismo de solución de controversias.

b) Por otro lado, y acerca de la llamada Tercera Revolución, Ramos Pérez señala que

El fenómeno que conlleva en sí la revolución tecnológica en el espacio de la producción industrial es la extensión de la automatización, integración y la flexibilidad, así como el salto cualitativo en sus niveles de desarrollo. La automatización se sostiene hoy fundamentalmente en la fusión de la microelectrónica y la informática, por un lado, y de la robótica por el otro.³¹

Se caracteriza por la existencia de nuevas formas de energía, por el hecho de que la información se vuelve un amplio y vasto campo con impacto

³⁰ Ramos Pérez, A., *op. cit.*, pp. 75 y 76.

³¹ *Ibidem*, p. 60.

en la vida nacional e internacional, así como por la importancia de los nuevos materiales y de las tecnologías para su producción y uso.

Jessica Mathews considera a la Revolución Tecnológica de las dos últimas décadas como la más poderosa máquina de cambio en la relativa declinación de los Estados y el surgimiento de actores no estatales. Las empresas transnacionales y las ONG utilizan su amplio poder económico y político para influenciar gobiernos, lo que no hubiera sido posible sin la Revolución Tecnológica en el campo de las telecomunicaciones.³²

Martin Wolf afirma:

The globalizing journey is not a new one. Over the past five centuries, technological change has progressively reduced the barriers to international integration. Transatlantic communication, for example, has evolved from sail power to steam, to the telegraph, the telephone, commercial aircraft, and now to the Internet.³³

Pero así como esta Revolución Tecnológica ha integrado al mundo, también tiene la consecuencia negativa de fomentar el desempleo o el subempleo. Ya no hay necesidad de contratar mucho personal para las labores cotidianas, lo que implica una reducción en los costos y, en consecuencia, una mayor competitividad.

c) Otra característica de la globalización es la transnacionalización, que se distingue por el ascenso y triunfo de las corporaciones y conglomerados que han dejado de tener una vida nacional, para trascender las fronteras e influir en la toma de decisiones, no solo de los Estados que los vieron nacer, sino de las organizaciones internacionales.³⁴

Le pusieron alas al capital diversos factores, tales como el hecho de que es posible desplazar personal técnico y directivo a cualquier lugar del mundo en un solo día, el hecho de que es posible estar cerca de los movimientos de producción de fábricas distantes, la rapidez para enviar y recibir fondos, así como la habilidad para moverse a lugares distantes donde la mano de obra es menos capacitada y, en consecuencia, más barata.³⁵

Las corporaciones transnacionales utilizan todo su potencial para influir en los Estados en los que se ubican y así eludir o lograr la modificación de

³² Müller, Till, “Customary Transnational Law: Attacking the last resort of State Sovereignty”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 15 #1, winter 2008, pp. 22 y 24.

³³ Wolf, Martin, *op. cit.*, p. 179.

³⁴ Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

³⁵ Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 283.

políticas y regulaciones que afectan su actuación, siempre en perjuicio de esos Estados.

Al hablar de la nueva división mundial del trabajo, tenemos que las políticas laborales son las de producir más con menos trabajadores, y que estos cuenten cada vez con menos derechos laborales; así, puede lograrse una mayor competitividad a nivel internacional. Es el caso de las transnacionales asentadas en China, en donde se vulneran los derechos laborales de mujeres y niños, quienes son explotados al grado de ser prácticamente esclavos, con la anuencia del gobierno local, que pretende cerrar la boca del exterior, al argumentar que cuentan con una ley laboral, que en esos casos son letra muerta, porque está al servicio del capital. Y aquellas empresas que abogan y gritan por los derechos laborales y a la salud en su sede, son los primeros en vulnerarlas fuera del territorio de su Estado.

Hay un desplazamiento de personas, recursos, inversiones y unidades de producción, que traspasa las fronteras nacionales; pero también una ofensiva en contra del Estado social, que buscaba una conciliación entre intereses opuestos, ofensiva como principal estrategia para “el recambio global de la producción y de la sociedad con base en la materialización de las innovaciones tecnológicas”.³⁶ Ciertamente, esa ofensiva se traduce en todo tipo de contratación de personal al margen del amparo de las normas laborales, y que se observa en la tercerización de la contratación y las figuras como el *outsourcing*, o bien en la celebración de contratos civiles (por honorarios, por prestación de servicios profesionales, por obra determinada), con los cuales se pretende eludir las obligaciones patronales.

En este caso el papel de la Organización Internacional del Trabajo es meramente de observadora, ya que no puede hacer nada más que recomendaciones acerca de las condiciones laborales de los empleados de estas corporaciones, recomendaciones que van a los Estados y no a las empresas, y que por su propia naturaleza no hay forma de hacerlas cumplir, pues están basadas en la buena fe de sus destinatarios.

d) Por otra parte, “se busca la integración de la economía y políticas mundiales en un sentido de interdependencias y cooperación crecientes, como precondition y rasgo de variedad elegida de desarrollo. Ello requiere de la redefinición de los objetivos nacionales de cada país, para su adaptación orgánica y funcional a los intereses y objetivos globales del modelo mundial a imponer”.³⁷

Hay una combinación de elementos diferentes que dan como resultado un debilitamiento en el poder estatal, tales como la codirección de los gran-

³⁶ Ramos Pérez, A., *op. cit.*, p. 64.

³⁷ *Ibidem*, p. 44.

des corporativos con el poder político, con el científico-tecnológico y con el militar de los países desarrollados, y que conjuntamente con la dirigencia de organismos internacionales “concentran y centralizan poderes y decisiones”, creando un nuevo modelo de organización política.

Aquí, desde luego, es en donde se busca redefinir el concepto de soberanía, para hacerlo lo más flexible posible, y que permita la injerencia de organismos externos en la toma de decisiones, siempre favorables a los intereses multinacionales, y no a los del Estado.

Esto se traduce, frecuentemente, en la violación de la soberanía estatal, como fue el caso de los Estados Unidos con Afganistán, Irak y Pakistán, quienes ingresaron en esos territorios vulnerando todo derecho internacional para acabar con los talibanes, con Sadam Hussein y con el terrorista Osama Bin Laden, respectivamente. Además, no hay que olvidar que se tiene en la mira al Estado iraní, al que se acusa de generar su propio programa nuclear, bajo el argumento de que el desarrollo de esa actividad no tiende a fines pacíficos, sino que podría poner en peligro la paz y seguridad internacionales. Por lo que la Organización Internacional de la Energía Atómica, apremiada por los Estados Unidos y los Estados que conforman la Unión Europea, ejercen gran presión sobre el gobierno de Teherán para que permita el acceso total en todas las actividades de esa rama. Por su parte, el gobierno iraní busca el apoyo político y la generación de alianzas con aquellos Estados “rebeldes” a la política mundial institucionalizada, como es el caso de Venezuela.

e) Otra característica del sistema es que se aboga por un Estado proteccionista, pero no de la población, sino de las corporaciones transnacionales, quienes en conjunción con los gobiernos de países desarrollados y de los organismos internacionales le asesoran y financian, con el objetivo de un aparente crecimiento, que solo beneficia a un extracto de la sociedad, y no así a la población en general.

Según la percepción globalizadora, el Estado debe estar al servicio del capital, obedecer las reglas del mercado, contener y controlar a la población, evitar que factores externos puedan poner en peligro el libre juego del mercado, además de abastecedor de educación básica y de salud elemental para la población.³⁸ ¡Ah! Y, por supuesto, respetuoso y garante de los derechos humanos.

f) Según Arturo Ramos, el predominio del Estado-nación ha cambiado por la imagen de un Estado internacionalizado, a través de los procesos de integración regional, y en donde la cabeza del poder reside en el grupo

³⁸ Novelo Urdanivia, Federico, *La política exterior de México en la era de la globalización*, México, UAM y Plaza y Valdés Editores, 2000, pp. 69 y ss.

de la siete potencias económicas (G-7) y la subordinación del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial del Comercio o la Organización del Tratado del Atlántico Norte.³⁹

Kaplan, por su parte, afirma que

La reforma del Estado es colocada bajo el signo de la liberalización económica, para la garantía de la renegociación y del pago de la deuda, el saneamiento de las finanzas públicas, el control de la inflación, la aplicación de rígidas políticas monetarias, crediticias y fiscales. La liberalización de la economía es buscada mediante la desregulación de la empresa privada, de la competencia y del mercado, y por la apertura externa en lo comercial y en lo financiero. Parte considerable de los poderes de control económico y social es transferida del Estado al mercado.⁴⁰

El aparato estatal es reducido a su mínima expresión, en cuanto a su personal, recursos, objetivos y modo de operar. La seguridad social ya no es una política esencial, de protección a los grupos más desprotegidos, sino una carga que debe eliminarse poco a poco. En consecuencia, el papel intervencionista del Estado se reduce más y más, dejando una libre actuación del mercado, y queda únicamente como observador, para participar en el caso de que este requiera de ayuda.

La globalización ha alterado las relaciones entre la población y el Estado, así como del propio Estado con la comunidad internacional, de una forma que no es del todo comprensible. Ha hecho que los Estados se enfrenten a una realidad; esto es, la de abrir sus fronteras al comercio, a la inversión, y a otras formas de influencia social, política, económica y cultural. Esto ha originado el surgimiento de actores globales en la forma de corporaciones multinacionales que gozan de un poder mayor que el del mismo Estado, cuyo papel como líder económico se ha visto disminuido.⁴¹

La multiplicidad y diversidad de actores internacionales ha sido acompañada, en la pasada generación, por la siempre creciente porosidad de las fronteras nacionales. Aunque no se vislumbra un escenario de desaparición de aquellas, es claro que el marco característico de la globalización ha sido la creciente movilidad de personas, de bienes y de capital por todo el planeta.⁴²

³⁹ Ramos Pérez, A., *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰ Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ Tin-bor Hui, Victoria *et al.*, *Sovereignty and the State in Asia*, pp. 416 y 417.

⁴² Bederman, David J., "Diversity and permeability in transnational governance", *Emory Law Journal*, 2007; 57,1; Academic Research Library, p. 217.

Estas características inherentes a la globalización han ocasionado la redefinición de muchos conceptos generados en la Paz de Westfalia, fundamentalmente el del Estado y el de la soberanía, con el consabido cuestionamiento de algunos autores sobre si aquel sobrevivirá a la globalización.⁴³

Arturo Ramos, al respecto, afirma:

Sin embargo, cabe decir que la idea de crisis de esta forma básica del Estado moderno no implica su desaparición total, cuando menos no en el corto plazo, y menos la pretensión de que hoy ya esté completamente superada por la realidad; más bien se quiere enfatizar el hecho de que hoy no podemos asignar los mismos significados que tuvo en el pasado el estado nacional, significados que incluso parecieron hacerse aún más fuertes desde cierto punto de vista en la fase expansiva que concluyó hacia fines de los sesenta.⁴⁴

¡Sí hay una crisis estatal! En general, esa crisis se manifiesta no solo con la pérdida de sus facultades, sino en la falta de control de los fenómenos que se presentan al interior de su territorio, como es el caso de las epidemias, como el de la influenza AH1N1; enfermedades como el sida; la mortandad materna e infantil; una población altamente adicta a las drogas; la cesión de espacios al control del crimen organizado; la corrupción e infiltración del crimen en las esferas gubernamentales; la falta de democracia; la violación constante de los derechos humanos; la desigualdad social y la extrema pobreza han hecho que a algunos Estados se les califique de fallidos, por su incompetencia y su falta de efectividad, tales como Somalia, Sudán, Chad, Haití; pero aquellos que no se consideran fallidos han fracasado en alguno de esos puntos.⁴⁵

IV. ¿DESAPARICIÓN DEL ESTADO-NACIÓN?

De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, podemos determinar que la soberanía es un elemento fundamental en la vida de todo Estado, es el poder que le permite autorregularse e imponerse al interior y mantener su independencia al exterior; sin embargo, también la globalización, como fenómeno, es resultado de las decisiones estatales, en ejercicio

⁴³ Müller, Till, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁴ Ramos Pérez, Arturo, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁵ De acuerdo con la revista *Foreign Policy*, en 2011 México ocupó el lugar 94 con una calificación de 75.1, en el índice de Estados fallidos, a diferencia del año 2010, en el que ocupó el lugar número 96, con la calificación de 76.1. http://www.fp-es.org/indice_estados_fallidos_2011/index.html Véase además <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/186419.html>

de la soberanía, y no de ahora, sino que ha sido un proceso largo, que ha ocupado varios siglos para consolidarse, y que a pesar de ello también se encuentra en crisis, porque no ha sabido responder a los fenómenos sociales, que se incuban al interior de los Estados y por su participación en la generación y no mitigación de la creciente pobreza de la población de los Estados.

Las instituciones derivadas del modelo westfaliano fueron creadas para un mundo de economías nacionales que ya no existe más.⁴⁶ La creciente interdependencia de los Estados y el desarrollo activo de vínculos entre ellos, en materia de comercio, de inversión extranjera directa y de flujo de capital, han derivado en un estado de cosas, en donde las actividades de las potencias económicas o de actores no estatales tienen un impacto global y pueden influenciar situaciones en los más remotos rincones del mundo.⁴⁷

El hecho de que las características del fenómeno globalizador han mermado las facultades estatales, aunque suene paradójico, con el consentimiento del mismo Estado, nos hace preguntarnos sobre la posibilidad de que el Estado soberano llegue a desaparecer. ¿Puede concebirse que la globalización llegue a destruir al Estado como tal, o este es tan necesario para que el fenómeno continúe desarrollándose?

Zagainov explica que muchos autores predicen un declive del Estado-nación, al cual se le ha obligado a compartir sus facultades con las organizaciones internacionales, las ONG, y la comunidad financiera, entre otras, en materias como la política, la social y la de seguridad, esencia de su poder soberano. De la misma forma, hay académicos que opinan sobre la necesidad de redistribuir la autoridad entre el Estado y los actores supranacionales, así como los actores no estatales, creando un sistema global de poder compartido y balance de poder en lugar de las obligaciones internacionales generadas por los tratados y asumidas voluntariamente por los Estados.⁴⁸

Zagainov cita el Reporte de la Comisión Mundial, en el que se establece que, ciertamente, la globalización ha debilitado al Estado-nación; sin embargo, las agencias estatales deben tener la capacidad de conducir a sus países hacia la integración de la economía global, proveer condiciones para el desarrollo y asegurar la protección social de la población. La ejecución de estas tareas requiere de un Estado lo suficientemente fuerte y efectivo.⁴⁹

⁴⁶ Allen, Michael H., “Globalization and peremptory norms in International Law: from Westphalian to Global Constitutionalism?”, *International Politics*, 2004, 41, p. 349.

⁴⁷ Zagainov, Yevgeny, “A ‘fair globalization’: International Law aspects”, *International Affairs*, August 2005, 51, 4, p. 102.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁹ *Idem*.

Ciertamente, el largo proceso globalizador ha originado una redefinición y una reubicación del Estado-nación en la sociedad y en el sistema internacional.⁵⁰ Sin embargo, se insiste en que el papel del gobierno es el de no intervenir, sino el de preparar el camino para el ingreso de las personas en el mercado local y global.⁵¹

Las atribuciones estatales cuya esencia deriva del concepto de soberanía se han modificado en la globalización. Así, la facultad legislativa se encuentra enmarcada y limitada por los acuerdos internacionales celebrados por el Estado; la facultad judicial también ha sido tocada, desde el momento en que las sentencias de los tribunales internacionales tienen que ser cumplidas en el territorio estatal, aun cuando sus propios jueces no las hayan dictado.⁵²

Si la soberanía estatal se ejerce sobre las instituciones gubernamentales, la globalización ha alterado los parámetros de ese poder. La intrusión en la vida nacional de nuevos actores, internos e internacionales, en las actividades económicas de la nación, ha dado una nueva dimensión al gobierno. Instituciones multilaterales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio han tenido su propio impacto sobre la soberanía.⁵³

Pero alteración no significa desaparición. Los conceptos evolucionan con el tiempo, así como las sociedades, y el de soberanía, así como el de Estado, no son la excepción. Ciertamente, la situación imperante cuando surgió el concepto de soberanía no es la misma al día de hoy. La soberanía ha tenido que convivir con términos como cooperación e integración, en el que el Estado ha tenido que ceder parte de sus facultades en aras de sus intereses individuales, así como de los intereses del grupo.

A pesar de estas perspectivas acerca de la función del Estado, es claro que este no puede ni va a desaparecer, que es el propio Estado soberano el que constituye las organizaciones internacionales, tales como la OMC, la ONU, y los espacios de integración económica, como la Unión Europea; su papel en la arena internacional es relevante, a pesar de todas sus deficiencias, y como afirma Fred Halliday, la globalización no ha abolido a los Estados, pues al día de hoy existen aproximadamente 190 (193) Estados.⁵⁴

⁵⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁵¹ Arxer, Steven L., “Addressing postmodern concerns on the border: globalization, the nation-state, hybridity, and social change”, *Tamara Journal*, vol. 7, Issue 7.2, 2008, p. 183.

⁵² Müller, Till, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁵³ Tin-bor Hui, Victoria *et al.*, *op. cit.*, p. 417.

⁵⁴ Halliday, Fred, “International relations theory and the post-cold war period”, *METU Studies in Development*, 27 (3-4) 2000, p. 256. Al día de hoy son 193 Estados los afiliados a la Organización de las Naciones Unidas.

Como bien afirma Kaplan:

La soberanía de los Estados nunca ha sido total, absoluta, omnipotente, monárquica ni inalienable. Siempre ha fluctuado, según los casos nacionales y las fases históricas, de lo casi total a lo prácticamente nulo. La soberanía no se identifica con una autonomía total de decisión y acción; existe y actúa como autoridad formal con limitaciones efectivas y grados variables de realidad y alcances. Ello resulta de la convergencia de diferentes factores, ante las coerciones de la economía mundial y del sistema interestatal institucionalizado y normado, las relaciones de desigualdad, la sucesión de hegemonías.⁵⁵

Como ya se mencionó, la globalización se caracteriza por mermar muchas de las facultades estatales, pero no puede implicar la desaparición del Estado mismo ni del elemento que lo hace actuar internacionalmente, porque las organizaciones internacionales compuestas por Estados, los grandes corporativos internacionales surgidos dentro del Estado y las ONG representantes de la población civil, generadores todos ellos de la globalización, no pueden actuar en contra de su creador.

Señala Helen Stacy que ha habido una transición de la noción tradicional de soberanía como autonomía nacional a la de soberanía como gobierno mínimo.⁵⁶ Sin embargo, la actuación gubernamental en su mínima expresión tiene también un costo a nivel interno, desde el punto de vista de la política nacional. Hay un mayor énfasis en el discurso desde la perspectiva de la democracia, de la seguridad social, y de la lucha contra el crimen organizado. Factores presentes en la sociedad actual, y que son un severo dolor de cabeza para la misma.

Al respecto, no consideramos que se pueda hablar de un gobierno mínimo, aunque esto es lo que desearía el Banco Mundial y los diseñadores de este modelo económico; porque a pesar de la influencia externa, el Estado soberano cuenta aún con facultades que le permiten actuar en beneficio de su propia población y ajustarse al sistema económico global. Es el caso de Japón, seguido de Singapur, Hong Kong, Taiwan y Corea del Sur, así como de Tailandia, Malasia e Indonesia.⁵⁷

La economía global impone nuevas y más severas restricciones a los gobiernos, pero nunca su destrucción. Y esto, habrá que analizarse más, puesto que tenemos el caso de Grecia, de Italia, Portugal, España y Francia, que están viviendo una crisis sin precedentes, en la que toda la teoría

⁵⁵ Kaplan, Marcos y Manrique Campos, Irma, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁶ Stacy, Helen, “Relational Sovereignty”, en Fox, H. Gregory *et al.*, *op. cit.*, p. 398.

⁵⁷ Novelo Urdanivia, Federico, *op. cit.*, p. 90.

sale sobrando por falta de una práctica que la autorice, puesto que la permanencia de esos Estados en una forma de integración tan avanzada y que serviría de ejemplo a los demás Estados ha caído por su propio peso. Tales Estados se encuentran pensando, y más que pensando en su posición dentro y fuera de la Unión; es ahí en donde el propio Estado tendrá que retomar las facultades cedidas y volverse hacia la forma de proteger a su población del hambre, de la enfermedad, de las drogas, del crimen. Esto es labor del Estado y de nadie más.

A pesar de todos los pronósticos negativos, como señala Peter Drucker, con toda probabilidad el Estado-nación sobrevivirá la globalización de la economía y la revolución informática que la acompañan.⁵⁸

David Bederman expresa:

So, despite the readily discerned defects of the contemporary international legal order, it would be extravagant and even silly to declare the end of the nation-state as an effective and legitimate instrument of global governance. Whether there has been an actual decline in state power is hard to tell at this juncture. In reality, it may just be that we are changing our notions of state sovereignty to accommodate the new realities of non-state actors and diverse sources of international lawmaking authority and enforcement.⁵⁹

El reto de la doctrina y la práctica actual es reconciliar esta rígida formulación de la soberanía con las realidades del mundo de hoy; a pesar de ello, aún conserva un lugar fundamental en el derecho internacional. Después de todo, el mundo está organizado por naciones, y las naciones soberanas son los principales actores en la arena internacional.⁶⁰

V. CONCLUSIONES

La soberanía, como elemento fundamental del Estado-nación, es la fuerza que le permite, al día de hoy y en pleno proceso globalizador, la toma de decisiones con repercusiones a nivel interno e internacional.

Ese proceso de globalización ha sido posible gracias a la actuación del Estado soberano, que en aras de intereses, no necesariamente de su población y sí muchas veces de sus empresas, ha cedido parte de sus facultades a

⁵⁸ Drucker, Peter F., "The Global Economy and the Nation-State", *Foreign Affairs*, sep-oct 1997, 76, 5, p. 160.

⁵⁹ Bederman, David J., "Diversity and permeability in transnational governance", *Emory Law Journal*, 2007, 57, 1, Academic Research Library, p. 217.

⁶⁰ Tsai, Mary C., "Globalization and conditionalities: two sides of the sovereignty coin", *Law and Policy in International Business*, Summer 2000, 31, 4, p. 1318.

actores internacionales; pero también ha conservado otras facultades que permiten proteger los intereses extranjeros. Estos no podrían desarrollarse sin la protección del Estado.

La globalización, con todas las características que la acompañan, ha generado una crisis de identidad en el Estado-nación, al darse situaciones de poder diferentes a las creadas por la Paz de Westfalia. No obstante ello, las circunstancias han sido generadas por el consentimiento de los mismos Estados, creadores de las organizaciones internacionales, responsables del establecimiento de las condiciones económicas que prevalecen al día de hoy.

De igual manera, es el consentimiento de los Estados el que ha originado la creación de formas de integración económica, en un grado de avance tal, que hace pensar en un gobierno supranacional, aunque no al cien por ciento, como es el caso de la Unión Europea y de todos los Estados, que de diversa manera se han ido integrando en bloques económicos para enfrentar la competencia de otros grupos regionales.

En razón de ello, no es posible pensar en la desaparición del Estado en favor de un gobierno global, en que instancias supranacionales se hagan cargo de satisfacer las necesidades de una población mundial, que por cuestiones climatológicas difiere en raza, costumbres, religión, pero que goza de los mismos derechos como seres humanos.

Michel Virally sostuvo hace décadas:

Nos parece que la idea de un Estado mundial es el tipo mismo de la falsa utopía, y ante todo porque es una utopía perezosa: no encierra ningún esfuerzo de imaginación, ninguna chispa de novedad y ni siquiera ningún poder de visión. Se resume en una transposición de instituciones bien conocidas y analizadas hace ya mucho tiempo en un medio que le es ajeno y en el que no existe nada de lo que les es necesario para su implantación. No es sostenible sino a condición de olvidar todas las realidades de la sociedad contemporánea y las condiciones que podrían permitirle evolucionar o transformarse. Es, pura y simplemente, derecho y ficción.⁶¹

VI. BIBLIOGRAFÍA

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 4a. ed., Nueva York, Clarendon Press, Oxford, 1980.

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005.

⁶¹ Virally, Michel, “Sobre el ‘carácter primitivo’ del derecho internacional”, *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, México, FCE, 1998, p. 114.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1998.

HELLER, Hermann, *La soberanía*, 2a. ed., México, UNAM y FCE, 1995.

KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, IIJ, 2002.

— y MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.), *Regulación de flujos financieros internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 1993.

NOVELO URDANIVIA, Federico, *La política exterior de México en la era de la globalización*, México, UAM-Plaza y Valdés Editores, 2000.

Opinión consultiva del 11 de abril de 1949, Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.

RAMOS PÉREZ, Arturo, *Globalización y neoliberalismo. Ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo XX*, México, Plaza y Valdés, 2002.

REMIRO BRÓTONS, Antonio y otros, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

SORENSEN, Max Ed, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

TINBERGEN, Jan (coord.), *Reestructuración del orden internacional. Informe al Club de Roma*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

VALDÉS UGALDE, José Luis y VALADÉS, Diego (coord.), *Globalidad y conflicto. Estados Unidos y la crisis de septiembre*, México, CISAN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional*, 6a. ed., Madrid, Aguilar, 1982.

VIRALY, Michel, *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, México, FCE, 1998.

Hemerografía

ALLEN, Michael H., “Globalization and peremptory norms in International Law: from Westphalian to Global Constitutionalism?”, *International Politics*, 41, 2004.

ARXER, Steven L., “Addressing postmodern concerns on the border: globalization, the nation-state, hybridity, and social change”, *Tamara Journal*, vol. 7, Issue 7.2 , 2008.

BEDERMAN, David J., "Diversity and permeability in transnational governance", *Emory Law Journal*, 2007, 57,1; Academic Research Library.

DRUCKER, Peter F., "The Global Economy and the Nation-State", *Foreign Affairs*, sep-oct 1997; 76, 5.

FOX, Gregory H. *et al.*, "Sovereignty: Essential, Variegated, or Irrelevant?", *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, 2005.

HALLIDAY, Fred, "International relations theory and the post-cold war period", *METU Studies in Development*, 27 (3-4) 2000.

MÜLLER, Till, "Customary Transnational Law: Attacking the last resort of State Sovereignty", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 15, núm. 1, invierno 2008.

TIN-BOR HUI, Victoria *et al.*, "Sovereignty and the State in Asia: The Challenges of the emerging international order", *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, 2005, ABI/INFORM Global.

TSAI, Mary C., "Globalization and conditionality: two sides of the sovereignty coin", *Law and policy in International Business*, Summer 2000, 31, 4.

WOLF, Martin, "Will the Nation-State survive Globalization?", *Foreign Affairs*, Jan/Feb 2001.

ZAGAINOV, Yevgeny, "A 'fair globalization': International Law aspects", *International Affairs*, August 2005; 51, 4.

FACTORES QUE AFECTAN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

José ORTIZ ADAME*

Para Isabel y Fernanda

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definición y críticas a la inversión extranjera directa*. III. *Factores internos (pull), que Afectan a la IDE*. IV. *Factores externos (push), que afectan a la IDE*. V. *Conclusiones*. VI. *Relación de fuentes documentales y electrónicas*.

I. INTRODUCCIÓN

El interés del autor por el análisis es conocer los factores que impactan de manera positiva o negativa los flujos de inversión extranjera directa (IDE). Para ello seguiré bajo la teoría económica existente los elementos que la determinan, tratando de encontrar las motivaciones que la hacen aumentar o disminuir.

Como mencioné anteriormente, es de mi intención conocer las causas principales que impulsan la IDE y las que la contraen, ya que este tipo de flujo de capital teóricamente es generador de desarrollo en los países que la reciben, y es de especial importancia en economías emergentes, si bien no dejaremos de revisar las opiniones de especialistas que han detectado, entre otras cosas negativas, la contracción en el ahorro interno e incremento de importaciones.

Investigaré el motivo por el cual el mismo evento puede promover o contraer la IDE en países o en tiempos diferentes, como sería, por ejemplo, el respeto a la propiedad intelectual, que en el caso de China no significa problema para la llegada de IDE. De hecho, como veremos más adelante, la llegada de este tipo de inversión se ha incrementado año con año, y por el

* Candidato a doctor en economía aplicada por la Universidad de Alcalá.

contrario ha generado problemáticas importantes con otros países a los que se les pide respeto a los derechos de autor o propiedad intelectual.

El presente artículo está estructurado en tres subtemas; el primero, dedicado a conocer lo que entenderemos por IDE y sus principales críticas; el segundo sector, a los factores internos, que determinan los flujos de inversión, factores conocidos en la literatura especializada como *pull*; y el tercer apartado estará dedicado al análisis de los factores externos, factores denominados en la literatura como *push*, que determinan los flujos de inversión; finalizaremos con las conclusiones consecuentes del apartado.

Es oportuno mencionar que este trabajo no abordar los factores naturales que han sido importantes y que por su magnitud han afectado la economía de un país o de una región. Si bien algunos autores sí consideran en sus estudios algunos sucesos naturales que impactan la IDE, como el caso del tsunami en Japón, o el terremoto en Chile, creo que son elementos de temporalidad muy corta, y en definitiva no desvían o contraen grandes flujos de recursos, o al menos estos dos acontecimientos que han sido magnos no lo han reflejado en los informes de las organizaciones económicas mundiales.

II. DEFINICIÓN Y CRÍTICAS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Para comenzar esta investigación es importante definir lo que entiendo por IDE, a fin de que se tengan claras las diferencias con relación a otro tipo de inversiones; además, incluiré algunas críticas que comúnmente se hacen a la inversión extranjera directa, con el objetivo de tener una perspectiva amplia de nuestro análisis, teniendo además la visión de los especialistas que piensan que la IDE genera más problemas de los que soluciona.

Las definiciones más sencillas de IDE son las que la tipifican como todas aquellas inversiones que hacen los no residentes de un país con objeto de obtener capacidad de decisión en la empresa receptora a través de una relación a largo plazo. Habría que mencionar que dependiendo la legislación interna hay países para los que la inversión extranjera directa también se contempla cuando el inversionista es extranjero aun y cuando resida en el país en el que la hace o de nacionales con domicilio en el extranjero.

Del mismo modo, “largo plazo” depende como lo caracterice cada legislación nacional.

Diversos autores destacan que la

‘Inversión’ designa a ‘todo tipo de activo’ invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes, en el territorio de otra de

las Partes Contratantes, de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de esta última. Esta definición general incluye, aunque no exclusivamente, a los siguientes activos: la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades; títulos de créditos y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos, solamente, cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, *know-how* y valor llave; concesiones para la prospección cultivo, extracción o explotación de recursos naturales (...).

Se incluyen específicamente ocho categorías: empresa (definida como una persona o entidad jurídica); acciones, títulos y participación en capital; bonos, préstamos y formas de deuda; derechos acordados en virtud de un contrato (de llave, de construcción, de administración, de producción, de reparto de utilidades); ganancias y derechos a prestaciones con valor económico; derechos de propiedad intelectual; derechos conferidos conforme a la ley o un contrato (concesiones, licencias, autorizaciones, permisos); bienes inmobiliarios y derechos sobre propiedades (alquiler con derecho de compra, hipoteca, gravamen y prenda) (...).

Constituyen la categoría de inversiones internacionales, en la que una entidad residente en una economía obtiene un interés duradero en una empresa residente en otra economía. El criterio utilizado es que una inversión directa, queda establecida cuando un residente en una economía es propietario del 10% o más de las acciones ordinarias o de los votos de una empresa no constituida en sociedad. Todas las transacciones consiguientes entre las empresas afiliadas, tanto si están constituidas en sociedad como si no lo están, son transacciones de inversiones directas.¹

En México es el referente principal de la investigación. El concepto está definido en la Ley de Inversión Extranjera de 1993, la cual ha sufrido diversas modificaciones, la última en mayo de 2011, a fin de adecuarla a la privatización de algunos sectores, en especial los de las telecomunicaciones, ferrocarriles y aeropuertos; establece:

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: (...)

II. Inversión Extranjera:

¹ Giménez Lezcano, Carlos, “Tendencias de la atracción de inversiones: hacia la creación de un marco institucional de promoción/Atracción. El problema de adecuación de los países subdesarrollados”, tesis de maestría, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2004, pp. 9 y 10.

A) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en capital social de sociedades mexicanas;

B) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y

C) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.

III. Inversionista Extranjero: A la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y a las entidades extranjeras sin personalidad jurídica...²

Continuando con este primer acercamiento, diremos que las principales objeciones a este tipo de inversión van encaminadas a la poca o nula posibilidad que tienen los gobiernos de controlar la estancia, ya que si bien en esencia, y como vimos anteriormente, una IDE debe ser a largo plazo, nada impide al menos en la legislación mexicana que no sea así.

Sin embargo, el caso chileno es digno de ser analizado, ya que ha impuesto una regulación del espacio temporal que necesita tener una inversión a fin de generar un ambiente positivo en la economía nacional, la experiencia de Chile debe ser estudiada, ya que ha impuesto una temporalidad mínima de un año con sanciones al inversionista que la incumpla. En cambio, en otros países como el nuestro esta regulación sobre el espacio de tiempo no existe, y de hecho se tiene descartada en el futuro cercano, por considerarla que inhibiría la llegada de este tipo de capital.

Es evidente que a los chilenos esta medida les ha favorecido, por la seriedad con la que han conducido la economía a lo largo de los últimos años, así como la permanencia que ya tiene el Decreto-Ley 600 o el Estatuto de la Inversión Extranjera, que data desde 1974, si bien ha tenido diversas reformas, la última en 2006.

La direccionalidad también es parte de los conflictos que enfrenta la IDE. Ciertamente, a la gran mayoría de los gobiernos, en especial los de economías emergentes, les interesa que la IDE llegue a sectores productivos o de alta tecnología; sin embargo, la mayoría de la ocasiones esto no sucede.

México y a la gran mayoría de los países en desarrollo tienen esta necesidad, de alta tecnología, que son las que mayor impacto positivo tienen en el producto interior bruto e impulsan el progreso económico; sin embargo, gran parte de la inversión que ha llegado a nuestro país los últimos años, según informa la Secretaría de Economía (SE), se encamina a los sectores financieros y turísticos, que si bien no dejan de ser importantes no generan el desarrollo que necesita nuestro país.

² Ley de Inversión Extranjera Mexicana, versión electrónica disponible en Internet, en www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/46/3.htm?s

Otros comentarios en contra de este tipo de inversión son la poca o nula reinversión de las ganancias que se obtienen en los países.

En el caso mexicano la salida de ganancias generadas por la IDE se calcula por la SE que solo en 2005 crecieron en 185 por ciento las utilidades que las empresas transnacionales remitieron a sus países de origen; en cambio, la reinversión de las mismas empresas no creció en la misma proporción.

Otros elementos que los especialistas ven como contrario al desarrollo de los países receptores es el posible incremento de las importaciones, ya que según ellos los insumos que se requieren para estas empresas en gran medida vienen del exterior. Finalmente, impacta en la disminución del ahorro interno, ya que a decir de estos analistas, tiende a ser sustituido por la IDE. Un elemento más de crítica es el riesgo que corre la industria nacional de desaparecer, en especial la pequeña y mediana, ya que normalmente son desplazadas por la mayor tecnología y financiamiento con el que regularmente cuentan las foráneas, y que es la industria que más empleo genera en los países en desarrollo.

III. FACTORES INTERNOS (*PULL*), QUE AFECTAN A LA IDE

El siguiente apartado lo abordaré después de analizar la literatura de diversos especialistas que hablan sobre el tema, y del que rescataré los factores internos más recurrentes que pueden afectar a la IDE. Los factores que serán estudiados son aquellos en los que confluyen el mayor número de autores en asociarlos como los que más afectan a la inversión internacional. Por elementos *pull* entenderé aquellas situaciones que dentro de un país pueden ser controladas o dirigidas por los gobiernos de los países o por las mismas sociedades nacionales. Es importante reiterar que la investigación frecuentemente nos llevará a la referencia del caso mexicano, ya que en la gran mayoría de las ocasiones me permite tener una mejor comprensión del tema, obviamente sin dejar de lado la posibilidad de hacerlo con otros países, a fin de reafirmar el análisis.

Apertura financiera. Uno de los elementos básicos que ha impulsado la IDE, especialmente en los países de economía emergente, es el proceso de apertura financiera que se vivió en ellos, de manera especial a partir del inicio de la década de los noventa, lo que provocó el aumento significativo en la llegada de IDE. La apertura que se dio para los servicios bancarios y de seguros, así como en general toda la gama de servicios financieros, fue un proceso que se dio de manera conjunta o previa con otros elementos y mo-

dificaciones legales y jurídicas, que al final redituaron en mayores inversiones en gran número de estos países, como lo demuestra el cuadro 1 siguiente en el caso de los países en desarrollo:

FLUJO DE IDE A LOS PAÍSES EN DESARROLLO³
 (Millones de dólares)

Cuadro 1

1980	1990	2000	2006	2008	2010
8,455	35,736	257,625	429,459	658,002	573,568

Fuente: UNCTAD.

Debo mencionar que México fue uno de los países que más rápido aplicó este proceso de apertura. Hasta mediados de los años ochenta, México era una de las economías más cerradas de la región latinoamericana y el mundo en general. Solo como un dato referencial diremos que es hasta 1986 cuando el país ingresa al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), pero en solo diez años ya había firmado uno de sus acuerdos comerciales internacionales más ambiciosos con Estados Unidos y Canadá, se reprivatizó la banca, y en general los servicios financieros tuvieron una nueva legislación más libre al interior y de apertura internacional; el país pagó la rapidez de dicho procedimiento con una de las crisis financieras mundiales más importantes de la época moderna.

Derechos de acreedores. Este es otro de los elementos que permiten que diversos países se pusieran en mejores posibilidades de recibir IDE. Dependiendo de la forma en que un país actúe o no, será en gran medida la respuesta de los inversionistas; por ejemplo, México, si bien cuenta con una legislación que da certeza a la propiedad, aún tiene “graves problemas con el cumplimiento de los contratos, lo que hace muy difícil que un acreedor se apodere de los activos de los deudores que no pagan. Estos problemas incluyen largas demoras en la resolución de las disputas comerciales (con una media de más de 30 meses de duración)”.⁴

Si bien es cierto que este es un factor que puede inhibir la IDE, también se puede decir que no es una norma absoluta, ya que, como veremos en el

³ Elaboración propia con información de United Nations Conference on Trade and Development, “UNCTAD Handbook of Statistics 2011”, Nueva York, UNCTAD, 2011, p. 336.

⁴ Martínez Lorenza, Aarón Tornell y Westermann, Frank, “Globalización, crecimiento y crisis financieras (las lecciones de México y el mundo en desarrollo)”, *El Trimestre Económico*, México, núm. 282, 2004, p. 298.

cuadro 2 y posteriores 3, 4 y 9, a pesar del comentario anterior de Lorenza Martínez, la inversión que ha llegado a México desde los años ochenta se ha incrementado, y en los últimos años se mantiene por encima de los quince mil millones de dólares, aun adoleciendo, como bien menciona la especialista, de una norma más ágil al respecto; además de comentar que en 2009 fue atípico, debido a la influencia de problemas económicos en Estados Unidos y la gripe AH1N1, y solo llegaron 15,575 millones de dólares.

IDE A MÉXICO EN AÑOS SELECCIONADOS⁵
 (Millones de dólares)

Cuadro 2

1980	1990	2000	2005	2008	2010
2,089	2,633	18,110	24,280	26,948	19,626

Fuente: Secretaría Economía.

Sin embargo, no es un asunto menor, ya que a decir de Martínez en el artículo citado, los bajos salarios de los jueces, las sentencias sesgadas y el mediocre cumplimiento de las decisiones judiciales, hace que las inversiones se contraigan de manera importante. Una alternativa que se ha buscado a fin de disminuir los efectos de esta situación es la formación de comités internacionales especializados, como los que se instauraron a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC).⁶ para la solución de este tipo de litigios que involucran a uno o más países.

Desregulación de bienes. Los procesos de privatización, cuando son acompañados de otra serie de reformas, especialmente relativas a la seguridad jurídica de la propiedad, lo cual promueve flujos importantes de IDE, especialmente al momento en que se ponen a la venta empresas o industrias, como la telefonía, eléctricas, de agua o constructoras y bancarias. Sin embargo, es importante no dejar pasar por alto que son un reflejo momentá-

⁵ Elaboración propia con información de www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/inversion-extranjera-directa/estadistica-oficial-de-ied-en-mexico

⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, documento firmado el 17 de diciembre de 1992 por los presidentes de Estados Unidos de América, México y el primer ministro de Canadá, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, el cual establece la desgravación arancelaria paulatina entre los tres países con el objetivo de incrementar la actividad comercial entre ellos y el resto de la comunidad internacional. Para mayor información al respecto, existe una extensa bibliografía y documentos electrónicos sobre el tema; el autor recomienda *El ABC del TLC*, editado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México en 1993, donde de una manera breve, pero adecuada, explica con claridad dicho acuerdo.

neo, ya que duran el tiempo que tome al gobierno implementar la venta del parque estatal de empresas, y cuando termina el proceso los flujos disminuyen de manera considerable, al menos por este rubro.

Cabe señalar que muchas economías emergentes siguen manteniendo reservas para la Inversión Extranjera en medios de comunicación, energía, especialmente la atómica, y algunos medios de transporte, en particular aviación, son cada vez los menos.

En México, en 2001, cuando se vende el Banco más grande del país, Banco Nacional de México (Banamex), al consorcio norteamericano Citigroup, es notable el incremento de la IDE en relación con el año anterior, y también el año siguiente es palpable su descenso, como lo muestra el cuadro 3. De hecho, al día de hoy es la segunda cifra más alta en la captación de inversión extranjera directa (IDE) por parte de nuestro país en un año, solo superada hasta 2007, cuando México captó 30,069 millones de dólares. Evidentemente, el caso 2001 fue fundamentalmente con base en la venta de una empresa nacional, que por sí sola presentó la llegada de casi 13 mil millones de dólares.

REFLEJO DE LA VENTA DE BANAMEX⁷
(Millones de dólares)

Cuadro 3

2000	2001	2002
18,110	29,858	23,913

Fuente: Economía.

Desde 2008 en México se intensificaron las negociaciones legislativas a fin de buscar llegar a un consenso que permita la apertura a la inversión extranjera en el sector energético, si bien ya hay avances en la exploración en el caso del petróleo y la distribución en el caso del gas, una mayor apertura no se ha podido negociar por los diferentes actores políticos.

Diferencial de salarios. Los salarios en el país emisor y en el país receptor, considerados como costo de producción, estimulan de manera positiva los flujos de IDE, buscando con ello el abaratamiento en la producción. Si bien son ciertas las dificultades para medir ese elemento, separándolo de la calificación y de la productividad, hace que se represente solo como productividad generalizando todos los elementos.

⁷ Elaboración propia con información de economía.gob.mx. *Idem.*

Sin embargo, es evidente que los costes de la mano de obra en China juegan como uno de los elementos que ha provocado que los últimos años sea el principal polo de atracción de la IDE dentro de los países en desarrollo.

En la provincia de Shenzhen (una de las de mejor salario) el pago mínimo es de 1,320 yuanes mensuales, a tipo de cambio de 6.32 yuanes por dólar; hablamos de 208.86 dólares mensuales para los chinos; en Estados Unidos el salario mínimo no profesional por hora es de 7.25 dólares. Si calculamos 8 horas de trabajo diario y 20 días promedio de un mes, tenemos 1,160 dólares, lo que hace un diferencial importante de más de 950 dólares por trabajador.

Lo mismo puede decirse del importante crecimiento de la IDE que ha llegado a la India, especialmente en tecnología de punta, ya que según reporte del Fondo Monetario Internacional, los salarios de los ingenieros hindúes, a pesar de tener altos grados de especialización, son hasta diez veces más bajos que los de algún ingeniero o técnico europeo o norteamericano, lo que entre otras cosas los ha llevado a multiplicar, como podremos ver en el cuadro 4, por más de diez veces la IDE entre 2000 y el 2010.

IDE A LA INDIA 2000/2005⁸
(Millones de dólares)

Cuadro 4

2000	2006	2007	2008	2009	2010
3,588	20,328	25,350	42,546	35,649	24,640

Fuente: UNCTAD.

Gobernabilidad corporativa. Este elemento ha venido tomando cada vez mayor fuerza conforme se van requiriendo mejores ejercicios que “engloban una gama de códigos legislativos, estructuras de juntas directivas y prácticas empresariales. Sin embargo, hay parámetros que se aplican por igual a una gama de entornos jurídicos, políticos y económicos. La gobernabilidad corporativa en América Latina depende de tres indicadores claves: los derechos de los acreedores, los derechos de los accionistas y las normas de contabilidad”.⁹

⁸ Elaboración propia con información de UNCTAD, *Handbook Statistics 2011, cit.*, nota 4, p. 338.

⁹ www.iadb.org/res, Banco Interamericano de Desarrollo (2002), *Políticas económicas de América Latina*, vol. 20, cuarto trimestre, p. 6.

Lo anterior va dirigido de manera especial a proteger al inversionista minoritario dentro de una empresa, protegerlo de los inversionistas mayoritarios, en especial para la compra de sus acciones o en el reparto de utilidades, ya que se ha detectado la práctica por parte de algunos accionistas o empresas en las que antes de un alza importante en las acciones o una fusión con otra empresa obligan a los accionistas minoritarios, especialmente los extranjeros, a comprar o vender sus acciones, según sea el caso, con lo que le quitan los beneficios de la acción futura.

Claro está que este también es un tema de ética empresarial.

Alberto Chong y Alejandro Izquierdo, en su estudio “Corporate Governance and Private Capital Flows to Latin America”, cuya referencia encontraremos en la electrografía sobre la administración de las empresas, explican que son varios los factores que determinan dicha actuación, empezando por claros síntomas de corrupción y la falta de regulación jurídica legislativa en muchos de los países en desarrollo, ya que es indispensable la existencia de códigos y leyes que regulen la administración o gerencia de las empresas; concluyen que la política gubernamental y la administración empresarial son inseparables en el combate a este tipo de prácticas.

Inflación controlada. La inflación en márgenes bajos habla de un buen resultado en la política económica de un país. Ello hace que los inversores lo vean positivamente al momento de plantearse la posibilidad de llevar a cabo una inversión, especialmente aquellos países que logran mantener en períodos prolongados (al menos cinco años), de índices inflacionarios inferiores al 10 por ciento.

Evidentemente, los medios que cada país tiene para controlar la inflación son llevados a cabo a través de la política económica que cada uno diseña. Las tendencias internacionales recientes es que sea llevada a cabo por los bancos centrales autónomos de los Estados. Por ejemplo, el principal mandato que tiene el Banco Central Europeo es el controlar la inflación, lo mismo el Banco de México; sin embargo, hay países como Estados Unidos, en que la reserva federal (Banco Central) tiene como principales objetivos controlar la inflación y promover el desarrollo económico.

Liberación comercial. Al implementar esquemas de liberación comercial en países con economías emergentes, esto provoca un mayor dinamismo en la comercialización internacional de sus productos, que genera mayor necesidad de inversiones hacia los países que la implementan. Evidentemente, y al igual que otros casos, no es una sola reforma o modificación la que impulsa la inversión, sino que son factores que necesariamente tienen que vincularse de manera positiva, como algunas de las que vimos anteriormente y de

manera muy importante el entorno internacional, ya que, por ejemplo, intereses altos en los países que generan la inversión extranjera directa (IDE) inhibirán su salida.

No cabe la menor duda de que si hay un país que ha sido beneficiario de este esquema es México, que inicia su proceso de liberación comercial internacional de manera incipiente en 1986 al ingresar al GATT, así como toda una reforma legislativa que vendría a dar la apertura comercial y financiera más rápida e importante de América Latina, que como podremos observar en el cuadro 5, solo unos años antes recibía en promedio 4,000 millones de dólares en inversión extranjera directa (IDE) y el mismo año en que entra en vigor el TLC tiene un aumento del 250 por ciento y llega a 10,972 millones de dólares.

Libre flujo de capitales. Uno de los rubros más importantes a considerar para el flujo de la inversión extranjera directa (IDE) es justo este, ya que involucra directamente la llegada de la inversión a los países de economías emergentes; sin embargo, también hay que decir que esta es una de las variables más criticadas por los diversos analistas, ya que el inversionista solicita libertad absoluta de movimiento de capitales, lo cual deja al Estado receptor sin posibilidades de dirigir la inversión a las áreas que más convengan a su estrategia de desarrollo o asegurar temporalidades multianuales que permitan el desarrollo de áreas especiales.

Como expliqué páginas atrás, al ser este uno de los puntos álgidos, lo importante tiene que ver con la forma de llevarlo a cabo y la seriedad que dentro del concierto mundial ha adquirido cada país; el caso de Chile es rescatable, ya que si bien ha implementado algunos controles, especialmente a la temporalidad de las inversiones, la seriedad en la conducción de su economía nacional, como por ejemplo de que es una medida que se implementó desde principios de la década de los setenta y no ha variado, le permite que los inversionistas internacionales conozcan con claridad las reglas del país y sea una opción importante en América Latina.

Ciertos países, como China, lo que implementan es una serie de medidas legales o jurídicas en positivo, a fin de estimular la permanencia y la dirección de las inversiones, creando, por ejemplo, exenciones fiscales en ciertas áreas,

las facilidades para el establecimiento de la Inversión Extranjera Directa (IDE) en China son claras: exención de impuestos para las empresas manufactureras en los primeros dos años de establecimiento y pago de 50% de los mismos durante los siguientes tres, tasas del 15% en el impuesto

corporativo para las empresas establecidas en las zonas especiales, libre importación de insumos, simplificación de procedimientos para la obtención de licencias.¹⁰

Según la ALADI, en América Latina el estímulo mediante exenciones fiscales ha sido una solicitud frecuente; a principios de 2006 en Brasil se aprobaron exenciones tributarias para inversiones financieras extranjeras, con lo que se pretendía atraer al menos diez mil millones de dólares, lográndose superar con mucho la expectativa, ya que ese mismo año se recibieron 18,822 millones de dólares, y para 2010 se ha llegado a la cifra de 48,438 millones; por ello es que diversos especialistas, entre los que destacaron en su momento el del exdirector gerente del Fondo Monetario Internacional, Rodrigo de Rato Figaredo, y el Premio Nobel de Economía, Robert Mundell, hicieron sugerencias de reformas y exenciones fiscales para México, similares a las brasileñas; lo mismo ha sido por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y diversos actores económicos locales.

Inestabilidad económica interna. Antes de comenzar este apartado diré que entenderemos por inestabilidad económica la alteración negativa de los índices de referencia de la política económica interna de un país, como el elevado déficit fiscal, aumento desproporcionado de la deuda externa, elevados índices de inflación, etcétera.

Pareciera lógico que uno de los estímulos más importantes que existen para que la inversión extranjera directa (IDE) llegue a un país es que este mantenga una estabilidad económica que permita al inversionista tener expectativas positivas de la generación de ganancias de su inversión; sin embargo, como hemos visto en ejemplos anteriores, las variables que hay en captación de IDE nos indican que tenemos que ser cautelosos y revisar caso por caso.

En México encontramos una situación que permite, si no contradecir la hipótesis anterior, al menos ponerla en entredicho o comenzar a crear una de las excepciones del caso. Como se puede observar en el cuadro 5, entre 1992 y 1998 la inversión no dejó de llegar al país; podremos ver que en los años previos a la vigencia del TLC la IDE se mantuvo ligeramente por arriba de los cuatro mil millones de dólares, multiplicándose por dos el año que entra en vigor dicho acuerdo, y si bien es cierto que baja en los

¹⁰ Citado por Chanona Burguete, Alejandro, “Balance de las relaciones económicas México-Unión Europea en el Marco del TLCUEM”. Versión electrónica disponible en Internet en www.sre.gob.mx/uaos/ponencia/11ceenam%chanona.doc. p. 6.

años posteriores, no lo es de manera significativa, ya que logra recuperarse al final de la muestra. No debemos de olvidar que en los años 1994/1995 México estuvo inmerso en la crisis económica más importante de su historia reciente.

IDE A MÉXICO 1992/1998¹¹
(Millones de dólares)

Cuadro 5

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
4,392	4,388	10,972	9,526	9,185	12,829	11,223

Fuente: INEGI.

Es importante destacar en este caso, que teóricamente es un elemento que también puede ser promotor de la inversión extranjera, ya que al estar un país en situación económica inestable, provoca que los capitales vean la oportunidad de comprar a precios inferiores a los que tendrían que hacerlo en caso contrario, ya que el inversionista internacional tendría el capital que no tiene en esos momentos el local. Lo anterior, aunado a la firma del TLC, explica el flujo de IDE que llegó a México en los años de referencia.

Reformas políticas. En este rubro estudiaré los cambios jurídicos y no necesariamente económicos, pero que impactan en la producción y en general en el desarrollo de un país, especialmente aquellos llamados de segunda generación, que requieren la intervención de los Congresos de los Estados para llevarse a cabo, como la relevancia del proceso presupuestal, la autonomía de los bancos centrales, mejoras en la educación a fin de evitar la deserción escolar y como leyes laborales e impositivas adecuadas.

Actualmente en México continúa la discusión política y económica de si debe o no darse la apertura a la inversión privada a los hidrocarburos, una reforma hacendaria y una ley de trabajo actualizada. A decir de diversos analistas internacionales, como los referidos anteriormente Rodrigo Rato y Robert Mundell, así como diversas consultoras económicas internacionales, como Fitch Ratings o la mencionada OCDE, estos son elementos que han impedido la llegada de IDE en mayor cuantía, y que de no mejorarse seguirán impidiendo que llegue a México la suficiente inversión que se requiere para impulsar el desarrollo nacional.

¹¹ Elaboración propia con información de www.dgcnesyp.inegi.gob.mx/cgi-win/bdieint-si.exe/consultar

En fechas recientes, y pese a las discusiones políticas generadas por los diversos escenarios político-electorales que hay en el país, se han logrado acuerdos importantes en materia jurídica legislativa; por ejemplo, en los últimos años se han logrado aprobar los presupuestos anuales, con relativa calma, inclusive para 2009, que se vio impactado por la crisis financiera de Estados Unidos y tuvo que ser modificado antes de su discusión en los plenos. Asimismo, se han logrado reformas incipientes en materia fiscal y petrolera, y si bien son limitadas, se intenta con ello superar barreras que impiden la llegada de IDE, que se han requerido en México al menos los últimos catorce años; sin embargo, quedarían pendientes las reformas en otros sectores de energía y las laborales, así como otras, que no tienen mayor relevancia para nuestro tema.

Seguridad jurídica. Uno de los elementos principales es el mencionado, ya que el inversionista internacional tiene claro que prefiere tener inversiones seguras aun sobre los beneficios que podría generar. La seguridad jurídica cobra especial relevancia en momentos como los vividos desde principios de 2006 y hasta la fecha en Bolivia, en donde el presidente Evo Morales Ayma nacionalizó la industria del petróleo y condicionó a un banco español con intervenirlo si no entregaba el estado de cuenta de las empresas, violando con ello el secreto bancario, además de estar enfriado en una fuerte discusión con los opositores por temas de autonomía en las provincias.

Diversos investigadores coinciden en que esta es una de las razones por las que la IDE es dirigida preferentemente a los países desarrollados por sobre las economías en desarrollo, como podemos ver en el cuadro 6, que a continuación nos refleja la disparidad de las inversiones, dirigiéndose de manera preferencial a las regiones o países más desarrollados, haciendo con ello el círculo de la IDE, ya que los países que más recursos “exportan” son los que más captan. Si bien no podemos dejar de notar que en los años 2009 y 2010 hay un acercamiento significativo, es indudable que se trata del reflejo de las contracciones europea y norteamericana, lo cual también se refleja en los montos totales de IDE; sin embargo, debemos dejar pasar más años para observar cómo se desenvuelve la situación.

**PREFERENCIA DE IDE POR BLOQUE
DE PAÍSES¹²**
(Millones de dólares)

Cuadro 6

	2007	%	2008	%	2009	%	2010	%
Total de la IDE mundial	1,970,940	100	1,744,101	100	1,185,030	100	1,243,671	100
Países desarrollados	1,306,818	66.3	965,113	55.3	602,835	50.8	601,906	48.3
Países en desarrollo	573,032	29	658,002	37.7	510,578	43	573,568	46.1

Fuente: UNCTAD.

Evidentemente, estas decisiones afectan especialmente al país que las aplica; sin embargo, no deja de tener implicaciones internacionales, que en alguna medida hacen que los inversores prefieran enviar sus capitales, como pudimos observar a los países desarrollados.

Podemos concluir este apartado diciendo que es indudable que China tiene un papel importante en el movimiento favorable que llega a los países en desarrollo, ya que como podemos ver en el cuadro 7, si sumamos su captación con la de Hong Kong, Macao y Taiwán, llega a obtener en 2010 cifras superiores a los 179,000 millones de dólares, lo que en todo caso representa casi la tercera parte de lo captado por los países en desarrollo ese año.

¹² Elaboración propia con información de UNCTAD, *Handbook Statistics 2011, cit.*, nota 4, p. 336.

Las cantidades no hacen la suma exacta, ya que falta contemplar los países llamados en transición, como Armenia o Croacia.

DESGLOSE DE IDE A CHINA 2008/2010¹³
 (Millones de dólares)

Cuadro 7

	2008	2009	2010
China	108,312	95,000	105,735
Hong Kong	59,621	52,394	68,904
Macao	2,305	2,770	2,558
Taiwán	5,432	2,805	2,492
Total	175,670	152,969	179,689

Fuente: UNCTAD.

Tamaño económico del país. “Actúa positivamente como incentivador de los flujos de IDE, ya que puede capturar la capacidad de generar ventajas de propiedad para sus empresas, activos intangibles que actuando como un bien público se difundirían para el conjunto de las mismas”.¹⁴ Diversos investigadores han hecho especial hincapié en esta situación, ya que las ventajas al interior, como las que pueden capitalizarse en el comercio internacional, son más atractivas que en aquellos países de economía pequeña.

El número de población y su capacidad de compra, el tamaño del producto interior bruto, entre otros elementos, hacen que sea más atractivo un país que otro en el momento en que un inversionista decide la dirección de sus recursos. Si usamos a manera de referencia el PIB per cápita de Chile (15.4) y el peruano (9.2), el inversionista preferirá al primero, ya que tiene una capacidad de compra casi al doble que Perú, pese a que este último tiene casi el doble de la población chilena. Del mismo modo, a pesar de contar con una población numéricamente similar, España (29.4) tiene un PIB superior al de Argentina (14.6), lo que hará que sea preferida por el inversionista.

Tipos de cambio. La influencia que se da en este rubro es el incremento de la riqueza y los cambios de precios en relación entre el país emisor y el receptor. Sin embargo, una de las fallas principales que se le encuentran a esta teoría es que el diferencial de las monedas debe ser muy importante a fin de que sea notorio.

¹³ Elaboración propia con información de UNCTAD *Handbook Statistics* 2011, *cit.*, p. 338.

¹⁴ Segarra Teresa, Domingo y García Menéndez, Leandro, “Análisis de los factores determinantes de los flujos de IDE de los países comunitarios a América Latina”, *Información Comercial Española*, Madrid, núm. 806, Ministerio de Economía, 2003, p. 39.

Hay que decir que diversos autores coinciden en apoyar el razonamiento anterior, si bien no en el modo en que se reflejaría. Para algunos, es el costo real de los activos, lo que marcaría la diferencia, y para otros autores se da en la imperfección de la información en los mercados, ya que en cuanto mayor es la riqueza del inversor, mayor es su tolerancia al riesgo, especialmente si se conjuga con una época de emergencia económica en el país receptor.

Si bien la rápida recuperación de la IDE que llega a Argentina se debe a diversos factores, podemos decir que la caída de su tipo de cambio ha tenido un papel importante, al pasar de la paridad con el dólar, a mantenerse cercano a cuatro pesos argentinos por dólar los últimos cinco años, lo que impulsó estar casi a los niveles de captación de inversión anteriores a la crisis económica de diciembre de 2001, lo cual podemos ver en el cuadro 8 siguiente.

IDE A ARGENTINA AÑOS SELECCIONADOS¹⁵
 (Millones de dólares)

Cuadro 8

2001	2002	2003	2008	2010
7,138	5,399	1,652	9,726	6,337

Fuente: Ferreiro/UNCTAD.

Transparencia informativa. Este caso se refiere a la información de carácter económico, que permite a los inversionistas la formulación de contratos más completos y reducir considerablemente los riesgos. Quienes manejan información privilegiada tienen una ventaja sobre los que no, y ello puede afectar en mayor medida al extranjero o al no residente que no cuenta con diversos elementos con los que sí contaría el inversionista nacional.

Regresando al ejemplo de México, en 1994 la IDE es del 250 por ciento superior a la del año anterior. Si bien es cierto que ese año entró en vigor el TLC, también podemos decir que internamente el país tuvo una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que teóricamente recomendarían la no inversión, como la caída de las reservas internacionales, que reportó la SE (años después), que al inicio de ese año se ubicaban en aproximadamente los 20,000 millones de dólares, y en septiembre solo

¹⁵ Elaboración propia con información de Ferreiro Aparicio, Jesús *et al.*, “Estabilidad de los flujos de inversión extranjera directa: el caso de las inversiones españolas en Latinoamérica”, en www.redcelosfurtado.edu.mx/archivospdf/rioferreiro.pdf, y de UNCTAD *Handbook Statistics 2011*, *cit.*, nota 4, p. 338.

había 3,000 millones de dólares. Se sabe que los residentes que conocían lo que pasaba al interior especialmente del gobierno y con información privilegiada, sacaron del país más de 15,000 millones de dólares, pero al no tener información, los extranjeros siguieron invirtiendo en el país, al grado de llagar a lo que en su momento fue la cifra récord de IDE.

Actualmente, a fin de evitar lo anterior, actúan organismos como la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial. Evidentemente, la lógica es que países que no tengan nada que ocultar contratan con la MIGA, lo que ha logrado que la gran mayoría de los países hagan transparente la información económica relevante a fin de mantener flujos de información pública que permita la toma de decisiones más adecuadas.

Ventajas tecnológicas. “El nivel de I+D alcanzado por un país respecto de su tamaño puede ser una buena aproximación de la capacidad de sus empresas para desarrollar esas ventajas de propiedad que les confieren una ventaja competitiva en otros mercados. Dicha variable no aparece contrastada habitualmente en los trabajos sobre el tema, quizá por la falta de estadísticas disponibles”.¹⁶ Pero sí puedo afirmar que como vimos en ejemplos anteriores, la capacidad tecnológica hace que un país tenga más posibilidades de recibir inversión de otro que aún no la genera, fortaleciendo especialmente al sector educativo.

Si observamos que en la India gran parte de la IDE que llega de la llamada tecnología de punta “la industria del software, ha crecido a un ritmo promedio del cincuenta por ciento, desde la década de los noventas, llegando a ser el segundo exportador de estos implementos a Estados Unidos, el resto tiene mercado en Europa y Japón”,¹⁷ lo anterior como resultado de una política educativa encaminada al desarrollo de los estudios técnicos, que data desde la década de los cincuenta, en los primeros años de independencia de dicho país. Hoy en día la India cuenta con una gama importante de especialistas en informática, en telecomunicaciones y en ingeniería.

Finalmente, después de haber revisado diversas variables que afectan la IDE, como ya hemos mencionado, no podemos afirmar que una de ellas sea determinante sin tomar en cuenta otra o varias de índole interna o externa que, como veremos en el siguiente apartado, también impactan de manera importante en la decisión de los inversionistas, y de igual manera que las internas, tienen diversos componentes y se complementan unas con otras.

¹⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁷ Ortiz Adame, José, “Un análisis de los flujos de IDE hacia México, con especial referencia al período 2000-2005”, tesis de maestría en administración y gerencia pública, Madrid, INAP-UA, 2005, p. 86.

Podemos concluir esta sección diciendo que la combinación de los factores *pull* van a afectar a la inversión de manera distinta en cada país y a veces contradictoria, dependiendo de cada nación, el tiempo y la circunstancia social, política y económica de cada uno de ellos.

IV. FACTORES EXTERNOS (*PUSH*), QUE AFECTAN A LA IDE

En este apartado analizaremos los factores externos más recurrentes que pueden afectar a la IDE. Por estos entenderemos aquellas situaciones que no pueden ser controladas o dirigidas por los gobiernos o habitantes de los países, aquellos que suceden allende las fronteras y que afectan la inversión. Para la investigación seguiré utilizando como referencia principal el caso mexicano, ya que en la gran mayoría de las ocasiones nos permitirá tener una mejor comprensión del tema; evidentemente, como lo he estado haciendo hasta ahora, sin dejar de lado la posibilidad de exemplificar con otros países, a fin de reafirmar el análisis o apoyar una tesis.

Autores como Guillermo Felices y Bjorn Orskaug, especialistas del Banco de Inglaterra, en su estudio “Estimating the Determinants of Capital Flows to Emerging Market”, cuya fuente encontraremos en la electrografía, definen a los factores “*push*” como aquellos que tienen determinantes internacionales que van a influir la IDE:

Condiciones políticas. En esta sección entenderemos por “condiciones o asuntos políticos” aquellas acciones o declaraciones de los dirigentes sociales de un país que tengan repercusión internacional. Normalmente son acciones que tienen objetivos sociales y/o políticos, pero que influyen la economía de un país, de su región geográfica y en ocasiones del entorno mundial. Pueden ser acciones legislativas, como la aprobación o no de alguna reforma jurídica, decisiones del Ejecutivo de un país actuando en algún decreto o instrucción a funcionarios de la administración central, y finalmente de algún actor social, como la huelga prolongada.

En México, las políticas de privatizaciones y el inicio de la liberación comercial y financiera fueron en su momento decisiones ejecutivas. Hace falta el consenso político entre los legisladores a fin de tener una ley energética que permita y regule la inversión privada en este sector, para que influya positivamente en el desarrollo nacional. En los últimos doce años han existido diversos intentos de elaboración y aprobación de la misma, todos los cuales han sido infructuosos. Huelgas prolongadas o frecuentes han provocado la deslocalización de empresas extranjeras fuera del México. Como la empre-

sa japonesa Sony, que hace algunos años terminó por relocalizar su planta fuera de México.

Carlos González Parrodi, en su libro *Memorias y olvidos de un diplomático*, explica que al ser nombrado por el presidente Luis Echeverría Álvarez, embajador de México en Suiza, las instrucciones específicas que tenía eran las de conseguir inversiones de una empresa de alimentos y otra de relojes, lo cual le resultó imposible concretar, ya que en las ocasiones que logró compromisos por parte de los empresarios estos acuerdos no prosperaban en cuanto escuchaban los discursos a los que el presidente mexicano era proclive, a discursos de apoyo al líder de Cuba, Fidel Castro Ruz, y al chileno Salvador Allende Gossens, la intervención en el Grupo de los No Aliados, etcétera. El embajador nunca pudo convencer a los empresarios de que eran discursos de “consumo interno”, que no tenían nada que ver con la realidad y con las necesidades nacionales o con las acciones que pudiera llevar a cabo el presidente.

Desde hace algunos años hemos podido observar en la prensa mundial la problemática que en este sentido generó el presidente de Bolivia Evo Morales al nacionalizar la industria petrolera de su país y amenazar a un banco español con la misma acción si no entregaba las cuentas de las empresas nacionalizadas; del mismo modo, observamos la tirantez en las reacciones internacionales con las recientes posturas de Irán y Estados Unidos con relación al enriquecimiento de uranio que llevan a cabo en su territorio los persas. El cuadro 6 que observamos anteriormente nos muestra la preferencia que tiene el inversionista en buscar mayor seguridad jurídica y legal que le dan los países desarrollados al momento de decidir la inversión, sacrificando los posibles beneficios que pueden otorgarle algunas ventajas de los países en desarrollo.

Si bien es importante decir que no debemos perder de vista que en muchas ocasiones el discurso político no tiene la intención de llevar a la práctica lo que dice, es lo que podemos denominar “discurso para consumo interno”, como se comenta en el caso del embajador mexicano, que finalmente no llegará a los hechos.

Para concluir este segmento, puedo decir que este es un factor que si bien no podemos calcular la cantidad de IDE afectada por estas actividades, sí podemos sugerir que juega un papel relevante, en especial en aquellos en los que los dirigentes políticos tienden a crear certeza o incertidumbre con los mensajes o las acciones que realizan.

Bajas tasas de interés en los países emisores. El factor que analizamos es de los que más divergencias motiva, ya que genera diversos puntos de vista.

Para la economista Teresa Domingo Segarra, en su artículo en la revista *Información Comercial Española*, sobre el “Análisis de los factores que determinan los flujos de Inversión a América Latina”, esta variable explicativa de IDE es negativa para el país emisor, ya que cuando se decide un proceso de inversión, una tasa alta encarece el costo de obtención de recursos para apalancar la decisión, y esto hace que situé a dicha empresa o inversionista en desventaja. Lo anterior está en concordancia con otros autores, como Barry Eichengreen y Ashoka Mody, de la Universidad de Berkeley, California, que en su artículo “Interest Rates in the North and Capital Flows to the South”, cuya fuente puede verse en la electrografía, aseguran que bajas tasas de interés en el país emisor estimulan que el inversionista busque mayores rendimientos para sus capitales, especialmente en períodos largos de tasas bajas.

Sin embargo, Madeleine Andreff, en su artículo en la revista *Información Comercial Española*, sobre la “Competencia por la inversión extranjera directa en una Unión Europea ampliada”, comenta que el tipo de interés a largo plazo refleja también la tasa de inflación, como un indicador de la economía, y representa el costo del capital que las filiales extranjeras tendrán que asumir si quieren extender su IDE con financiamiento local.

Los años recientes se han caracterizado por tasas bajas de interés en los países desarrollados (en la zona euro menores al uno por ciento, hasta abril de 2011, que subió .25) y la información que nos da la UNCTAD con relación a la entrada de IDE de estas naciones, que son, como hemos visto, las que más reciben, es de una contracción provocada preferentemente por la inestabilidad de la economía europea.

ENTRADA DE IDE DE PAÍSES DESARROLLADOS SELECCIONADOS¹⁸
(Millones de dólares)

Cuadro 9

País	2008	2009	2010
Unión Europea	487,968	346,531	304,689
Japón	24,426	11,939	-1,251
Estados Unidos	306,366	152,892	228,249

Fuente: UNCTAD.

¹⁸ Elaboración propia con información de UNCTAD, *Handbook Statistics 2011, cit.*, nota 4, pp. 342 y 346.

Cambio demográfico. Este es un tema que actualmente no ha tenido repercusiones mayores en la IDE, pero quise incluirlo, ya que es un segmento que si bien es cierto se ha tocado poco, se prevé que en años futuros el cambio generacional hará que especialmente los países de economías desarrolladas que han logrado progresos importantes en la longevidad de sus sociedades, como particularmente puede observarse en la japonesa y en algunas europeas, busquen en otras sociedades la fuerza de trabajo que se requerirá a fin de mantener su desarrollo.

Las variables que se contemplan es a través de la aceptación de importantes flujos migratorios que ya se observan en algunos países, como históricamente ha sido Estados Unidos, y más recientemente en España, o la deslocalización de empresas o inversiones directas; en este último caso se encuentran naciones como Japón, que no cuentan lo que pudiéramos llamar una cultura de aceptación migratoria ni con territorio suficiente como para aceptar grandes flujos migratorios que le permitan seguir manteniendo su industria dentro, y necesariamente su crecimiento tendrá que ser fuera de su frontera, con opciones preferentes en el sureste asiático y China.

Crisis económicas. Llamare crisis económica a la conjunción de hechos que entorpecen el desarrollo comercial, financiero y social de un país o su entorno geográfico regional. En los últimos años la economía internacional ha marchado mal en términos generales, aunado a los altos precios de la energía, en especial del petróleo, que ha mantenido una situación de atención constante por parte de los analistas. De hecho, las actuales crisis de Grecia, Italia y en general de la Unión Europea y la norteamericana, han impactado negativamente en todo el mundo.

Sin embargo, para ejemplificar este tema me referiré a las crisis generalizadas de mediados y finales de los años noventa, en las que hubo crisis económicas en regiones enteras, como la del sureste asiático, o aquellas que impactaron fuera del ámbito regional, como la rusa. Estas dos crisis provocaron una importante deserción de los inversores con respecto a los países con economías en desarrollo, lo que según el Banco Mundial contribuyó al deterioro en las perspectivas a mediano plazo de los flujos de capitales extranjeros hacia este tipo de países.

Especialmente la que causó la crisis rusa en los países latinoamericanos, particularmente Brasil, quien vio afectado el flujo de capitales, los que cayeron, según estadísticas de la UNCTAD, casi un 50 por ciento de un año a otro, si bien habría que matizar que en México la inversión creció casi al 20 por ciento en los mismos años. Como podremos observar en el cuadro 10, en está ocasión se dio un fenómeno denominado “frenazo súbito”, porque son totalmente inesperados.

Este ejemplo nos permite observar cómo una variable similar afecta de manera diferente a los diversos actores del contexto mundial, a pesar de que en esta oportunidad se habla de países de la misma región, lo cual ha sido una constante en la presente investigación.

IDE A AMÉRICA LATINA Y MÉXICO 1998/1999¹⁹
(Millones de dólares)

Cuadro 10

	1998	1999
América Latina	59,600	35,300
México	11,223	13,426

Fuente: IADB/INEGI.

Sin embargo, la situación en Europa y en Estados Unidos evidentemente que traerá consecuencias más graves, que con certeza se reflejarán en los resultados de los años 2011 y 2012.

Déficit fiscal. El presente rubro lo incluí especialmente por el caso de la Unión Europea, ya que como vemos en el cuadro 9, las inversiones internacionales de Estados Unidos no se vieron afectadas, entre otros elementos, por el déficit público hasta 2009. Este déficit, si bien compromete otras áreas de la economía internacional que han sido puestas en relevancia por diversos estudios internacionales, como el elaborado por el Institute of International Finance intitulado, “Growing Challenges for Emerging Market Economies”, donde ponen de manifiesto su preocupación por las fallas existentes en la economía americana, sin embargo, para el estudio sobre los flujos de salida de IDE no impactó hasta ese año.

En cambio, para el caso concreto de la Unión Europea de los 27, se está previendo que una aplicación estricta del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que limita el déficit presupuestario “a menos del 3 por 100 del PIB y una política de cambio estricta seguida por el Banco Central Europeo (y por los Bancos Centrales de los PECHO hasta su entrada en el euro), se puede esperar un efecto negativo sobre la entrada de los flujos de IDE en la UE ampliada”.²⁰ Esto es muy importante, ya que, como veremos más adelante,

¹⁹ Elaboración propia con información de www.iadb.org y www.dgcnesyp.inegi.gob.mx cit. nota 6.

²⁰ Andreff, Madeleine y Wladimir Andreff, “La competencia por la inversión extranjera directa en una Unión Europea ampliada”, en Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, *Información Comercial Española*, Madrid, núm. 818, ICE, 2004, p. 39.

en el cuadro 14, algunos de los países que se integraron recientemente a la Unión dependen en gran medida de la inversión extranjera para su crecimiento, especialmente la IDE europea, que llega a ellos.

Desconocimiento de mercados. La dificultad que implica el conocimiento de un mercado marca algunos de los motivos por los cuales ciertos inversores prefieren no involucrarse en mercados nuevos o alejados. Podremos ejemplificar en este caso con el poco interés que en España ha generado el desarrollo de China, en donde algunos de los argumentos que se dan es precisamente la lejanía del país, así como el desconocimiento del idioma e idiosincrasia de los asiáticos, y, que a la inversa España, se ha especializado en Latinoamérica como síntoma de conocimiento de los elementos anteriores.

Sin embargo, este argumento es fácilmente debatible, ya que Estados Unidos y otros países europeos sí han hecho inversiones muy importantes en China hasta convertirlo en el principal receptor de IDE de los países desarrollados en los últimos años, a pesar de tener los mismos impedimentos de conocimiento que los españoles.

Como podremos observar en el cuadro 11, China, sin contar Hong Kong, Taiwan y Macao, recibió en los últimos cinco años un promedio de 90 mil millones de dólares anuales en IDE, que representa gran parte de la inversión que llega a los países en desarrollo.

IDE A CHINA 2000/2010 ²¹
(Millones de dólares)

Cuadro 11

2000	2006	2007	2008	2009	2010
40,715	72,715	83,521	108,312	95,000	105,735

Fuente: UNCTAD.

Efecto país. Comúnmente este factor es dado por hecho, y en ocasiones no se le presta la relevancia que para algunos analistas tiene, ya que “permanece constante en el tiempo y que podemos identificar... creemos que persiste una heterogeneidad que recogería peculiaridades intrínsecas tales como el idioma, hábitos culturales, marco normativo e institucionalidad, entre otras”.²² Esto indudablemente lo pone en la mira de inversores, como mencionábamos anteriormente en el caso de España con Latinoamérica, ya

²¹ Elaboración propia con datos de *UNCTAD Handbook Statistics 2011*, *cit.*, nota 4, p. 338.

²² Segarra Teresa, Domingo, *op. cit.*, nota 14, p. 40.

que los españoles conocen más de la idiosincrasia de América Latina que cualquier otro país europeo o de Norteamérica; sin embargo, es importante señalar que también pone paradigmas al quedarse como si fueran nichos de mercado español.

Este sector tiene diversas variables, ya que si bien es importante conocer aspectos culturales del país al que se dirigen las inversiones, hay acciones que también son trascendentales más allá de los aspectos culturales, como el respeto que tenga dicho país por la normativa; por ejemplo, desde principios de la década de los setenta Chile implementó rigurosas reglamentaciones para controlar la temporalidad de la IDE, una medida que en un primer momento se pronosticaría contraria a la llegada de inversiones; sin embargo, al paso del tiempo ha resultado beneficiosa, ya que los chilenos han tenido un comportamiento estricto sobre la aplicación de la institucionalidad y la norma, dando por resultado que el inversionista lleve su capital a ese país.

Por otra parte, podemos decir que el caso contrario más relevante sería China, que hace treinta años prácticamente nadie estaría interiorizado en sus “peculiaridades intrínsecas”; sin embargo la normativa implementada para proteger e impulsar la IDE fue y seguirá siendo uno de los principales pilares que convirtieron a ese país en uno de los polos básicos de recepción de inversiones internacionales.

Globalización. Para algunos investigadores la globalización es un elemento que no debe dejarse de lado a la hora de hablar de los factores que afectan la IDE, ya que sin duda alguna esta vino a ampliar las oportunidades de inversión y a reducir los riesgos de la misma.

Si bien también será importante definir lo que cada analista entienda por globalización, para esta investigación la entenderé como el incremento sustancial de las redes de interdependencia a nivel mundial, con dimensiones políticas, sociales, ambientales, económicas, así como del intercambio cultural, que ha generado transformaciones de carácter internacional; lo anterior, apoyado de manera importante por el desarrollo de la electrónica, en la que se sustentan gran parte de los soportes técnicos que impulsan esa transformación.

Existe el consenso de que la globalización no es nueva; sin embargo, a mediados de la década de los ochenta, al conjugarse con la derrota ideológica del socialismo soviético, se reestructuraron las relaciones internacionales y se pasó de la geopolítica a la geoeconomía, que impulsó la competencia comercial y financiera, liberalizando los mercados económicos mundiales.

China es el país que más destaca en este proceso, ya que transitó de ser una de las naciones más cerradas y desconocidas en el entorno mundial, a la que mayores inversiones internacionales recibe; es la nación que más ha

crecido en su comercio, y en general los últimos años ha mantenido un ritmo de crecimiento de su producto interior bruto (PIB) por encima del nueve por ciento, lo que representa un logro importante para ellos en particular, pero en general para la economía mundial. Si hoy en día hubiera una contracción en la economía china, el impacto negativo que generaría se pronostica de repercusiones mayores.

No puedo pasar por alto por alto decir que si bien los mecanismos económicos sufrieron una liberalización muy importante, no ha sido así con las fronteras migratorias de las personas, los cuales se han hecho más complicados y restrictivos; es el gran déficit de la globalización.

Eventos bélicos. Como mencioné en el apartado anterior, al inicio de la década de los noventa se tuvo la expectativa de que la violencia internacional disminuyera considerablemente debido a la derrota de la ideología soviética; sin embargo, eso no fue así; por el contrario, las luchas internas en África, Europa (Somalia y Yugoslavia), las que se dieron entre naciones en América (Ecuador-Perú), más la permanente lucha de Oriente cercano, mantuvieron el clima de violencia latente, aun por encima de las épocas de la llamada “Guerra Fría”.

Desde el 11 de septiembre de 2001 el mundo ha vivido una escalada de violencia, que ha provocado desestabilizaciones, que repercuten en los flujos que llegan a los países en desarrollo. Después de los atentados en Nueva York fueron perpetrados otros en Madrid, Bali, Londres y El Cairo, que han tenido repercusiones en todo el mundo, en especial con la invasión estadounidense a Afganistán y a Irak.

Todo lo anterior sin dejar de lado las amenazas que penden sobre Corea del Norte, Irán y Cuba, catalogados por Estados Unidos como el “triángulo del mal”.

El principal protagonista de estos eventos bélicos ha sido dicho país, lo que ha provocado en gran parte un déficit fiscal de magnitudes insospechadas hace solo diez años, al terminar el gobierno de William Jefferson Clinton, quien dejó un superávit en las cuentas del país. Esto ha evitado que los flujos de salida de IDE crezcan suficientemente, si bien, como lo muestra el cuadro 12, las inversiones norteamericanas se mantuvieron constantes, llegando a crecer de manera importante en 2004, el año siguiente fue literalmente catastrófico, al decrecer a —12 mil millones de dólares, flujos que no se han podido reactivar debido al constante decaimiento de la economía norteamericana, que desde 2009 está al borde del colapso.

Es importante comentar que la variable norteamericana que observamos actualmente, al igual que todos los segmentos anteriores, tiene diversas aristas, ya que si bien el elemento de la guerra en Irak y todos los eventos

bélicos en los que ha participado este país los últimos años tienen un peso considerable, se conjuga con diversos elementos, como los ya analizados, referentes a las bajas tasas de interés y el creciente déficit fiscal, que permanentemente incrementó la política económica del presidente George Walter Bush, y el actual mandatario, Barack Hussein Obama, no ha podido revertir.

FLUJO DE IDE DE ESTADOS UNIDOS
2000/2005²³
(Millones de dólares)

Cuadro 12

2000	2001	2002	2003	2004	2005
142,626	124,873	134,946	129,352	222,437	-12,714

Fuente: UNCTAD.

Integración regional. Con la conformación en su primer momento de la Comunidad Económica Europea, lo que hoy es la Unión Europea inició un proceso que se ha generalizado en diferentes regiones del mundo; si acaso el modelo europeo, a pesar de su actual crisis, no deja de ser el más avanzado y guía de otros, México puede ser también contemplado como ejemplar, debido a la diversidad de acuerdos comerciales que ha firmado, hasta llegar a tener más de cuarenta.

Dichas uniones, de la más diversa índole, característica y grados de profundidad, han fomentado de manera positiva los flujos de IDE, si bien no en todos los casos ha causado el mismo efecto, el ejemplo mexicano con la firma de lo que fue su primer TLC, con Estados Unidos y Canadá, significó crecer un 250 por ciento entre 1993 y 1994, como lo podremos observar en el cuadro 13; sin embargo, acuerdos posteriores igual de importantes, como el firmado en 2000 con la Unión Europea (TLCUEM), como también podemos ver en dicho cuadro, no trajeron el mismo efecto, si bien es necesario aclarar que el crecimiento de casi el cien por ciento que se denota en el último año refleja la venta del Banco Banamex, de la que hablamos en el cuadro 3, y no necesariamente la inversión propiciada por la firma del convenio con Europa.

²³ Elaboración propia con información de United Nations Conference on Trade and Development *World Investment Report 2006*, Nueva York, UNCTAD, 2006, p. 299.

IDE A MÉXICO 1992/2001²⁴
 (Millones de dólares)

Cuadro 13

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
4,392	4,388	10,972	9,526	9,185	12,829	11,223	13,426	16,909	27,720

Fuente: INEGI.*

Otro ejemplo importante que se puede poner en este sentido es el que mencionaba del proceso que se ha dado en la Unión Europea y las repercusiones que ha tenido de manera favorable para la IDE hacia los países del área, en especial para los países que se adhirieron en mayo de 2004 a la Unión y a Bulgaria y Rumania, que a partir del primer día de 2007 pasaron a ser miembros formales de la Unión Europea. Baste decir que en 1993 la IDE que llegó a los países de Europa central y oriental (PECO) fue de 5,400 millones de dólares, y para 2002 ya fue de 23,200 millones de dólares; para 2007 llegó a 72,423, hasta hoy indudablemente su mejor año, cayendo en 2010 a poco más de un tercio, y ubicarse en 28,459; si bien es cierto que Polonia, Rumania y la República Checa reciben gran parte de la inversión.

No podemos dejar de mencionar la importancia que la IDE tiene en los PECO, ya que, por ejemplo, el stock de la inversión con relación al porcentaje del PIB en algunos países llega a más del 80 por ciento.

STOCK IDE EN % DEL PIB DE PAÍSES
 PECO SELECCIONADOS²⁵

Cuadro 14

País	Stock IDE en % del PIB
Estonia	85
Hungria	60
Rep. Checa	53

Fuente: Archuelo.

²⁴ Elaboración propia con información de www.dgcnesyp.inegi.gob.mx, *cit.*

* El lector podrá observar ligeras variantes entre los datos de IDE en los años 2000 y 2001. Ello se debe a que la fuente cambia en los casos anteriores: fue la Secretaría de Economía y en este el INEGI.

²⁵ Elaboración propia con información de Archuelo Greco, Álvaro y Pérez Garrido, Marta, *La economía Española en la Unión Europea de los 25*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2007, p. 8.

Precio de la energía. Los primeros años del siglo XXI se vivió un aumento constante en los precios de la energía, en especial del petróleo. A partir de la mitad de 2006 su precio se ha estabilizado, estando en promedio en 90 dólares por barril. Las motivaciones que impulsaron la escalada y su permanencia cercana a los cien dólares por barril son diversas: especialmente la demanda China y las tensiones bélicas y políticas que se viven en Irak, Irán y Venezuela.

Sin embargo, también podemos decir que la mayoría de las investigaciones que se han hecho recientemente, como la del Institute International of Finance, en su ya mencionado documento “Growing Challenges...” no contemplan variaciones significativas en la economía, por este tema, cosa que con las bajas sustanciales que ha tenido los últimos seis meses se ve lejana; algunos estudios mencionaban que solo un agravamiento severo de la relación Irán-Estados Unidos podría tener una escalada de tal magnitud.

Atendiendo los comentarios anteriores, podemos afirmar que los impactos que el elevado precio del petróleo ha tenido en la IDE han sido marginales; evidentemente, la ha afectado más la crisis económica europea.

Recesión en los países emisores. Contrariamente a lo que teóricamente indicaría una lógica, las recesiones en los países industrializados en algunos casos no detienen los flujos de IDE; por el contrario, hay estudios que demuestran que las “recesiones podrían llegar a aumentar los flujos de IDE, especialmente hacia aquellos países con estrechos vínculos con Estados Unidos y Europa. En vista de la recesión en Estados Unidos, ello representa una buena noticia para los países latinoamericanos, inquietos ante la posibilidad de perder la que es casi la única fuente de capitales privados que les queda”.²⁶

Como observamos en el cuadro 12, los flujos de inversión que salieron de Estados Unidos se mantuvieron constantes, teniendo un incremento importante en 2004, cumpliendo con ello el pronóstico de la cita anterior del Banco Interamericano de Desarrollo; sin embargo, en 2005 la caída es muy notoria. Por otra parte, como vemos en el cuadro 15, la IDE que salió de este país para México se mantuvo constante, al promediar los 10,000 millones de dólares hasta 2009, en que se agravó la crisis norteamericana, impulsando con ello la caída en la IDE de México y además perdiendo gran parte de su presencia en este rubro dentro de la economía mexicana.

²⁶ www.iadb.org, nota 9, *cit.*

IDE DE ESTADOS UNIDOS A MÉXICO

2000/2010²⁷

(Millones de dólares)

Cuadro 15

	2000	2001	2003	2005	2007	2009	2010
Estados Unidos	13,000	21,439	8,877	11,682	12,438	6,972	5,301
IDE Total en México	18,110	29,913	16,246	24,280	30,069	15,575	19,626

Fuente: Economía.

Como observamos, y reafirmando la constante de la investigación, unas mismas situaciones y problemáticas no siempre tienen el mismo resultado, y difieren de los países y años, remarcando en cada cual su circunstancia particular. Es cierto que en especial el caso de Estados Unidos conjuga diversos elementos, como un elevado déficit fiscal, así como haber disminuido de manera considerable su crecimiento y haber estado en constates eventos bélicos los años recientes.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este análisis tuvimos la oportunidad de revisar una serie de factores que impactan los flujos de inversión extranjera directa. Los dividí en dos grandes áreas diferentes: aquellos que tienen una incidencia nacional o local (*pull*), en los que teóricamente las autoridades y las sociedades locales pueden ejercer algún tipo de influencia a fin de cambiarlos, o al menos intentar su modificación, y la de aquellos en los que su incidencia es de carácter internacional (*push*), en los que los gobiernos nacionales y sus sociedades no tienen posibilidades directas en modificar su tendencia.

Sin embargo, como vimos durante la investigación, podemos afirmar que prácticamente ninguno de ellos es un factor puro; esto es, siempre están influenciados por una combinación, ya sea de una variante o de ambas.

Lo anterior es lo más respaldable, y que se debe seguir revisando continuamente, ya que tenemos ejemplos que nos hablan de una combinación de factores, y difícilmente encontraremos un caso en el que uno solo de ellos haya impedido o impulsado la IDE.

²⁷ Elaboración propia con información de economía.gob.mx, *cit.*

Sin lugar a dudas, esta será la realidad futura de la inversión extranjera directa, la confluencia de diversos factores o elementos que vendrán a influenciarla, que no dependerá solo de lo que una nación o su sociedad haga o deje de hacer, sino de una serie de elementos, que si bien algunos se llevarán a cabo dentro de sus fronteras y en ellos podrá tener medios para modificarlos, existen otros, en los que no tendrá la posibilidad de corregirlos, pero la IDE que reciba o deje de recibir será en relación con esos factores, y que a otras naciones estarán afectando de manera diferente.

Se puede ejemplificar diciendo que factores *push*, como los eventos bélicos y los asuntos políticos se han juntado en los casos de Irak e Irán, que crear incertidumbre internacional, pero que aunados a la poca seguridad jurídica (factor *pull*), que actualmente existe en Bolivia, vemos una baja en la IDE hacia el país sudamericano en los próximos años, que ha podido confirmarse, al pasar de recibir 736 millones de dólares en 2000 a 423 en 2009.

Factores *pull*, como la no aprobación de reformas económicas de segunda generación, en México, aunados al incremento de la integración regional de la Unión Europea (factor *push*), al pasar de 15 a 27 miembros en menos de tres años, provocan que la IDE que llega a México por parte de Europa sea limitada y la norteamericana se mantenga como la más importante que recibe este país.

Otro aspecto que es importante destacar es que no todos los factores, ya sean *push* o *pull*, impactan de forma similar a todos los países, ya que cada país tiene su circunstancia y su particularidad, que va influenciada por el momento en el que se produce, así como por los factores *pull* o *push* que se combinan. El Estado tendrá que trabajar para generar la mejor combinación de factores *pull*, pero siempre dependerá de los *push*.

Durante la investigación vimos el caso del déficit fiscal, que para Estados Unidos no significó problema alguno hasta 2005 para seguir invirtiendo allende sus fronteras; no obstante, en el caso de la Unión Europea, es un elemento que debe estar revisándose de manera constante, al menos hasta que no pase la emergencia económica durante todo el 2012, a fin de no causar un problema importante, especialmente en los PECO, que como pudimos ver dependen en gran medida de los capitales europeos.

Lo mismo podemos decir de China, país en el que debido a una combinación de factores *push* y *pull* no le ha afectado el no haber hecho reformas políticas, y las referentes a los derechos políticos y humanos para más de mil millones de habitantes y a otros países, como es el caso de Cuba, siguen manteniendo restricciones con los mismos argumentos, cuando un inversor nista decide dónde colocar sus capitales.

VI. RELACIÓN DE FUENTES DOCUMENTALES Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografía*

CALVO A., Guillermo *et al.*, *Private Capital Flows to Emerging Markets after the Mexican Crisis*, Vienna, Austrian National Bank, 1996.

ESTATUTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA, Decreto Ley 600, República de Chile.

El Trimestre Económico, núm. 283, México, 2004.

GIMÉNEZ LEZCANO, Carlos, *Tendencias de la atracción de inversiones: hacia la creación de un marco institucional de promoción/atracción. El problema de adecuación de los países subdesarrollados*, tesis de maestría, Madrid, INAP, 2004.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *India: Economic Reform and Growth*, Washington, IMF, 1995.

JORDÁN GALDUF, Joseph Ma., *Economía de la Unión Europea*, 5a. ed., Madrid, Thomson, 2005.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Información Comercial Española*, núm. 806, Madrid, ME, 2003.

_____, *Información Comercial Española*, núm. 809, Madrid, ME, 2003.

MINISTERIO DE INDUSTRIA TURISMO Y COMERCIO, *Información Comercial Española*, núm. 818, Madrid, MITC, 2004.

_____, *Información Comercial Española*, núm. 825, Madrid, MITC, 2005.

MUÑOZ GUARASA, Marta, *La inversión directa extranjera en España: factores determinantes*, Madrid, Civitas, 1999.

NACIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESERARCH, *International Capital Flows*, Martin Feldstein, 1999.

ORTIZ ADAME, José, *Un Análisis de los Flujos de IDE Hacia México, con Especial Referencia al Período 2000-2005*, tesis de maestría en administración y gerencia pública, Madrid, INAP-UA, 2005.

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, núm. 103, *La Nueva Unión Europea*, Madrid, Fundación de Cajas de Ahorros, 2005.

STIGLIZ, Joseph, *El Malestar en la Globalización*, México, Taurus, 2006.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 2006*, UNCTAD, 2006.

2. *Electrografía*

En todos los casos empieza <http://www>.

aladi.org/biblioteca/inversiones.html Calcagno, Alfredo Eric, *La reciente evolución de las inversiones extranjeras directas en América Latina y el Caribe*, SELA, 2000.

alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/CHL~1.HTM 20 enero 2008.

bankofengland.co.uk/publications/fsr/2005/fsr19art10.pdf De Alessi Gra-
cio, Cristina, Glenn Hoggardth and Jing Yang, *Capital Flows to Emerging Markets*, 2005.

banxico.com.mx

bde.es/doctrab/conference/docs/felices-orskaug_bankofspain_8.pdf Felices Guillermo y Orskaug, Bjorn, *Estimating the Determinants of Capital Flows to Emerging Market Economies*, 2005.

blackwell-synergy.com/links/doi/10.1111/1468-2362.00003 Eichengreen, Barry y Ashoka, Mody, *Interest Rates in the North and Capital Flows to the South: Is There a Missing Link?*, 1998.

e.u-tokyo.ac.jp/cirje/research/workshops/macro/documents/tytellwei7-15-05-pdf Tytell, Irina y Shang-Jin Wei, *Global Capital Flows and National Policy Choices*, 2005.

Ecb.int/pub/pdf/annrep/ar2010es.pdf

Economia.gob.mx/comunidad-negocios/inversion-extranjera-directa/estadistica-oficial-de-ied-en-mexico

fitchratings.com

iadb.org/res/pub_desc.cfm?pub_id=wp-482 Chong, Alberto, Alejandro Izquierdo, *Corporate Governance and Private Capital Flows to Latin America*, 2003.

iif.com/press/press+13.php The Institute of International Finance, Inc. *Capital Flows to Emerging Economies*, 2004.

iif.com/press/press+13.php The Institute of International Finance, Inc. *Growing Challenges for Emerging Market Economies*, 2005.

imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0609.pdf. Batini Nicoletta, Tim Callen, Warwick McKibbin, *The Global Impact of Demographic Change*, 2006.

Indixmundi.com/g/g.aspx?v=678c=ci8cl=es

inegi.gob.mx

redcelosfurtado.edu.mx/archivospdf/rioferreiro.pdf Ferreiro Aparicio, Jesús, et al., *Estabilidad de los flujos de inversión extranjera directa: el caso de las inversiones españolas en Latinoamérica*, 2003.

sre.gob.mx/uaos/ponencia/11ceeunam%20chanona.doc Chanona Burguete, Alejandro, *Balance de las Relaciones Económicas México-Unión Europea en el Marco del TLCUEM*, 2004.

ucm.es/bucm/revistas/cee/15766500/artículos/pape0707220002a.pdf

unam.mx

unctad.org

unescap.org/tid/publication/chap5_indpub2259.pdf Cho Joong-Wan, *Foreign Direct Investment: Determinants Trends in Flows and Promotion Policies*, 2004.

web.uvic.ca/econ/ewp0601.pdf Makesh, Ralhan, *Determinants of Capital Flows: A Cross-Country Analysis*, 2006.

PARTE II
FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURAL

NORMA FUNDAMENTAL ENQUANTO FUNDAMENTO
DE LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL:
NOTAS ACERCA DA LIMITAÇÃO EXPLICATIVA
DA TEORIA DAS NORMAS DE HANS KELSEN

Felipe KERN MOREIRA*

SUMARIO: I. *Introdução*. II. *Normas internacionais e legitimidade*. III. *A norma fundamental na teoria das normas de Hans Kelsen*. IV. *A limitação explicativa do modelo teórico de Hans Kelsen*. V. *Considerações finais*. VI. *Bibliografia*.

Der Wille der Menschheit wird sich zeigen, den unser Europa eine Zeitlang mit seinem Jahrmarkt von Technik und Wissenschaft überschrien hat. Und dann wird sich zeigen, dass der Wille der Menschheit nie und nirgends gleich ist mit dem der heutigen Gemeinshaften, der Staaten und Völker, der Vereine und Kirchen. Sondern das, was die Natur mit dem Menschen will, steht in den einzelnen geschrieben, in dir und mir. Es stand in Jesus, es stand in Nietzsche. Für diese allein wichtigen Strömungen – die natürlich jeden Tag anders aussehen können, wird Raum sein, wenn die heutigen Gemeinschaften zusammenbrechen.

Hermann HESSE, *Demian*¹

* Felipe Kern Moreira é doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB e professor da Universidade Federal de Roraima – UFRR/Brasil. Atualmente é bolsista pesquisador junto à Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq - Brasil.

¹ Propõe-se a epígrafe como metáfora à posição sustentada neste artigo. A tradução sugerida é: “A vontade da humanidade mostrará, o que a nossa Europa durante algum tempo com seus anos de mercado de tecnologia e de ciência vociferou. E então, ver-se-á que a

I. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é apresentar considerações teóricas relativas à inaplicabilidade da norma fundamental da teoria das ormas de Hans Kelsen como pressuposto de legitimidade do direito internacional. O debate proposto diz respeito em primeiro plano à história das relações internacionais na medida em que propõe o estudo da evolução de sistemas teóricos prevalecentes na esfera jurídica da sociedade internacional nos dois últimos séculos, tendo como marco referencial em particular a análise da teoria das normas de Hans Kelsen. Para tal, não se restringe à narrativa da dinâmica das idéias na história, mas também procura compreender em linhas gerais a construção de um sistema teórico determinado e mesmo propor um viés explicativo para a atribuída limitação teórico-explicativa à qual o título deste esforço faz referência.

A formação do direito internacional contemporâneo é o resultado da construção de idéias no tempo, principalmente estabelecida ao longo do século XX. Assim, o acúmulo de construções teóricas tanto no sentido ontológico - entendimento e explicação de fenômenos da realidade internacional - como no deontológico - propositura de modelos capazes de transformar as relações de poder - forma hoje um sistema de idéias que orientam a dinâmica do direito internacional.

As crises e as limitações do sistema normativo mundial evidenciam um abalo no fundamento de legitimidade do direito internacional o que conduz os teóricos à busca de explicações para o embate entre norma e poder nas relações internacionais. A construção teórica de Hans Kelsen a qual busca estabelecer discurso científico sobre a legitimidade do direito universalmente aplicável parece não possuir potencial explicativo se confrontada com a realidade das relações entre Estados soberanos. Contudo, isto não significa que não exista ordem nas relações internacionais e que normas multilaterais não possuam legitimidade.

O tema proposto é amplo em termos de debate científico, o que impõe a um trabalho desta natureza a tentativa de objetividade e parcimônia em termos de teorias e autores escolhidos; por outro lado, entende-se que a

vontade da humanidade nunca e em parte alguma é igual à da atual sociedade, dos Estados e povos, das associações e igrejas. Mas sim ao que, a natureza junto com os homens quer, aos escritos individuais, em você e em mim. Isto estava em Jesus, isto estava em Nietzsche. Estas importantes torrentes individuais – as quais naturalmente a cada dia poderiam assumir diferentes aparências - tomam espaço, se as sociedades atuais entram em colapso” (Hesse, Hermann, *Demian Die Geschichte von Emil Sinclairs Jugend*, Erste Auflage, Berlin, Suhrkamp, 1974, p. 160).

pesquisa necessita tratar em conjunto discursos teóricos da filosofia, direito e relações internacionais. Assim, o propósito também é de buscar promover o debate entre autores e áreas que embora conexas ainda possuem espaço a percorrer no campo da colaboração acadêmica.

II. NORMAS INTERNACIONAIS E LEGITIMIDADE

Importa primeiramente a este tópico propor um referencial acerca do conceito de normas internacionais visto que a etimologia ‘norma’ é reconhecidamente ampla e pode dar margem a diversas interpretações. A primeira referência é a conceituação de normas proposta por Wendt na obra *Social Theory of International Relations*, a saber, “I prefer to say that norms are shared beliefs which may or may not manifest in behavior depending on their strength, but norms can only have effects if they are so manifested”.² Entende-se que esta concepção aberta do conceito de normas propicia uma linguagem franca entre as diversas escolas e tendências dos discursos teóricos referentes ao Direito e às Relações Internacionais.

Se existem normas enquanto ‘crenças compartilhadas que podem ou não gerar comportamentos’ há que haver um fator que as legitime, ou seja, que faça com que os atores em relações internacionais se comportem segundo uma norma antecipadamente manifestada. Neste sentido, o conceito de legitimidade vincula-se diretamente à dinâmica de regras num contexto social determinado o que leva uma densa parte dos estudos acadêmicos a debater os limites do direito a partir das fronteiras de seu fator legitimador. A partir desta perspectiva o conceito de legitimidade não tem o mesmo significado que validade o qual possui na teoria das normas de Hans Kelsen pelo menos os sentidos: o de pertencimento e o de obrigatoriedade³. Logo, o conceito de normas adotado por uma teoria específica possui consequências diretas para o de legitimidade neste mesmo conjunto teórico.

Outra conceituação de normas é a proposta por Friedrich V. Kratochwil, influenciada pela teoria da ação comunicativa e dos atos da fala que segundo o autor permitem analisar o papel das normas na vida internacional de uma nova forma. A menção a este conceito é possibilitar uma visão

² Wendt, Alexander, *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 185.

³ “Der Ausdruck ‘Geltung’ ist bei Kelsen mehrdeutig; es können mindestens zwei ganz verschiedene Begriffe, die mit diesem Ausdruck bezeichnet werden, unterschieden werden. Siesind Zugehörigkeit und Verbindlichkeit” (Bulygin, Eugenio, “Das Problem der Geltung bei Kelsen”, in Paulson, Stanley L. y Stolleis, Michael, *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 94).

diversa da sociológica de Wendt como também da de Kelsen, mas evidentemente também fazendo referência a um sistema integrado no qual a legitimidade possui um papel fundamental:

I shall simply note that while all norms are directives, not all directives function like norms, and while all rules are norms, not all norms exhibit rule-like characteristics. (...) Actors also have to resort to norms when they want to air their grievances and establish the various obligations that result from general prescriptions and the utilization of certain speech acts. (...) The difficulties with the systemic conception largely have to do with the inappropriate static representation of norms as logical hierarchies that leaves out the process of interpretation and judicial law making.⁴

A aproximação que Kratochwil faz do tema do conceito de normas remete claramente às tendências denominadas pós-modernas. Neste tipo de campo conceitual a legitimidade distancia-se do campo normativo contratualista na medida em que reconhece que a normatividade é informada e validada por relações sociais mais complexas do que normas válidas superiores. Tanto Kratochwil quanto Wendt formulam conceitos de norma com acentuado viés político e societário e desta forma suscitam questões sobre legitimidade, legitimação e law-making mais complexas de serem respondidas.

Em oposição, a aproximação que a Teoria das Normas de Hans Kelsen fará de conceitos como norma e regra reflete a significação que estes temas possuem em expressiva parte dos estudos jurídicos. O que irá distinguir uma regra de uma norma não é o seu comando e tão menos sua eficácia, mas a sua validade. Assim, toda norma assim como toda lei ou regra são compostas de comando. Um comando é a expressão da vontade de um indivíduo, mas nem todo comando é uma ordem válida.

Um comando é uma norma apenas quando for obrigatório para o indivíduo ao qual é dirigido, apenas quando esse indivíduo deve fazer o que o comando exige. Por ‘validade’ queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redonda no mesmo – pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções.⁵

⁴ Kratochwil, Friederich V., *Rules, Norms and Decisions – on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 9, 10 e 18.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoria geral do direito e do estado*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 43.

As assunções que Kelsen efetua em seu *teoria geral do direito e do Estado* fazem expressa referência às concepções utilitaristas de John Austin. No célebre livro ‘The Province of Jurisprudence Determined’, de 1832, Austin esboça suas aulas introdutórias na recém-fundada Universidade de Londres e que alcançariam à época pouca repercussão dentre o alunado que estava preocupado com a prática instantânea do direito, em particular da advocacia. O relevante aqui – e, portanto, o sentido da referência detida no tema - é que a preocupação com o tipo de diferenciação - no sistema conceitual de Hans Kelsen, normas e regras - era relevante para a produção teórica jurídica já em suas primeiras iniciativas:

Leis próprias, ou propriamente ditas, são comandos; leis que não são comandos são leis impróprias ou impropriamente ditas. Leis propriamente assim chamadas, como leis impropriamente assim chamadas, podem ser divididas de maneira conveniente, nos quatro seguintes tipos: 1. Leis divinas, ou leis de Deus; quer dizer, leis que foram estabelecidas por Deus para suas criaturas humanas. 2. Leis positivas: quer dizer, leis que são simples e estritamente assim chamadas e eu constituem a matéria pertinente do direito geral e particular. 3. Moralidade positiva, regras de moralidade positiva, ou regras morais positivas. 4. Leis metafóricas ou figurativas, ou apenas metafóricas ou figurativas.⁶

Pergunta-se então que tipos de comandos interessariam ao direito internacional? Este parece ser um desaguado interessante das reflexões efetuadas até aqui. A questão que pode parecer meramente tautológica assume contornos que interferem na adoção do conceito instrumental de direito, de regras ou de normas internacionais a ser adotado neste trabalho. Na verdade pergunta-se a que tipo de regras ou normas referem-se às reflexões teóricas das disciplinas de direito internacional e teoria política? Se normas são regras válidas, a obrigatoriedade de uma lei depende de seu processo de validação. Este processo de validação seria o que se entende por legitimidade nas assunções teóricas do direito e das relações internacionais?

As primeiras sistematizações no debate acadêmico sobre o tema *legitimidade* surgem a partir dos conceitos fundamentais na sociologia propostos por Max Weber, reunidos na obra *Economia e Sociedade*. A sistematização oferecida por Weber dizia respeito aos fenômenos sociais como um todo e estava inserida no contexto da busca por compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em

⁶ Morris, Clarence (org.), *Os grandes filósofos do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 336.

seus efeitos;⁷ em outras palavras, o conceito de legitimidade tanto iria dizer respeito às convenções sociais como à teoria jurídica propriamente dita o que fora caracterizado, neste último caso, pela probabilidade de coação.⁸ Contudo, a coação não será o fundamento da legitimidade, apesar de ser sua função forçar a observação de determinada ordem ou castigar por sua violação. A garantia da legitimidade dirá respeito no campo do direito – que difere do campo da afetividade ou religiosidade - à crença na vigência de valores supremos e obrigatoriosos relativos à moral e à estética, por exemplo; relacionados então ao elemento racional de garantia da legitimidade.⁹

Ressalte-se que estudos teóricos apontam a existência de um fenômeno legitimador que antecede à positivação de um acordo de vontades. Assim, conceitos mais flexíveis de normas possibilitam o diálogo mais franco entre o direito e a sociologia, pois abarcam o que Weber denominara *convenções*; ou seja, a vigência externa de determinada ordem que está garantida pela probabilidade de que em determinado círculo um comportamento discordante encontrará reprovação.¹⁰ Mais tarde, os estudos sociológicos e jurídicos retomariam parte dos conceitos de Weber para a justificação da ordem legal, no sentido de atribuição de crença em valores supremos, conforme o caso do papel semiótico das normas fundamentais, da legitimação de operações de paz em norma *jus cogens*, da teoria democrática e mesmo diversas assunções acerca de direitos humanos.

Há que se reconhecer, contudo, que, desde o surgimento do estudo sistematizado do denominado *direito das gentes* há que se falar em discurso argumentativo acerca do fator que confere legitimidade à norma internacional. Neste domínio, adota-se o Acordo de Vestfália como marco inicial do direito internacional contemporâneo,¹¹ muito embora esta referência não

⁷ Weber, Max, *Economia e sociedade*, vol. 1 e 2. 4a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 03.

⁸ Weber, Max, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

⁹ É importante acentuar a diferença da construção teórica do tema ‘legitimidade’ entre os sistemas teóricos legal e sociológico: “Weber defined legitimacy in empirical terms as ‘belief in legitimacy’. Where political subjects recognize rule as legitimate, he argued, it can be considered legitimate. In keeping with his commitment to value-free social science, Weber did not consider some foundations of legitimacy superior to others. His approach to legitimacy as an empirical, not a normative, matter informed much subsequent research” (Banshoff, Thomas; Smith, Mitchell P. “Introduction: conceptualizing legitimacy in a contested policy”, In Banshoff, Thomas; Smith, Mitchell P. (org.), *Legitimacy and European Union: the contested policy*, New York, Routledge, 2004, p. 5).

¹⁰ Weber, Max, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

¹¹ Spruyt, Hendrik, *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton, Princeton University Press, 1994, pp. 1-3; Rezek, José Francisco, *Direito internacional público, curso elementar*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 11.

seja consensual.¹² Já antes do Acordo de Vestfália, em Tomás de Aquino já se pode verificar que a legitimação da norma internacional se dá segundo o exercício racional que extrai da lei natural normas de conduta humana.¹³ Também as formulações efetuadas por Francisco de Vitória e principalmente Hugo Grócio fazem referência clara ao direito natural e ao exercício da racionalidade enquanto fatores garantidores da legitimidade do direito das gentes, argumento que exerce ainda hoje influência cabal nos estudos jurídicos. Há quem associe a fundamentação do direito das gentes com base no direito natural à atual tentativa de fundamento de legitimidade da norma internacional com base em direitos fundamentais, entendidos também como patamares de conduta moral universal.

As formulações contemporâneas situariam o fator de legitimidade em uma normaposta, consensual, proposta expressamente, o que deu origem ao chamado *contratualismo jurídico*, que irá localizar o fundamento de legitimidade do direito internacional no princípio do *pacta sunt servanda*. As teorias modernas iriam, portanto, inspirar teóricos como Emmanuel Kant e Hans Kelsen os quais sintetizam em suas obras boa parte da tentativa de sistematização jurídica que dá amparo ao direito internacional em sua formulação contemporânea.

Quando se fala de filosofia moderna, faz-se referência principalmente a Hobbes, Locke e Rousseau. Apesar da relevância destes pensadores, não se deve descuidar do fato que Emmanuel Kant efetivamente estabeleceu debate teórico com Hume e Descartes para desenvolver suas teses tanto acerca do conhecimento humano como da moral e da política internacional. Em outras palavras pode-se afirmar sem erro que Hume e Descartes colaboraram intensamente para a formulação da filosofia moral kantiana nos termos da síntese entre o empiricismo e o racionalismo.¹⁴ Já o neo-positivismo jurí-

¹² Osiander, Andréas, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, *International Organization*, vol. 55, n. 02 (Spring, 2001), pp. 280 ss.; Watson, Adam, *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 258, 262 e 272.

¹³ Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, 2a. ed., tradução de Alexandre Corrêa, Porto Alegre, Editora Sulina, 1980, q. LVII.

¹⁴ A Teoria do conhecimento fornece os primeiros dados para a compreensão da obra de Kant que queria resolver o conflito entre os juízos analíticos dos racionalistas e os juízos sintéticos dos empiristas. Com Descartes, inaugurou-se a separação entre mente e matéria sensível o que veio a desdobrar-se em duas correntes: (a) a racionalista, continental, de Spinoza, Malebranche e Leibnitz que apregoava os juízos analíticos a priori, ou seja, o conhecimento como anterior à experiência; e a (b) empirista, do Reino Unido, de Locke, Hume e Barkely que apregoava os juízos sintéticos, que apresentava o mundo sem certezas e que o conhecimento se faz por acréscimo, posteriormente à várias experiências sensíveis individu-

dico terá em Rousseau e Kant os autores basilares para a posterior sistematização feita por Hans Kelsen a qual constitui o aporte teórico da argumentação deste trabalho.¹⁵

O contratualismo moderno que legitima o direito com base em um contrato social possui as raízes no desafio auto-imposto por Rousseau de achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesma e fique tão livre quanto antes.¹⁶ O pacto social substituiria a desigualdade por uma igualdade moral e legítima na qual homens desiguais na força e na capacidade tornam-se iguais por convenção e direito.¹⁷ Ora, para Rousseau ainda seria interessante distinguir que a vontade geral é bem distinta do bem comum, visto que é a soma de interesses particulares e que o conceito de corpo político estaria vinculado ao conceito de ‘soberano’ que se opõe ao de ‘senhor’. Assim, quando há um senhor não há mais soberano e o corpo político está destruído.¹⁸ Estes argumentos de Rousseau podem ser relacionados com a diferenciação teórica formulada posteriormente entre os conceitos de ‘Império’ e ‘Hegemonia’ sendo este último muito mais ligado à relação de vassalagem do que aquele o qual conduz à idéia de crenças compartilhadas em relações de poder.¹⁹

A complexa síntese filosófica kantiana, por sua vez, em relação à legitimação do direito, possui fundamento na teoria do conhecimento. A admisibilidade dos conceitos de ‘imperativo categórico’ e ‘sumo bem’ na crítica da razão prática permitiu o reconhecimento da existência de uma moral

ais. No racionalismo a sensação é uma ideação imatura e a intelecção é uma idéia clara; no empirismo a sensação é uma idéia clara e a intelecção é a generalização das sensações. O conhecimento humano, para Kant, é então ligado à realidade. No conhecimento do objeto o que o transcende não é a realidade em si, mas nossa mente que a descobre segundo suas impressões sensitivas organizadas. A razão pura - denominada transcendental - é a legisladora da natureza - transcendente e a razão prática é a legisladora do agir frente à um mundo de fenômenos que nos dá liberdade. Aqui já encontramos traços da filosofia que iria influenciar Kelsen na sua abordagem sobre a natureza da norma.

¹⁵ Não obstante a influência do pensamento de Kant na obra de Kelsen seja inegável, há debate sobre a medida desta influência. O transcendental nestes autores não coincide mas há que se reconhecer o paralelo nas perguntas que ambos se impõe. Sobre estes pontos: Horst, Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p. 56.

¹⁶ Rousseau, Jean-Jacques, *Do contrato social*, São Paulo, Martin Claret, 2005, p. 32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Record, 2005, p. 23; Watson, Adam, *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 30 y 182.

comum entre os homens.²⁰ Muito embora exista distanciamento entre as idéias de Kant em relação à Rousseau,²¹ com clareza percebe-se que a idéia de uma liga de paz (*foedus pacificum*) que substituiria os tratados pontuais de paz (*pactum pacis*) baseia-se na possibilidade de um contratualismo enquanto acordo de vontades²² o qual garantiria a liberdade de um Estado pra si mesmo.²³ Kant está, portanto transferindo para a esfera internacional a argumentação de Rousseau que seria em certo sentido um modelo de descentralização da autoridade internacional.

Apesar da discussão sobre o fundamento da norma internacional parecer, em um primeiro momento excessivamente teórico e abstrato, entender-se que o tema constitui um dos mais importantes debates sobre o sistema internacional. A interpretação de fenômenos como a violação de compromissos estatais ou multilaterais, colisões de regimes e dilemas práticos na dinâmica das normas internacionais possibilitam que, em tese, entenda-se que o direito internacional passa por crises de legitimidade as quais podem ser compreendidas a partir da sustentação teórica inconsistente de um sistema baseado em caráter contratualista ou ficcional.

A construção teórica a que este trabalho faz referência diz respeito a mais expressiva e consolidada sistematização teórica na área jurídica que o mundo ocidental conhece:²⁴ a da corrente teórica neo-positivista,²⁵ cujo teorizador mais expressivo é o jurista austro-húngaro Hans Kelsen.²⁶ As

²⁰ Kant, Immanuel, *Crítica da razão pura*, São Paulo, Martin Claret, 2005, p. 121.

²¹ Kant, Immanuel, *À paz perpétua*, São Paul, L & PM Editora, 1989, p. 9.

²² Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 19, p. 60.

²³ *Ibidem*, p. 41.

²⁴ David, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 77.

²⁵ Não se confunde neo-positivismo com pós-positivismo. A nomenclatura é menos clara do que a classificação em si. A este respeito, é ampla a aplicação da terminologia neo-positivismo para fins de sistematização da obra de Hans Kelsen, mas o pós-positivismo dirá respeito a outros autores. A este respeito: “Das nachpositivistische Rechtsdenken verhält sich zum Positivismus wie die Postmoderne zur Moderne. (...) Das nachpositivistische Rechtsdenken ist weniger eine Theorie des Rechts als vielmehr eine Theorie des rechtlichen Wissens” (Forgó, Nikolaus; Somek, Alexander, “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, en Buckel, Sonja et al., *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, p. 263).

²⁶ A respeito da obra de Hans Kelsen é necessário situar que a tentativa de fundamentação teórica da norma internacional consta em quatro livros basílares onde desenvolve sua *cosmologia jurídica*, a saber, *Reine Rechtslehre* (publicada em Viena em 1934), *General Theory of Law and State* (publicada pela Universidade de Harvard em 1945), *Théorie pure du droit* (publicada na Suíça em 1953) e *Reine Rechtslehre* (a chamada segunda edição alemã - publicada em Viena 1960). A última edição alemã, póstuma, não tem data de referência (a não ser a da publicação) e é um aglomerado de textos que foram escritos em diferentes épocas. Outros

idéias do jurista exercearam forte influência na composição da Carta das Nações Unidas e servem de sedimentação para o que pode ser considerado um Império enquanto sistema internacional de controle político e regulamentação.²⁷ Em síntese, Kelsen argumenta que o fundamento do direito internacional é o princípio do *pacta sunt servanda* o que possui desdobramentos amplos em sua teoria tendo em vista que o problema da norma fundamental se desloca da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional.

To find the source of the international legal order, we have to follow a course similar to that which led us to the basic norm of the national legal order. We have to start from the lowest norm within international law, that is, from the decision of an international court. If we ask why the norm created by such a decision is valid, the answer is furnished by the international treaty in accordance with which the court was constituted. If, again, we ask why this treaty is valid, we are led back to the general norm which obligates the States to behave in conformity with the treaties they have concluded, a norm commonly expressed by the phrase *pacta sunt servanda*. This is a norm of general international law and general international law is created by custom constituted by acts of States. The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: 'The States ought to behave as they have customarily behaved'²⁸

A única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do direito internacional.²⁹ Confrontando esta teoria com a dinâmica das relações internacionais, posteriormente, Kelsen reformularia substancialmente a teoria afirmando que a *norma fundamental* trata-se de ficção jurídica, no sentido de contrariar a realidade e ser contraditória em si mesma. Contrária à realidade porque não possui substrato delineado de um acordo expresso de vontades e contraditória em si mesma porque conferiria a si própria legitimidade.³⁰

textos também são fundamentais para o entendimento das teses debatidas, de caráter político ou jurídico que estão referidas na bibliografia.

²⁷ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Império*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Record, 2005, pp. 1-8; Watson, Adam, *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 250 y ss.

²⁸ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949, p. 369.

²⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 26, p. 178.

³⁰ "Rejeito a teoria, sufragada por muitos autores - e a princípio também por mim -, segundo a qual a norma *pacta sunt servanda* deveria ser considerada como fundamento do

A teoria neo-positivista de Hans Kelsen diz respeito à agenda de pesquisa das ciências jurídicas muito embora tenha inegavelmente influenciado a esfera política e o agregado institucional e burocrático em nível internacional. Situam-se os postulados de Kelsen na tentativa de argumentar pela científicidade do direito, dando-lhe objeto próprio de estudo; por isso, a tentativa de estabelecer uma teoria pura do direito³¹. Se as críticas ao modelo neo-positivista, principalmente em relação ao caráter ficcional da norma fundamental, não são poucas, por outro lado, a principal pergunta proposta por Kelsen possui ressonância ainda hoje: qual o fator de legitimação das normas internacionais?

III. A NORMA FUNDAMENTAL NA TEORIA DAS NORMAS DE HANS KELSEN

O positivismo jurídico e mais especificadamente o positivismo normativista, do qual o jurista Hans Kelsen é expoente, constitui um dos pilares, sob o qual se estabeleceu a legitimidade racional-legal da sociedade contemporânea, nas esferas nacional e internacional. Em nível nacional o modelo de Estado democrático de direito e das cortes constitucionais como instrumentos de manutenção e promoção dos direitos fundamentais e das sociedades democráticas constituem outra ordem de fenômenos relacionados com as considerações aqui apostas. É neste sentido que a teoria pura do direito registra-se no mundo das idéias como a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do direito enquanto discurso científico.³²

A norma jurídica é o núcleo da teoria do positivismo normativista e o conceito de validade o de maior importância dentro deste sistema já que é a partir deste que se pode partir para o conhecimento do fundamento de todo o ordenamento jurídico: a norma fundamental (*Grundnorm*).³³ De fato,

Direito Internacional, pois ela só pode manter-se com ajuda da ficção de que o costume dos Estados é um Tratado tácito” (Kelsen, Hans, *Teoria geral das normas*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 234).

³¹ Kelsen, Hans, *Teoria geral do direito e do estado*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp. 8 e 166; Santos, Boaventura de Souza, *Pela mão de Alice – O social e o político na pós – modernidade*, São Paulo, Cortez Editora, 2000, p. 167.

³² Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 3a. ed., tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 82.

³³ “(...) die Idee von absolute geltenden Normen ist für Kelsens Rechtspositivismus unannehbar, denn absolute Geltung besteht nur im Naturrecht, nicht im positiven Recht. Um diesem Dilemma zu entgehen, greift Kelsen zur Theorie der Grundnorm. Die Geltung der Verfassung und damit der ganzen Rechtsordnung wird durch die Hypothese einer mythischen Grundnorm begründet” (Bindschedler, R. L., “Zum Problem der Grundnorm”, en

na cascata das recíprocas relações de validade entre normas é que reside a chave para a dissecação do conceito de norma fundamental, que nada mais é do que o fundamento último de validade de todo um sistema jurídico. O sistema jurídico para Hans Kelsen é unitário, orgânico, fechado, completo e auto-suficiente; nele nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico resume-se a este complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extra-jurídicos comprometeria sua rigidez e completitude, de modo que a norma fundamental desempenha esse papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado.

Ao problema de onde estaria o ponto de apoio de todo sistema jurídico, a resposta do positivismo kelseniano seria que numa estrutura escalonada de normas, a última apareceria como a fundamental, ápice de uma pirâmide de relações normativas. Onde há hierarquia, há interdependência entre normas; onde há interdependência, a validade da norma inferior é extraída da norma superior e assim até a última norma, a norma fundamental. Essa não é a norma constitucional de um Estado, mas um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente.

Muitos autores embora expressem suas posições frente à existência ou não da norma-supporte, admitem ser terreno árido apontar sem erro qual foi a posição definitiva de Hans Kelsen:

Quem estudar a última grande obra de Kelsen, a Teoria Geral das Normas, publicação póstuma de 1979, não poderá senão reconhecer a crescente importância dos elementos a-lógicos em seu sistema, a partir do conceito nuclear de norma jurídica e sua inesperada referência à “vontade do legislador”, até ao conceito de norma fundamental, que perde seu caráter hipotético para apresentar-se como pura ficção, um *als ob* à maneira de Vaihinger.³⁴

Assim, a mudança de opinião de Kelsen é clara e há consenso na doutrina que as proposições da segunda edição alemã são as definitivas, porque posteriores. Ora, há uma posterioridade de compilação e não de produção do raciocínio tornando bem mais rarefeita a abordagem dos críticos que faz crer que a tomada de posição definitiva é a da Teoria Geral das Normas. Na

Verosta, S. T. et al., *Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*, Wien, Springer Verlag, 1960, p. 92.

³⁴ Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *História da filosofia*, vol. I, II e III, São Paulo, Edições Paulinas, 1991, p. 480.

realidade, a doutrina não é pacífica e as teorias satélites a esta discussão são bem diversas. Miranda Afonso, por exemplo, entende que a mudança na concepção da norma fundamental ocorreu antes de 1933, e deu-se no sentido da ficção à hipótese, e não da hipótese à ficção, tomando como aporte uma carta de Kelsen à Renato Treves, datada de 1933, em que aquele afirma que a teoria da norma fundamental encontra sua origem em Vaihinger (ficção) e Mach (economia de pensamento), mas que preferia renunciar a se inspirar nestes dois autores devido aos numerosos mal-entendidos, e a partir daí construir sua teoria com base no método da hipótese desenvolvido por Cohen. Ressalta ainda que se Kelsen quisesse mudar a concepção de norma fundamental, teria publicado nesse sentido - bem razoável para um professor da Harvard - o que não fez.³⁵

O ficcionalismo, ou convencionalismo gnoseológico, liga-se a filósofos como Ernst Mach e Hans Vaihinger que sustentam o caráter ficcionalista do todo o conhecimento. Para estes pensadores, o homem afirma algo como se houvesse certeza por uma necessidade humano-biológica.³⁶ O neo-kanertino Vaihinger desenvolve em seu clássico *Die Philosophie des Als-ob* - A filosofia do como si - que exceto a matemática, quase não existe campo algum que se preste melhor que o direito para a dedução de leis lógicas e para o desenvolvimento de leis e métodos lógicos em geral e do método da ficção em particular. Em certa medida a ficção jurídica é uma ficção científica.³⁷

No domínio jurídico, o uso das ficções não é somente uma prerrogativa da teoria das normas de Hans Kelsen. A construção das idéias no tempo evidencia o caráter ficcional na própria estruturação do sistema internacional de estados soberanos. A idéia de um Estado soberano foi constituída a partir de um sistema de crenças legitimado pela adoção crescente desta ficção enquanto um princípio de direito das gentes.³⁸ Crenças compartilhadas

³⁵ Gomes, Alexandre Travessoni, *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 152.

³⁶ Reale, Giovanni, Antiseri, Dario, *op. cit.*, nota 31, p. 168.

³⁷ Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial enfasis en la filosofía del (como si) de Vaihinger”, *Crítica Jurídica*, Curitiba, núm. 18, 2001, p. 15.

³⁸ “La juxtaposition des deux séries d’analyses consacrées par Kelsen à la Grundnorm en fait apparaître l’ambiguité: elle est norme mais dépourvue de positivité; elle répond à une question de théorie de la connaissance mais exerce des fonctions de délégation-validation dans le droit positif. En définitive, toute l’ambiguité réside dans le concept d’une norme qui n’est pas voulue mais seulement pensée. (...) Il reste donc une solution: la norme qui assure le fondement de la validité sera le contenu d’un acte d’intelligence. Elle est la forme rationalisée de la supposition intellectuelle que font quotidiennement les juristes en interprétant les juristes en interprétant les actes posés conformément à la Constitution comme des normes

das como as imunidades diplomáticas, soberania territorial e não poucos institutos de direito internacional conduzem à conclusão de que o uso das ficções é mais decisivo no sistema internacional do que a avaliação instantânea do mundo pode sugerir.³⁹

Compreendendo ser a ficção-jurídica questão pontual para o desenvolvimento do entendimento das relações internacionais, pergunta-se como se dá a legitimação do direito internacional a partir de uma tradição ficcional. Goldsmith entende que a abordagem positivista cometeu um erro lógico quando confundiu a separação mental com a separação real,⁴⁰ asseverando em contraponto, Fariñas Dulce:

O problema surge quando se atribui erroneamente às ficções jurídicas um caráter de realidade, pretendendo que possam chegar a cumprir uma função meramente descriptiva e analítica da realidade. Nestes casos, a construção fictícia deixa de ser um instrumento heurístico e útil de conhecimento, para converter-se em um objeto do próprio conhecimento, incorrendo em uma perigosa instrumentalização ideológica da própria ‘ficção’ e do próprio conhecimento.⁴¹

Koller argumenta que a própria doutrina clássica das Relações Internacionais baseia-se em pressupostos que não correspondem à realidade do mundo contemporâneo, que seriam o da autonomia moral dos Estados, a impossibilidade de uma autoridade supranacional e a separação entre as sociedades individuais.⁴² A crítica, à construção dos sistemas políticos contemporâneos, está presente também na obra de Habermas, que aponta para uma crise de legitimidade do direito, como herança do princípio da subjeti-

objectivement valables” (Lenoble, Jacques y Ost, François, *Droit, Mythe et Raison: essai sur la dérive mythe-logique de la rationalité juridique*, Bruxelas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, p. 529).

³⁹ Um destacado estudo sobre o uso das ficções no direito internacional pode ser encontrado em Trindade, Antônio Augusto Cançado, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 166 y ss.

⁴⁰ Goldsmith, Werner, “A teoria tridimensional no mundo jurídico”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 208, 1964, p. 28.

⁴¹ “El problema surge cuando a las ficciones se les atribuye erróneamente un carácter de realidad, pretendiendo que puedan llegar a cumplir una función meramente descriptiva y analítica de la realidad. En estos casos, la construcción ficticia deja de ser un instrumento heurístico y útil de conocimiento, para convertirse en un objeto del propio conocimiento, incurriendo en una peligrosa instrumentalización ideológica de la propia ‘ficción’ y del propio conocimiento” (Dulce, María José Fariñas, “La ficción en la teoría jurídica de Hans Kelsen”, *Crítica Jurídica*, Curitiba, núm. 18, 2001, p. 99).

⁴² Koller, Peter, “Soberania nacional e justiça internacional”, en Merle, Jean-Christophe y Moreira, Luiz (org.), *Direito e legitimidade*, São Paulo, Editora Landy, 2003, p. 326.

vidade da filosofia moderna da qual a reforma protestante, o iluminismo e a Revolução Francesa são os acontecimentos-chave:

O pragmatismo, a fenomenologia e a filosofia hermenêutica elevaram as categorias da ação, da fala e da convivência cotidianas a um nível epistemológico. (...) Esses sistemas de saber, que são a arte e a crítica, a ciência e a filosofia, o direito e a moral separam-se tanto mais da comunicação cotidiana quanto mais estrita e unilateralmente se envolveram com uma função da linguagem e em um aspecto de validade.⁴³

Considerando a ideologia um instrumento metavalorativo, pelo qual se perverte o sentido dialógico dos valores, há quem argumente que a legitimidade reduz-se aos procedimentos decisórios. Para Luhman, por exemplo, regras de procedimento legal servem como premissas legitimadoras. Isto faria com que a legitimidade fosse concebida como uma ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser posta a descoberto, sob pena de abalar-se a própria crença na legalidade:

Assim, o fundamento da legitimidade é sempre momento de força, que procura justificar, estando, pois, pelo menos implicitamente, referido a uma fundamentabilidade discursiva, isto é, possibilidade de que a posição normativa seja justificável e defensável quando criticada, devendo-se notar, porém, que esta referência implícita, por sua vez, não é consequência de si própria, mas de uma cosmovisão garantidora de dominação, numa palavra, ideologia.⁴⁴

O problema da legitimidade do direito internacional possui, por sua vez, para Hedley Bull, dois motivos, um de fundo jurídico e outro político: o direito internacional santifica o *status quo* sem proporcionar um processo legislativo pelo qual suas normas possam ser alteradas pelo consentimento geral, provocando assim pressões para que a lei seja violada em nome da justiça, e; a função exercida na manutenção da ordem internacional pela posição especial das grandes potências que quando prestam este serviço o fazem a preço de uma injustiça sistemática com relação aos direitos dos Estados menores, injustiça esta incorporada à Carta de São Francisco.⁴⁵

⁴³ Habermas, Jürgen, *O discurso filosófico da modernidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 470 y 471.

⁴⁴ Ferraz JR., Tércio Sampaio, “A legitimidade pragmática dos sistemas normativos”, en Merle, Jean-Christophe y Moreira, Luiz (org.), *Direito e legitimidadem*, São Paulo, Editora Landy, 2003, p. 295.

⁴⁵ Bull, Hedley, *A sociedade anárquica*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais; São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 109.

A concepção da unicidade de um corpo normativo foi de fato fundamental para a formação do Estado-Nação, o que acabou na corrente neo-positivista por identificar Estado e norma. Quando se pensa em respostas à formação de uma ampla estrutura normativo-reguladora internacional, talvez seja mais adequado pensar em novos padrões de análise que levem em conta a variedade das fontes legais.⁴⁶ *Teubner* explicitou de forma consistente a necessidade de uma formulação diferenciada de um corpo legal internacional:

A worldwide unity of the law, however, would become a threat to legal culture. For legal evolution the problem will be how to make sure that a sufficient variety of legal sources exists in a global unified law. We may even anticipate conscious political attempts to institutionalize legal variation - for example, at regional levels.⁴⁷

Fenômenos diversos nas relações internacionais como a soft law, o direito transnacional, normas específicas de direito internacional privado e arranjos regionais acenam para a possibilidade de teorizações mais amplas acerca do papel do direito internacional geral, universal e supranacional. Este tipo de caracterização é a que permite identificar duas interpretações do direito internacional: uma enquanto ordenamento jurídico baseado numa norma fundamental que confere validade às normas e outra fragmentada com um sistema de validação, ou legitimação heterogêneo. As duas caracterizações não deixam de considerar os ordenamentos jurídicos enquanto sistemas.

A tentativa de conciliação de discursos correlatos da teoria política e da teoria jurídica sugere a utilização ou a proposta de subdivisão do conceito de legitimidade. Tem-se que o que se entende como legitimidade na teoria política é conceituado na maior parte do discurso teórico jurídico neo-positivista como validade dentro de um sistema determinado, denominado

⁴⁶ “The sources of International Law are not as they seem. This judgment follows reasonably enough from the realization that International Law is not the single, homogeneous thing it is usually thought to be. We observe, however, that while legal minds differ greatly on essential properties of law, the more so when they consider international law, sources are invariably presented in the same, uniform way. How can sources doctrine have persisted, so little challenged or changed, for centuries?” (Onuf, Nicolas Greenwood, *Law - Making in the Global Community*, Durham, Carolina Academic Press, 1982, pp. 48 y 49).

⁴⁷ O texto possui ainda outras abordagens pontuais como: (i) a existência de atores na política internacional que ultrapassam a lógica fronteiriça do Estado - Nação (invisible social networks) e; (ii) o raciocínio que os corpos legislativos generalistas irão tornar-se menos importantes com a globalização e que a “lei global” é produzida em um processo auto-organizado de acoplamento estrutural. Teubner, G. (org), *Global Law without a State*, Darmouth Publishing, Aldershot, 1997, p. 8.

ordenamento jurídico. Isto não quer dizer que o que é denominado validade na teoria legal kelseniana seja identificado como legitimidade na teoria política. O conceito de legitimidade é mais amplo, mais sutil. Em comparação com o conceito de validade o conceito de legitimidade é menos preciso. Dizer por sua vez que o conceito de legitimidade é menos preciso é dizer que purificá-lo das impurezas relativas aquilo que ele não é pode implicar num déficit explicativo que retira do conceito seu peso relativo na literatura científica. Assim, como desvincular do tema legitimidade assuntos como religião, cultura e ética? Este tipo de tentativa é justamente onde repousam algumas das principais críticas aos fundamentos da teoria neo-positivista kelseniana.⁴⁸

IV. A LIMITAÇÃO EXPLICATIVA DO MODELO TEÓRICO DE HANS KELSEN

A tentativa de descrever o debate teórico acerca do fator de legitimidade do direito internacional sob o ponto de vista das idéias ou teorias diz respeito, em primeiro lugar, ao questionamento quanto à capacidade de explicar parte da dinâmica das normas no direito internacional. Na doutrina de direito internacional o princípio do *pacta sunt servanda* prevalece no discurso teórico enquanto fundamento do direito internacional. Assim, até que ponto os discursos teóricos tidos como contratualistas, voluntaristas ou neo - positivistas correspondem às relações reais da sociedade internacional? Em outras palavras, sujeitos de direito internacional cumprem normas porque pactuaram neste sentido? A resposta é não, pois de outra forma não haveria violação do direito internacional.⁴⁹

⁴⁸ “Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie. Auf diesem Gebiet finde die Rechtswissenschaft nicht statt. Alles Recht sei nicht mehr als von menschen für Menschen gesetztes Recht, blosses Sollen. Das ist ein Grosser emanzipatorischer Slogan, dessen Bedeutung vor allem von der demokratischen Politik verstanden wird. Auf die Frage, weshalb das Recht gelte, ohne von Autoritäten abzustammen, die höher sind als der Mensch, antwortete der Rechtspositivismus, wenn er klug antwortete, dass die Begründung der Geltung des Rechts keine wissenschaftliche Fragestellung sei. Das Recht gelte eben. Der Wissenschaft falle die Aufgabe zu, es mit wachem Verstand und unerregtem Gemüt zu beschreiben. Die Auskunft ist selbverständlich paradox” (Forgó, Nikolaus; Somek, Alexander, “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, en Buckel, Sonja *et al.*, *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, p. 266.

⁴⁹ Sobre este ponto, o estudo de Henkin sobre o comportamento de Estados é referência para uma visão realista da sociedade internacional. “Usually a nation deliberately violates a norm or agreement because it expects that the advantages of violation will outweigh its costs.

Percebe-se que pode haver uma dissociação entre o argumento teórico jurídico e a esfera fenomênica da política internacional. Talvez isto seja explicado pelo fato de que a realidade não é objeto de estudo das teorias jurídicas. É claro que importa ao direito, por exemplo, fatos e provas e também as leis devem ser feitas para responder ao mundo real. Na verdade, o que se quer deixar claro é que a maioria das assunções teóricas do direito não necessita de processos de validação como testes experimentais das hipóteses ou confrontação com fatos do cotidiano. Estas características dos discursos teóricos jurídicos possuem consequências imediatas para a capacidade de sustentação de determinados argumentos como o fundamento do direito internacional. Assim, há um vão entre afirmar que o *pacta sunt servanda* é o fundamento do direito internacional e que Estados se comportam segundo regras porque anuíram expressamente neste sentido. A primeira afirmação é uma assunção teórica e a segunda é uma interpretação da realidade a partir do pressuposto da primeira afirmação.

As propostas explicativas que situam o fundamento de legitimidade no pressuposto ficcional – ainda que exaustivamente justificado pelo pragmatismo – deparam-se com firme refutação dentre os próprios juristas. Os argumentos contratualistas parecem, nesta medida, fazer sentido, em termos de construção científica, somente no contexto de uma comunidade acadêmica determinada. Não é novidade que para outros autores, regras e instituições só fazem sentido dentro de uma estrutura de interesses e preferências dos Estados; ou seja, a descrição da anuência da sociedade internacional às regras e a explicação do comportamento dos atores poderiam ser melhor compreendidos a partir do cálculo de vantagens comparativas. Sob este viés interpretativo Estados obedecem a regras não porque pactuaram, mas porque lhes convém. Parte considerável dos argumentos em análise de relações internacionais compartilha esta visão utilitarista ou até pessimista quanto à atuação do direito internacional.⁵⁰ Contudo, deve-se levar em conta que o fundamento do direito internacional, a legitimidade de regras e as causas geradoras de comportamento estatal são fenômenos diversos, pelo menos no campo da abstração lógica.

Faced with the temptation to act in disregard of law or obligation, the government will know what it hopes to gain" (Henkin, Louis, *How Nations Behave*, 2a. ed., New York, Columbia University Press, 1979, p. 69).

⁵⁰ A este respeito consultar: Waltz, Kenneth N., *Theory of International Politics*, London, Routledge, 1991; Ikenberry, G. John, "Institutions, Strategic Restraint and the Persistence of American Postwar Order", *International Security*, vol. 23, núm. 3 (Winter, 1998-1999), pp. 43-78; Morgenthau, Hans, *Politics among nations*, New York, Knopf, 1978; Mearsheimer, John J., *The tragedy of great power politics*, New York, W. W. Norton & Company, 2002.

Dentro do debate acadêmico na esfera jurídica já é possível perceber a mudança de agendas de pesquisa em resposta a novos fenômenos nas relações internacionais. Em parte, o esforço de análise conjunta dos campos jurídico e político reflete-se na intensificação do diálogo entre comunidades científicas em certa medida distanciadas.⁵¹ As novas agendas propostas e o esforço transdisciplinar favoreceram o aprofundamento de temas que exigem a utilização conjunta das ferramentas da teoria política e jurídica. O papel da *soft law*, da governança global, o reconhecimento da fragmentação desordenada do direito internacional, a preocupação com a colisão de regimes e a questão a legitimidade são alguns exemplos de tópicos vinculados a estas iniciativas.

No campo próprio do direito internacional, estes denominados novos temas foram evidenciados na decisão em 2000 de tornar o tema dos riscos resultantes da fragmentação do direito internacional um programa de trabalho de longo prazo, o qual ficou conhecido como Relatório Koskenmieni em homenagem ao presidente da comissão. A autonomia dos regimes internacionais (*self-contained regimes*) é uma das expressões da fragmentação de regras bem como resultado da intensificação desordenada de regulação por áreas tópico. Estas consequências não poderiam ser concebidas em um sistema unitário cuja validade e eficácia derivasse de uma norma única como fundamento.

A tentativa atual de formação de argumentos que busquem explicar o fator de legitimidade do direito internacional certamente encontra distanciamento das teses de Kelsen. Tanto o princípio do *pacta sunt servanda* como a norma ficcional suposta não esgota o debate quanto ao argumento explicativo acerca do fundamento de legitimidade de regras internacionais. A princípio, o fenômeno da fragmentação das áreas regulamentadas opera hoje segundo uma lógica diversa da teorização do sistema internacional como unificado. A multiplicidade de mecanismos de solução de controvérsias *ratione materiae* tenta acompanhar a expansão gradual da regulamentação internacional, a expansão da regulamentação desordenada internacional acabou por criar um incômodo para a dinâmica jurídica e a prevalência das regras gerais nas hipóteses de conflitos normativos – leia-se norma *jus cogens* – gerou o impasse institucional e a possibilidade de colisões de regimes.

Ao lado do fenômeno da fragmentação e expansão desordenada de regras internacionais – positivadas ou não – está o fenômeno político da

⁵¹ Os exemplos desta aproximação dos campos de estudo são muitos. Sobre estes pontos consultar: Byers, Michael (org.), *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

interdependência. Interdependência é um conceito amplamente utilizado em relações internacionais. Robert Keohane e Joseph Nye são nomes que se destacam na proposta e utilização deste conceito. Propõem a idéia de uma sociedade internacional marcada pela conectividade entre os atores mundiais que estão sujeitos à sensibilidade e vulnerabilidade enquanto aspectos da globalização. A interdependência neste conjunto explicativo diz respeito a características tão diversas como economia internacional, poder militar, meio ambiente e aspectos sociais e culturais.⁵² Num contexto geral, liberais acreditam que valores e interesses comuns podem induzir Estados à cooperação em torno de valores ou interesses, contudo, a interdependência conforme aqui mencionada não é restrita à interdependência complexa dos discursos teóricos liberais.

A Organização das Nações Unidas também reconhece o fenômeno da interdependência. Este tipo de reconhecimento de fenômeno político possui maior expressividade após a Declaração do Milênio e pode ser observado com particularidade na Resolução 60/204, aprovada pela Assembléia Geral em 22 de dezembro de 2005, sobre o papel das Nações Unidas na promoção do desenvolvimento no contexto da globalização e interdependência. Neste documento a interdependência é entendida mais na sua dimensão econômica o que parece ser mais consensual em estudos científicos.

Neste sentido é interessante o argumento de realistas acerca de ‘self constraints’ em relação ao exercício de hegemonia,⁵³ ‘hegemonia benigna’ ou mesmo o conceito ‘balance of power’ como um refreador de coalizões anti-hegemônicas.⁵⁴ Outros autores utilizarão o conceito de Império como mais apropriado evitando inserir em um sistema teórico a noção de hegemonia⁵⁵. Muito embora as idéias referidas digam respeito a sistemas teóricos com distanciamentos explicativos expressivos há um elemento de conexão entre eles que é a admissão de uma resposta sistêmica aos vetores do poder estatal. Assim, se se admite que existe um sistema de normas internacionais – o que é evidente – os atores sujeitos a estas normas cumprem as prescrições expressas mais em função do sistema do que em relação às normas em si.

⁵² Keohane, Robert O. y Nye, Joseph, *Power and interdependence*, 2a. ed., Glenview, Foresman and Company, 1985, pp. 230-232.

⁵³ Ikenberry, G. John, “Institutions, Strategic Restraint and the Persistence of American Postwar Order”, *International Security*, vol. 23, núm. 3, Winter, 1998-1999, pp. 76-78.

⁵⁴ Waltz, Kenneth N., *Theory of International Politics*, London, Routledge, 1991, pp. 81-93.

⁵⁵ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Império*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Record, 2005, pp. 1-15.

Watson, Adam, *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 250-280.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção histórica do conceito de legitimidade no que atine ao direito internacional formou um sistema com bases frágeis de sustentação teórica, o que possibilita a prevalência de outras formas de legitimação no contexto das relações internacionais. Neste domínio, o exame dos processos de convergência legitimidade-norma não se resolve de forma abstrata; exige uma compreensão mais ampla da dinâmica da sociedade internacional e, especialmente, de como se constituem, historicamente, em cada caso, os impérios, os regimes e a hegemonia. Assim, na hipótese do reforço da lei pela legitimidade, teríamos de considerar a compatibilidade entre norma e os valores do tempo, o interesse dos grupos sociais e as forças hegemônicas no mundo político internacional. Quando ocorre um amplo processo de legitimação, tudo contribui para que a norma não seja alterada e não haja dúvidas quanto à conveniência de obedecer ou gerar comportamento. Na hipótese do movimento inverso, quando se caracteriza a distância entre o que a sociedade necessita e o mundo jurídico, a norma entra em descompasso com os valores do tempo e pode perder força, abrindo-se a possibilidade para que seja reformulada. Logo, na dinâmica das relações internacionais percebe-se que não é o puro contratualismo ou a norma válida que conferem legitimidade ao direito internacional.

O sistema teórico de Hans Kelsen pode ser aprimorado de forma a diminuir suas eventuais imperfeições. O objetivo deste artigo não é debater o aprimoramento do sistema kelseniano o que não impede que algumas questões sejam levantadas. Como o ‘*pacta sunt servanda*’ explica parte da legitimidade do direito internacional propõe-se que este seja o fator estático de legitimidade das normas internacionais. Explicar a obrigatoriedade da norma e a geração de comportamento de sujeitos de direito internacional, contudo, exige a observação mais detalhada do comportamento da sociedade internacional. Propõe-se também que o fator dinâmico de legitimidade de normas internacionais leve em conta dois conceitos: fragmentação e interdependência. Entende-se que os conceitos de fragmentação do direito internacional e de interdependência no complexo sistema normativo internacional possuem maior potencial explicativo do que a tentativa de localizar o fator de legitimidade em princípios contratualistas ou em norma fissional, muito embora, convenções sociais e direito pareçam não prescindir da atribuição valorativa, opções pragmáticas ou de crenças compartilhadas. Em síntese, quatro tópicos podem resumir as principais idéias contidas neste artigo:

1) O conceito de sistema de normas conforme o proposto por Hans Kelsen é de limitada aplicabilidade no direito internacional.⁵⁶ A norma para Hans Kelsen é uma regra jurídica válida e a validade depende de uma norma superior também válida. Em primeiro lugar não é possível se falar em um ordenamento jurídico internacional que respeite um fundamento de legitimidade unitário. Em termos práticos isto nunca chegou a se efetivar universalmente. A própria dificuldade dos juristas internacionalistas em lidar com a identificação inequívoca da norma ‘jus cogens’ evidencia a falta de unanimidade teórica sobre esta questão. Nesse sentido, normas de direito internacional dependem de complexos processos de legitimação que em última instância dependem de opções pragmáticas de natureza política. O conteúdo e o comando mesmo da norma depende da atribuição de significado moral e semântico dentro de sistemas políticos que podem assumir também perspectivas regionais.

2) Os conceitos de norma internacional e de fundamento do direito internacional não encontram validação na dinâmica das relações internacionais. Necessário enfatizar que os conceitos em referência são os formulados por Hans Kelsen e que validação possui o significado de adequação entre teoria e realidade. Isto ocorre porque a teoria pura do direito é uma ciência deontológica que possui como objeto a norma e não a sociedade ou a relações jurídicas. Assim, a ciência jurídica não se preocupa com a questão da verdade objetiva ou, em termos de metodologia científica, os postulados da ciência jurídica não são passíveis de validação no sentido de confirmação de hipóteses ou de confrontação do discurso teórico com a realidade das relações sociais. As relações sociais constituem o elemento informativo para a formulação da norma e também o seu destinatário. Falar em fundamento da norma é em parte um discurso argumentativo posto. Ocorre que este discurso argumentativo não prescinde do reconhecimento do jogo de forças políticas e culturais. Neste sentido, a ciência jurídica é mais forte em se auto-legitimar do que em reconhecer fatores de legitimação da norma que não sejam a própria norma.⁵⁷

⁵⁶ Existe muita literatura a este respeito. Destaco: “The claim of this type of theory is, in a legal context, that traditional beliefs in the regulatory import of norms and the governing effect of a legal hierarchy have no reality. All normativity is bound to collapse in practice. As regards public international law, it is the very belief in the existence of a (unified) system of public international law that is put into question. (Somek, Alexander, “Kelsen Lives”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 3, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 416 y 417).

⁵⁷ “Da jede Rechtsordnung wenigstens einen Wert, den der Ordnung, verwirklicht, bedeutet die Frage nach der Grundnorm letzten Endes die nach der Begründung der Werte. Stellt man auf die reine Tatsache der Notwendigkeit einer Rechtsordnung für das menschli-

3) Hans Kelsen utiliza o termo legitimidade em diferentes sentidos.⁵⁸ É importante afirmar que em Kelsen o conceito de legitimidade é mais amplo do que o de legalidade ou validade.⁵⁹ Também é necessário distinguir entre a legitimidade de fato e a legitimidade de direito ou mesmo entre a legitimidade dinâmica e estática ou entre legitimidade e legitimação. De toda a forma estas distinções não encerram o debate acerca do fundamento do direito internacional como relação entre a norma internacional e sua legitimidade.⁶⁰ É neste sentido que é possível afirmar que o fator que confere legitimidade às normas internacionais não se restringe ao princípio do ‘*pacta sunt servanda*’ ou a norma hipotética fundamental. Ao longo deste artigo procurou-se defender esta posição tanto do ponto de vista da insustentabilidade teórica em si quanto a partir do esgotamento explicativo relativo à adequação teoria-realidade. Questões acerca da obrigatoriedade da norma, de sua validade e da geração de comportamento de sujeitos de direito internacional parecem desafiar e em certo sentido esgotar as duas explicações levadas a efeito pela teoria legal formulada por Hans Kelsen.

4) Propõe-se que o fundamento do direito internacional deva ser entendido em seu aspecto estático e dinâmico. Por aspecto estático compreende-se o instrumento que manifesta inequivocamente o acordo de vontades, seja ele um tratado, seja um acordo político, uma recomendação de uma

che Zusammenleben ab, so gelangt man zur Frage nach dem Wesen des Menschen und der Welt. Beides sind philosophische Fragen, die nicht vollständig aus der Vernunft beantwortet werden können; die Antwort hängt letztendlich von der philosophischen oder religiösen Überzeugung jades einzelnen ab. Hier stößt man an die Grenzen der Wissenschaft, die Scranken der Erkenntnis. (Bindschedler, R. L., “Zum Problem der Grundnorm”, en Verosta, S. T. et al., *Völkerrecht und Rechthches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*, Wien, Springer Verlag, 1960, p. 76.

⁵⁸ “I should emphasize right away that Kelsen himself does not employ the term ‘legitimacy’ to characterize the normativity the pure theory attributes to the law. What is more, he sometimes actively disparages the idea that the law can legitimize political power” (Vinx, Lars, *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 59).

⁵⁹ “The validity of legal norms may be limited in time, and it is important to notice that the end as well as the beginning of this validity is determined only by the order to which they belong. They remain valid as long as they have not been invalidated in the way which the legal order itself determines. This is the principle of legitimacy” (Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Third printing, Cambridge, Harvard University Press, 1949, p. 117).

⁶⁰ “Legality clarifies the core obligations relating to force, while legitimacy tries to identify and delimit a zone of exception that takes account of supposedly special circumstances. It is so far a problematic and controversial means of achieving flexibility, because the delimitation proposed lacks endorsement by the United Nations or acceptance by governments of leading states” (Falk, Richard, *The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq*, New York, Routledge, 2008, p. 133).

Organização Internacional, um ato unilateral. Este fator pode também ser denominado legitimidade de direito. A distinção entre estes dois fatores sugere que não há evidências científicas que sujeitos de direito internacional cumpram normas ou comportam-se de determinada maneira por que pacificaram neste sentido. A fragmentação do direito internacional e a interdependência crescente entre as normas internacionais são os fatores de legitimidade dinâmicos que explicam a geração de comportamento de sujeitos de direito internacional pretendida pela norma com menos falibilidade explicativa do que a formulação teórica de Hans Kelsen. Este tipo de consideração afasta o papel da moralidade universal no sistema internacional que esteja além de um sistema de escolhas pragmáticas por determinados sistemas culturais de comportamento ideal humano. Por outro lado, reforça a idéia que a opinião pública é um importante fator de geração de comportamento estatal no sentido do cumprimento de normas.⁶¹ A este respeito é que crescentemente juristas têm argumentado no sentido que Estados cumprem normas mais em função dos outros Estados do que em função da norma em si.⁶²

Ao longo da história é possível perceber que diferentes fundamentos exerceram o papel de legitimação de normas internacionais. Na medida em que a sociedade avança os padrões das normas e instituições modificam-se de acordo com contextos culturais e societários diversos. A teoria jurídica possui a particularidade de não ser mera expectadora; é sim desafiada a acompanhar as mudanças de padrões societários ao mesmo tempo em que não se ajusta a eles. Sem este equilíbrio o argumento jurídico torna-se incompetente.⁶³ Embora não se possa reconhecer a prevalência de teoria

⁶¹ Quanto ao papel da moralidade internacional e da opinião pública na sociedade internacional: Morgenthau, Hans, *Politics among Nations*, New York, Knopf, 1978, capítulo XVII, p. 483.

⁶² “The surprising thing about international law is that nations ever obey its strictures or carry out its mandates. This observation is made not to register optimism that the half-empty glass is also half full, but to draw attention to a pregnant phenomenon: that most states observe systemic rules much of the time in their relations with other states. That they should do so is much more interesting than, say, the fact that most citizens usually obey their nation’s laws, because the international system is organized in a voluntarist fashion, supported by so little coercive authority”(Franck, Thomas M., “Legitimacy in International System”, *The American Journal of International Law*, vol. 82, núm. 4, oct. 1988, p. 705).

⁶³ “In the same way, ‘competence’ in international law is not an ability to reproduce out of memory some number of rules, but a complex argumentative practice in which rules are connected with other rules at different levels of abstraction and communicated from one person or group of persons to another so as to carry out the law jobs in which international lawyers are engaged. (...) We develop an ability to distinguish between competent arguments and points put forward by lay persons using the same vocabulary but doing that in ways

explicativa relativa ao fundamento de legitimidade do direito internacional, propõe-se que as assunções baseadas no princípio do ‘*pacta sunt servanda*’ ou na norma hipotética fundamental possam ser aprimoradas a fim de diminuir as distâncias entre o argumento teórico e a dinâmica das normas nas relações internacionais.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme Assis de y BITTAR, Eduardo, *Curso de filosofia do direito*. 3a. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2004.

AQUINO, Tomás de, *Suma teológica*, 2a. ed., tradução de Alexandre Coréia, Porto Alegre, Editora Sulina, 1980.

ARENDT, Hannah, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, Chicago University Press, 1982.

_____, *The Human Condition*, 2a. ed., Chicago: Chicago University Press, 1998.

BANSHOFF, Thomas y SMITH, Mitchell P., “Introduction: Conceptualizing Legitimacy in a Contested Policy”, en BANSHOFF, Thomas y SMITH, Mitchell P. (org.), *Legitimacy and European Union: the contested policy*, New York, Routledge, 2004.

BYERS, Michael (org.), *The role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

BINDSCHEDLER, R. L., “Zum Problem der Grundnorm”, en VEROSTA, ST. et al., *Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*, Wien, Springer Verlag, 1960.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10a. ed., Brasília, Editora da UnB, 1997.

_____, “Sur le Principe de Légitimité”, *L’Idée de Légitimité*, Paris, PUF, 1967.

BROWLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

BULL, Hedley, *A sociedade anárquica*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

that - whatever one may think of the substance of these points – somehow fail as legal arguments” (Koskenniemi, Martii, *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 566).

BULYGIN, Eugenio, "Das Problem der Geltung bei Kelsen", en PAULSON, Stanley L. y STOLLEIS, Michael, *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

CAMPOS, A. B. 2001, "Kelsen y Marx: la cuestión de la primacía en el derecho internacional", *Critica Jurídica*, Curitiba, núm. 18.

CARON, D, "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, outubro 1993.

CARR, E., 2001, *Vinte anos de Crise: 1919-1939. Uma introdução ao estudo das relações internacionais*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

COELHO, Fabio Ulhoa, *Para entender Kelsen*, 3a. ed., São Paulo, Max Limonad, 1999.

Critica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia e Derecho, vol. 18, México, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, 2001.

DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FALK, Richard, *The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq*, New York, Routledge, 2008.

FARIÑAS DULCE, María José, "La ficción en la teoría jurídica de Hans Kelsen", *Critica Jurídica*, Curitiba, núm. 18.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, "A legitimidade pragmática dos sistemas normativos", en MERLE, Jean-Christophe y MOREIRA, Luiz (org), *Direito e legitimidade*, São Paulo, Editora Landy, 2003.

FONSECA JR., Gelson y BELLÍ, B. 2002, "Política e direito nas relações Internacionais: A consolidação da justiça internacional", *Política Externa*, Brasília, vol. 10, núm. 4.

_____, *A legitimidade e outras questões internacionais: Poder e ética entre as nações*, São Paulo, Paz e Terra, 1998.

FORGÓ, Nikolaus y SOMEK, Alexander, "Nachpositivistisches Rechtsdenken", en BUCKEL, Sonja et al., *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006.

FRANCK, Thomas M., *Power and Legitimacy among Nations*, New York, Cambridge University Press, 1990.

_____, "Legitimacy in International System", *The American Journal of International Law*, vol. 82, núm. 4, oct. 1988.

GOLDSMITH, Werner, “A Teoria tridimensional no mundo jurídico”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 208, 1964.

GOMES, Alexandre Travessoni, *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol I e II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____, *O discurso filosófico da modernidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____, *The Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1973.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Record, 2005.

HENKIN, Louis, *How nations behave*, 2a. ed., New York, Columbia University Press, 1979.

HESSE, Hermann, *Demian – Die Geschichte von Emil Sinclairs Jugend*, Erste Auflage, Berlin, Suhrkamp, 1974.

HOBBES, Thomas, *Leviatã*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

HOLLIS, M. y SMITH, S., *Explaining and Understanding International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

HORST, Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

IKENBERRY, G. John, “Institutions, Strategic Restraint, and the Persistence of American Postwar Order”, *International Security*, vol. 23, núm. 3, Winter, 1998-1999.

KANT, Immanuel, *A paz perpétua*, São Paulo, L & PM Editora, 1989.

_____, *Crítica da razão pura*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

_____, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo, Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans, *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____, *O que é justiça? - a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

_____, “Reflexiones en torno de la Teoría de las Ficciones Jurídicas con especial enfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger”, *Crítica Jurídica*, Curitiba, núm. 18, 2001.

_____, *Teoria geral das normas*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____, *Teoria geral do direito e do estado*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____, *Teoria pura do direito*, 6a. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998b.

—, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems: with supplement*, Nova Jersey, The Lawbook Exchange, 2000.

—, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949.

KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph, *Power and Interdependence*, 2a. ed., Glenview, Foresman and Company, 1985.

—, GOLDSTEIN, Judith, “Ideas and Foreign Policy: an Analytical Framework”, in KEOHANE, Robert y GOLDSTEIN, Judith, *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, Cornell, Cornell University Press, 1993.

KISSINGER, Henry, *Does America need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for 21st Century*, New York, Simons & Shuster, 2001.

KLUG, Ulrich y KELSEN, Hans, *Normas jurídicas e análise lógica*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

KOLLER, Peter, “Soberania nacional e justiça internacional”, en MERLE, Jean-Christophe y MOREIRA, Luiz (org.), *Direito e legitimidade*, São Paulo, Editora Landy, 2003.

KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

KRASNER, S. 1982, “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, *International Organization*, Massachusetts, num. 36, 2, Spring.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 3a. ed., tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENOBLE, Jacques y OST, François, *Droit, Mythe et Raison: essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.

LUHMANN, N., *Legitimation durch verfahren*, Neuwled/Rhein-Berlin, 1969.

—, “Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien”, *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975.

—, “Die Weltgesellschaft”, *Soziologische Aufklärung*, vol. 2, Frankfurt, Niklas Luhmann Ed., 1986.

—, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1987.

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei, *O Príncipe*, Porto Alegre, L & PM, 2001.

MEARSHEIMER, John J., *The Tragedy of Great Power Politics*, New York, W. W. Norton & Company, 2002.

_____, *The False Premise of International Institutions. International Security*, vol. 19, núm. 3, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1991.

MERLE, Jean-Christophe y MOREIRA, Luiz (org.), *Direito e legitimidade*, São Paulo, Editora Landy, 2003.

MOREIRA, Felipe Kern, *Paroxismo da modernidade e Teoria das Relações Internacionais: linhas evolutivas*, Anais do I Simpósio de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Programa San Tiago Dantas, novembro de 2007.

MORGENTHAU, Hans, *Politics among nations*, New York, Knopf, 1978.

MORRIS, Clarence (org.), *Os grandes filósofos do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

NYE, Joseph, *O paradoxo do poder americano: por que a única potência não pode prosseguir isolada*, São Paulo, Editora UNESP, 2002.

ONUF, Nicholas, *World of our making: Rules and Rule in social theory and International Relations*, Columbia, University of South Carolina Press, 1989.

_____, *Law - Making in the Global Community*, Durham, Carolina Academic Press, 1982.

OSIANDER, Andréas, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, *International Organization*, vol. 55, núm. 2, Spring, 2001.

REALE, Giovanni y ANTISERI, Dáario, *História da filosofia*, vol. I, II e III, São Paulo, Edições Paulinas, 1991.

Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, U. N. GAOR, 55th Sess., Supp. No. 10, at 237, U. N. Doc. A/CN. 4/L. 628 (2002). Disponível em: http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf. Acessado em agosto de 2005.

REZEK, José Francisco, *Direito internacional público: curso elementar*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

ROUSSEAU, Jean – Jacques, *Do contrato social*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

_____, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

RUGGIE, John, “International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order”, en KRASNER, Stephen, *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press.

_____, *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization*, London, Routledge, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza, *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Cortez Editora, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie, TULUMELLO, A.; WOOD, S. 1998, “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *American Journal of International Law*, vol. 92.

—, Raustiala, Kal. International Law, International Relations and compliance. As published in Carsnaes *et al.* (eds.), *Handbook of International Relations*, 2002.

SOMEK, Alexander, “Kelsen Lives”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 3, Oxford, Oxford University Press, 2001.

SPRUYT, Hendrik, *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

TEUBNER, G. (org.), *Global Law without a State*. Darmouth Publishing, Aldershot, 1997.

— y FISHER-LESCANO, Andreas, “Regime – Colisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25:999, Summer 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.), *A nova dimensão do direito internacional*, Brasília, Instituto Rio Branco, 2003.

—, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

UNITED NATIONS ORGANIZATION, *Resolution AG/RES/60/204. Role of United Nations in Promoting Development in the Context of Globalization and Interdependence*, Approved in December 22, 2005.

—, A/CN.4/L.682. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. Approved in April 13, 2006.

VINX, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

VIOTTI, Paul y KAUPPI, *International Relations Theory: Realism, Pluralism, Globalism and Beyond*, Third Edition, MA: Allyn and Bacon, 1999.

WALTZ, Kenneth N., *Theory of International Politics*, London, Routledge, 1991.

WATSON, Adam, *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004.

WEBER, Max, *Economia e sociedade*, vol. 1 e 2. 4a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004.

WENDT, Alexander, *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

DEL *TOTUS ORBIS AL ORDO ORBIS*.
EL PENSAMIENTO INTERNACIONALISTA
DE FRANCISCO DE VITORIA

José Carlos ROJANO ESQUIVEL*

La mansa rebeldía de Vitoria, en tanto,
Suárez tiende la mano a Grocio.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El ius gentium vitoriano*. III. *Comunidad de naciones posvitoriana*. IV. *Conclusiones*. V. *Relación de fuentes bibliográficas y electrónicas*.

I. INTRODUCCION

No puede hablarse de un derecho global sin referirse a la doctrina iusnaturalista de la Escuela de Salamanca, en donde el trabajo magistral de insignes intelectuales buscaba aliviar los profundos problemas del incipiente Renacimiento. Volver al pasado no implica un simple regreso histórico ni echar una simple mirada a la excelsa labor de quienes a través de sus respectivos centros de enseñanza provocarían una revolución en el pensamiento todavía medieval esbozando líneas fundamentales que se proyectaron más allá de las aulas europeas. El legado de la Edad Media frente al movimiento secular del momento unió a diversos teóricos para dar respuesta a la acción expansiónista de España y Portugal en una especie de nueva cruzada, apoyada en el poder pontificio. Resulta por demás interesante que precisamente sean los documentos papales los que dieran motivo para replantear los aspectos éticos y jurídicos de la conquista ante el supuesto poder papal, aceptado como *dominus orbis* (*i. e.* poder universal), al que se sumaba al igual la potestad suprema del emperador. Tal reflexión obligó a dar una respuesta con las nuevas exi-

* Profesor de tiempo completo, categoría VII, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

gencias de justicia empatados con los verdaderos ideales de la evangelización, por lo que el derecho, junto con la teología, tendrían un profundo espíritu renovador mediante la perspectiva de un iusnaturalismo moderno. Por tales razones, surge a la par una genuina teoría del orden jurídico internacional. Los pioneros del movimiento intelectual en mención congregaron en el iusnaturalismo moderno dos grandes corrientes o escuelas, los grandes núcleos del conocimiento en ese entonces: las universidades de Salamanca como la de Coimbra.

Los preliminares a este movimiento intelectual ya se habían dado en el siglo XV en el convento dominico sito en Salamanca, en donde fray Juan Hurtado inició la restauración del tomismo con la modernidad hizo que misioneros salieran con una nueva vocación evangelizadora, al tener viva la idea de conectar la realidad social y política con la doctrina religiosa. Por consiguiente, los pensadores de la escuela hispana serían consultados de manera frecuente, dando respuestas y dictámenes audaces, muchas veces contrapuestos a los intereses económicos y políticos de quienes ejercían el poder civil y eclesial.¹ El *ius inventionis* señalado hasta entonces como fundamento de derechos territoriales por descubrimiento y a partir de este, los derechos de conquista, serán cuestionados en lo sucesivo para sostener la universalidad del *ius communicationis*, *ius legatii*, *ius tractatii*, *ius migrandi*, *ius peregrinandii* y *ius commerciandi*.

Los argumentos aristotélicos de justificar una conquista invocando una supuesta superioridad y una esclavitud natural de quienes eran más débiles tuvieron choque frontal con los salmantinos, quienes apoyados en el Aquinate alegaron en defensa de los amerindios, que estos eran pueblos con pleno *dominum*, y por ende, con derechos de interrelacionarse, comerciar, negociar, como de enviar representantes; así, todo título de conquista fue declarado obsoleto gracias a la voz del excelsa dominico fray Francisco de Vitoria.²

Toca a la escuela hispana sustituir las ideas medievales de soberanía universal del emperador, como del papa, la jerarquización feudal y la segregación étnico-religioso, ya que los principios se oponían a los dogmas basados en la solidaridad de los pueblos, ante el reconocimiento de la propia comunidad internacional, que en lo sucesivo sería denominado derecho de gentes o *ius gentium* —expresión heredada a los juristas romanos— ante un decadente movimiento escolástico, en donde la figura del insigne maestro burgalés Francisco de Vitoria hace resurgir las teorías del Aquinate, en aras de una sociedad natural internacional a la que denominará *totus orbis*.

¹ Brufau Prats, Jaime, *La escuela de Salamanca*, Salamanca, San Esteban, 1988, pp. 171-176.

² *Idem.*

II. EL *IUS GENTIUM* VITORIANO

El burgalés se convertirá en el promotor y padre del iusnaturalismo internacionalista, al atreverse a depurar la entonces teología, y es por ello que se afirma: “Desde comienzos del siglo XVI las concepciones tradicionales del hombre y su relación con Dios y con el mundo se habían visto sacudidas por la aparición del humanismo, por la reforma protestante y por los nuevos descubrimientos geográficos y sus consecuencias”. Esto implica una nueva manera de visión para incluir al ser humano, en lo que puede denominarse un teoantropocentrismo.

De ahí que se sostenga:

Estos nuevos problemas fueron abordados por la Escuela de Salamanca, en donde Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado y Francisco Suárez, todos ellos bajo la luz del iusnaturalismo, se distinguen como los padres de esta escuela de teólogos y juristas, que reconcilió la doctrina tomista con el nuevo orden económico. Los temas de estudio se centraron principalmente en el hombre y sus problemas prácticos (morales, económicos, jurídicos, sociales, *inter alia*); pero no se trata ni mucho menos de un *corpus* único aceptado por todos, como lo prueba los desacuerdos o, incluso, las agrias polémicas entre ellos.³

Santo Tomás sostuvo que el derecho de gentes es intermedio entre el derecho natural y el derecho positivo. Sostuvo que el derecho natural posee evidencia inmediata de la intuición, de tal manera que el *ius gentium* tiene la evidencia derivada del razonamiento, por lo que es resultado de un proceso propio de la sindéresis o conciencia natural colectiva. Es en consecuencia parte del derecho natural, al contener postulados de la naturaleza humana, pero que debe ser categorizado dentro del derecho positivo; es decir, sus normas prescriptivas derivan de la razón; sus conclusiones son inmediatas e inevitables, al ser conclusiones del derecho natural, pero sujetas al voluntarismo de las naciones, quienes no deben perder de vista en la positivización de tales normas su contenido ontológico al estar limitado por la justicia.

Se trata de positivar regulaciones éticas que nacen de la conciencia moral, en virtud de un bien común universal.⁴ A partir de tales ideas, el iusnaturalismo moderno mantendrá la tesis en la cual las leyes positivas derivan

³ Termes, Rafael, “La tradición hispana de la libertad”, comunicación enviada a la Conferencia organizada por Acton Institute y celebrada los días 1 a 3 de junio de 2005 en Orlando, Florida (U.S.A), en <http://www.liberalismo.org/articulo/330/13/tradicion/hispana/libertad/>.

⁴ Simon, René, *Moral. Curso de filosofía tomista*, España, Herder, 1961, p. 394.

o se vinculan siempre de la ley moral natural, lo que hacían los tomistas, mediante conclusión y determinación natural, de tal manera que las leyes humanas contienen derivaciones del derecho natural, lo que conforma finalmente el *ius gentium*.

Si se trata de una determinación de la ley moral natural, se está ante el *ius civile*, que es el derecho propio de la ciudad, ante lo cual Vitoria lo transformaría en *inter gentes*. El resultado es que el derecho privado se vuelve público; sus sujetos no son los hombres, sino los Estados, en razón de que aquellos están agrupados en naciones; poseedores de derechos y deberes por pertenecer a estas. La idea de derecho y justicia para la doctrina jurídica de la *Escuela de Salamanca* significó el fin de ambos conceptos en su acepción medieval, con una reivindicación de la libertad no habitual en la Europa de la época, que solamente Suárez más adelante retomaría hasta la nueva visión del siglo XVIII en Emérico de Vattel, cuando la extiende de manera análoga al Estado, pero someterá al ciudadano ante este ente artificial, en donde a decir del suizo, algunas libertades individuales se sacrifican a favor de ese cuerpo político. En este demoliberalismo cristiano, los derechos naturales del hombre se convirtieron en base de un atropocentrismo, para dar paso así a los derechos y libertades relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, a la dignidad).⁵

Los teólogos españoles logran reformular el concepto de derecho natural, sosteniendo que este surge de la misma naturaleza, y todo aquello que exista según el orden natural comparte ese derecho, debido a que la conclusión resulta obvia: todos los hombres comparten la misma naturaleza; también comparten los mismos derechos, como el de igualdad o de libertad. Así, la conquista americana resultó objeto de controversia, al eliminar la teoría de incapacidad natural de los indios, al poseer estos derechos naturales —derechos humanos— en lo que destacan los relativos a su soberanía como a la propiedad de sus tierras. Al no vivir la persona humana aislada, sino en sociedad, la ley natural no se limita al individuo, por lo cual la justicia solamente se realiza dentro de la sociedad, al ser un dictado del orden natural.⁶

Precisamente, con relación al concepto de soberanía, la *Escuela de Salamanca* advirtió dos potestades: potestad natural o civil y potestad divina o sobrenatural, que en la Edad Media se entremezclaban y confundían. Al respecto, se dice:

⁵ Por ello, siguiendo a Gayo, Vitoria señaló que lo que la razón natural estableció entre todas las naciones se llama derechos de gentes: *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur ius gentium*.

⁶ <http://www.liberalismo.org/articulo/330/13/tradicion/hispana/libertad/>

Una consecuencia directa de la separación de potestades es que el rey o emperador no tiene jurisdicción sobre las almas, ni el Papa poder temporal. Incluso propusieron que el poder del gobernante tiene sus limitaciones. Así, una nación es análoga a una sociedad mercantil en la que los gobernantes serían los administradores, pero donde el poder reside en el conjunto de los administrados considerados individualmente. Sin embargo, el poder de la sociedad sobre el individuo es mayor que el de éste sobre sí mismo, ya que el poder del gobernante es una emanación del poder divino. La corona inglesa estaba extendiendo la teoría del poder real por designio divino (el único receptor legítimo de la emanación de poder de Dios es el rey), de manera los súbditos sólo podían acatar sus órdenes para no contravenir dicho designio. Frente a esto, diversos integrantes de la *Escuela* sostuvieron que el pueblo es el receptor de la soberanía, el cual la transmite al príncipe gobernante según diversas condiciones. El más destacado en este sentido posiblemente fue Francisco Suárez, cuya obra *Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores* fue la mejor defensa de la época de la soberanía del pueblo. Puesto que el hombre no vive aislado sino en sociedad, la ley natural no se limita al individuo. Así, por ejemplo, la justicia es un ejemplo de ley natural que se realiza dentro de la sociedad. Esto se traduce en que la justicia es un deber dictado por la ley natural. El postulado rector fue: Los hombres nacen libres por su propia naturaleza y no siervos de otro hombre, y pueden desobedecer e incluso deponer a un gobernante injusto. Al igual que De Molina, el padre Suárez afirma que el poder político no pertenece a ninguna persona en concreto, pero se diferencia de él por el matiz de que considera que el receptor es el pueblo como un todo, no como un conjunto de soberanos individuales.⁷

En consecuencia, para el doctor Eximio, el poder político civil tiene su fundamento en una base de tipo contractual, debido a que es en la comunidad en donde surge el consenso de voluntad libre de todos los ciudadanos. Por ello, a decir de Suárez, “la forma de gobierno natural es la democracia, mientras que la oligarquía o la monarquía surgen como instituciones secundarias, que son justas si las ha elegido el pueblo”.⁸ Hay en estas afirmaciones un evidente contractualismo, al reconocer un pacto o convención, lo que le acerca a Wolff como a Vattel. El libre comercio no escapa como otro de los temas que la escuela hispana relacionó con el derecho natural, ya que en 1517 Francisco de Vitoria, al ser consultado por comerciantes españoles acerca de la legitimidad moral de comerciar para incrementar la riqueza personal, siguiendo a los demás teólogos españoles, logró extraerse de posiciones obsoletas al sustituirlas por nuevos principios

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

racionalistas. La migración era ya un fenómeno regular, lo que motivó otro interés por parte del maestro salamantino.

El tema toral de esta escuela es el relativo al poder político, cuestión insoslayable para la escuela hispana, que a través del tomismo lograría una noción analógica acerca del *dominum*; más en lo jurídico-moral, apoyándose siempre en la metafísica del Aquinate. Ciertamente, es en el derecho romano en donde encontramos la oposición a la elaboración de un concepto unívoco del dominio, al confundir el derecho de propiedad con el poder político.⁹

En su elaboración doctrinal, Santo Tomás conserva términos y definiciones del *Corpus Iuris Civilis*, pero dándoles un nuevo contenido de acuerdo con el conjunto de su sistema, de tal manera que guarda las definiciones de *ius gentium* de Ulpiano y de Gayo, aunque su concepto de derecho de gentes difiere del dado por los romanos.¹⁰

El conflicto ideológico entre jesuitas y dominicos arrojó como resultado a finales del siglo XVI cómo se puede conciliar la libertad humana con la soberanía divina, de tal manera que en 1582 el jesuita Prudencio Montemayor y fray Luis de León disertaron, además de vivirlo profundamente, la

⁹ Santo Tomás distingue entre derecho natural y derecho de gentes, asimila e integra elementos del derecho romano en su doctrina. Por ello, señala que en la controversia entre propiedad y poder político, la *proprietas* es respecto del *dominum* lo que la especie es del género. Pero el Aquinate revela la disitinción entre el *dominum* como propiedad y *dominum* como autoridad, pero coincidente en su utilidad hacia el bien común, lo cual se confirma cuando refiere que el hombre es un animal social, pero no hay vida social si no hay un jefe que les gobierne y le provea un bien común, sin dejar atrás que es “Dios quien ordena las cosas y por esta razón el dominio natural otorga el poder de usar las mismas”. En consecuencia, esta idea de *dominum* equivale a una relación de eminencia y superioridad, y así el poder de dominio es invariablemente un atributo de una persona; esto significa que señor o *dominum* queda expresado en un sujeto, persona física o moral, titular de derechos y con capacidad de obrar. En este contexto, diría el Aquinate que en el derecho interestatal, si los Estados son soberanos *dominum*, el *ius gentium* quedaría entredicho, si la relación es de igual a igual, ya que no existe idea de dominación y de dependencia entre las naciones, aunque Dios es quien finalmente, además de creador, es el gobernante al proveer la ley eterna y la ley natural; a lo que el dominio humano —para efectos de ley positiva— debe entrar en el orden establecido por el Ser Supremo. Pues bien, por ley debe entenderse la razón práctica en aquel que goberna una comunidad y no confundir orden con ley eterna inclusive, ya que esta es su causa. Por consiguiente, para que esta sociedad política se conserve es necesario un principio rector que unifique los esfuerzos de todos en orden al bien común, de ahí que sea la *potestas* política la expresión del dominio de Dios, lo que refleja una visión teocéntrica de Santo Tomás. Así las cosas, Vitoria y los salamantinos sintieron esa necesidad de conceptualización analógica, pero sin ahondar en la metafísica tomista, por lo cual solamente parten de las adquisiciones doctrinales del Aquinate, y es referencia para expresar su propio pensamiento, que como dijimos es mueve preferentemente en el campo moral y jurídico.

¹⁰ Brufau Prats, *op. cit.*, pp. 11-13.

cuestión de la libertad humana, lo que le valió al último todo un viacrucis. En suma, desde entonces las leyes del mercado y la política han combatido y encerrado al orden jurídico alejando a este último de sus paradigmas axiológicos, para atraparlo en una rigidez formal y voluntarista.¹¹ No cabe duda, la escuela hispana es en verdad la escuela del burgalés Vitoria.¹²

Vitoria dedicó su vida por completo a la academia; llevó a cabo una gran obra de renovación de la teología, y, precisamente, es en su cátedra donde se formaron varios discípulos que continuarán su labor en Salamanca, en las universidades europeas y en las fundadas en América y Filipinas.¹³ La obra de Vitoria nos regala dos fuentes excepcionales: las *Relecciones* y los *Comentarios a la Summa*, en donde mantendrá la concepción tomista del poder político o *dominum* en el campo público como privado.¹⁴ Nunca publicó nada en vida, pero al morir dejó un gran legado de materiales escritos, los borradores de sus *Relecciones* y notas de sus *Lecturas*. Estas últimas, verdaderas lecciones de clase, son las exposiciones o comentarios teológicos redactados por el propio Vitoria para su explicación oral o transmisión al público. Tuvo que ser el editor de Lyon, Carlos Boyer, quien gracias a copias fidedignas las publicó por primera vez en 1557. Son, por el orden en que las dispuso: *De potestate Ecclesiae prior* (1532), *De potestate Ecclesiae posterior* (1533), *De potestate civili* (1528), *De indis prior* (1539), *De indis posterior seu de iure belli* (1539), *De matrimonio* (1531), *De augmento caritatis* (1535), *De temperantia* (1537), *De homicidio* (1530), *De simonia* (1536), *De magia* (1540) y *De eo quod tenetur veniens ad usum rationis* en 1535.¹⁵ De las obras menores de Vitoria destacan la *Summa Sacra-*

¹¹ *Idem*.

¹² Vitoria nace en Burgos, no en Vitoria, en 1483. Francisco de Arcaya y Compludo es conocido como *Francisco de Vitoria*, por ser su padre oriundo de la capital alavesa. Ingresó en la orden de los dominicos, y pasó al convento de San Pablo, para continuar sus estudios en París en 1507 para regresar a Salamanca en 1523 para impartir Prima en Teología; en 1543 se empezó a agravar de salud, y dos años después no regresaría a sus clases; falleció en el convento estebanense en 1546. Afortunadamente, no obtuvo cargo político o jerárquico alguno, lo que le permitió no alejarse del pensamiento puro. A pesar de su precaria salud, sus alumnos lo llevaban a clase, y era costumbre cada año el disertar en público por todos los catedráticos propietarios, a lo que esas conferencias se les empezó a denominar “relecciones o repeticiones”.

¹³ Entre ellos destacan pensadores como Domingo de Soto, Melchor Cano y Mancio de Corpus Christi, Domingo de Santa Cruz, Vicente Barrón, Domingo de Cuevas y Andrés de Tudela, Diego de Chaves, Martín de Ledesma, en Coimbra; Tomás Manrique, Pedro Guerrero, Sebastián Pérez, Alonso de Veracruz —que enseñó en México—; Andrés Vega, Alfonso de Castro, Martín Pérez de Ayala, Covarrubias, *inter alia*.

¹⁴ Vitoria, *Relecciones De Indis*, Introd. II, pp. 22-26.

¹⁵ Las *Relecciones* de Francisco de Vitoria, desde su publicación póstuma en Lyon, han tenido numerosas ediciones, de entre las cuales destacan las de Salamanca (1565), Ingolstadt

mentorum *Ecclesiae ex doctrina* (1560), de la que se cuentan 80 ediciones hasta 1626, y *Confessionario*.

Otras aportaciones igual de importantes de Francisco de Vitoria fueron la renovación de los estudios teológicos en Salamanca, su filosofía política y la fundación del derecho internacional. Estos aspectos decisivos del pensamiento vitoriano se gestaron en todo su vigor a partir de su nuevo planteamiento e interpretación de la filosofía tomista y de la directa aplicación al tema de la conquista y el dominio político en América.

Bien dice Antonio Gómez Robledo que Vitoria estaba anclado en Santo Tomás, pero pleno de realidad del mundo moderno, *i. e.*, tan medieval como tan renacentista; un revolucionario intelectual en pro del humanismo como del pacifismo.¹⁶ Respecto a su concepción sobre la naturaleza de la teología, está contenida principalmente en el comentario de la primera cuestión de la primera parte de la *Summa*, compuesta en 1539. Cuando Vitoria atribuye a la teología el carácter de ciencia, se refiere a los dos últimos sentidos. El primero de ellos, lo que se llamará teología positiva, busca más la declaración de lo revelado, y corresponde a la teología de la patrística, como a la de San Agustín. El segundo significado está constituido por la filosofía escolástica. Para Vitoria, la teología es ciencia revelada o de autoridad, y, consecuentemente, no argumenta para demostrar sus principios, sino que arguye desde ellos para demostrar otras verdades o para discutir con aque-llos que admiten los principios revelados.¹⁷

En cuanto a la filosofía política de Francisco de Vitoria, pormenoriza la tesis del aquinate, ya que de acuerdo con el pensamiento tomista, la comunidad política constituye una institución de derecho natural y es autónoma en el ámbito de los fines temporales del hombre. Vitoria parte de una interpretación precisa del sistema tomista e insiste en la distinción establecida entre el orden natural y el sobrenatural, que tantas confusiones había provocado durante la Edad Media. Aunque ya Santo Tomás había planteado la cuestión, fue Francisco de Vitoria quien la formuló de manera

(1580) y Madrid (1765). Las versiones modernas principales son la primera versión española por J. Torrubiano Ripoll (Madrid, 1917), la edición en tres volúmenes, bilingüe y en parte crítica, por L. A. Getino (Madrid, 1933-35) y la edición bilingüe crítica, con estudio doctrinal, por T. Urdanoz (Madrid, 1960).

¹⁶ Gomez Robledo, en Vitoria, *Relecciones* (Introducción por Antonio Gómez Robledo), México, Porrúa, 2000, p. XVII.

¹⁷ Para un mejor estudio de Vitoria se recomienda en general consultar Urdanoz, T., *Relecciones teológicas*, Madrid, BAC, 1960; Urdanoz, *Vitoria y el derecho natural*, Ciencia Tomista, 72, 1947; Recasens Siches, D. L., “Las teorías políticas de Vitoria”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1931.

más ajustada. Según Vitoria, el orden natural es el propio de la naturaleza humana en cuanto tal, y es independiente del orden divino a que puede ser elevado; este último sería el orden sobrenatural, que no puede anular nunca los derechos de la persona, ya que ambos órdenes, el natural y el sobrenatural, no se contradicen, sino que se complementan. El hombre, en cuanto ser creado con cuerpo y alma, pertenece al orden de la naturaleza, y tiene por su simple condición de hombre un conjunto de derechos fundamentales, inherentes a su ser personal. La persona es un ser racional, libre, moral y responsable, compuesto de dos elementos sustanciales: un cuerpo material y un alma espiritual, que le constituyen en sujeto jurídico con una serie de derechos naturales innatos. Son derechos del cuerpo el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etcétera.¹⁸ Vitoria estudia especialmente el derecho de propiedad sobre los seres materiales inferiores común e indistinto a todos los hombres, que solo el derecho de gentes determina; establece el autor la división de la propiedad sin anular totalmente el derecho natural común, por el cual reaparece la comunidad de todas las cosas, y cesa ese derecho de división. Son derechos del alma: el derecho a la verdad, a la fama, al honor, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la libertad religiosa y al perfeccionamiento de la inteligencia. Entre estos, Vitoria presta especial atención al derecho de libertad de conciencia, por el cual el hombre es libre para pensar y creer; fundamenta en este derecho su postura negativa respecto a la licitud de las guerras religiosas, pues a nadie

¹⁸ En tal sentido, San Basilio decía que “la ley es doctora y maestra”, Santo Tomás de Aquino, al tratar de la utilidad de las leyes, explica que han sido necesarias para contener a unos hombres por el temor a la sanción y para que así dejen vivir tranquilamente a los demás, pero que también son necesarias para acostumbrar a los hombres a obrar correctamente, y así concluye que en la obra del legislador hay un doble cometido: “por lo tanto, para la paz y para la virtud de los hombres” fue necesaria la institución de leyes. La ley jurídica positiva, aun con todas sus limitaciones y con las imperfecciones que necesariamente la acompañan, como ocurre con toda obra humana, suele ser algo que concierne a la orientación del ser humano hacia su fin último. Véase que el Aquinate, en la estructura metódica de su obra magna, la *Suma theologiae*, emplazó el Tratado de la ley (constituido en su mayor parte por cuestiones acerca de las leyes civiles) dentro de la ética general, y como uno de los medios para que el hombre alcance el último fin de su vida. En la arquitectura de esta obra monumental, el tratado de la ley se ubica, junto con el tratado de los actos libres, el tratado de los actos involuntarios o afectividad, el tratado de los hábitos y el tratado de la gracia divina, dentro de la teoría de los medios que conducen al fin último de la vida humana, que es la materia de la parte I-II de la *Suma*. Sin embargo, la historia de la filosofía jurídica registra también una concepción diametralmente opuesta. En la antigüedad, y concretamente en la sofística griega, se expresó la idea de que la ley civil es un mero instrumento para contener exteriormente a los hombres en sus límites, y solo para ello. Así, Licofrón nos recuerda que “La ley es una convención que se ha hecho para garantizar los derechos recíprocos, pero no para hacer ciudadanos buenos, y ni siquiera justos”.

puede imponérsele la fe por la fuerza o bajo coacción. Estos derechos naturales son inherentes a la persona y, por tanto, no se pierden ni se disminuyen por ningún tipo de pecados, sean personales, *contra natura*, de infidelidad, y mucho menos por el pecado original.¹⁹

El hombre tiene también una dimensión social, que nace de su propia naturaleza, que abarca a todos los hombres, y que posibilita la sociedad natural o civil. La sociedad política es, por tanto, de derecho natural, y su organización está regulada por el principio del bien común, que es a la vez inmanente y trascendente a los individuos, puesto que es tanto la suma de todos los bienes particulares como algo que está por encima de la mera suma aritmética de todos ellos. Todo grupo humano exige una autoridad que asegure el bien común, de modo que ni siquiera el consenso unánime de los miembros del grupo puede suprimir la necesidad moral de una autoridad. La consecución del bien común, por tanto, exige la existencia de una autoridad gubernativa, a la que Vitoria llama “potestad civil”, cuyo fin es orientar a la sociedad hacia ese bien. El origen remoto de la autoridad civil es de derecho divino, pero su origen inmediato es de derecho natural, en cuanto necesario para la dirección y conservación de la sociedad. El representante de la autoridad tiene obligación, por tanto, de velar por los derechos individuales, ya que estos se presentan en el plano de lo natural, y el gobernante ha de satisfacer las necesidades de dicho orden sin que el bien común pueda en ningún caso suplantarlos.²⁰

La teoría del Estado en Vitoria está estructurada bajo el esquema metafísico aristotélico-tomista de las cuatro causas: final, eficiente, material y formal. La causa final del Estado es un simple medio para remediar la miseria humana. Esta *miseria hominum* es el fundamento remoto del Estado y la razón por la que los hombres tienen que asociarse para su ayuda mutua. El fin del Estado es, por tanto, la comunidad de la prestación de servicios, *mutua officia*; el bien común, que preside objetivamente como norma y como norte a los pueblos, consiste fundamentalmente en el libre establecimiento del mejor orden jurídico que más acomodado sea a un determinado pueblo. Los pueblos deben querer la seguridad, el orden, la protección y la libre constitución de su orden jurídico, porque esas son las necesidades de la vida y constituyen el deber moral de justicia y de amor al prójimo. La salud pública —*salus publica*— se apoya en la responsabilidad de todos los parti-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ En este rubro, consultar en general las obras de Recaséns Siches, D. L., “Las teorías políticas de Vitoria”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1931; Urdanoy, T., *Relecciones Teológicas*, Madrid, BAC, 1960; Urdanoy, “Vitoria y el derecho natural”, *Ciencia Tomista*, 72, 1947.

culares con respecto a la vida en común, regulada y ordenada de la mejor manera posible.²¹

De ahí que para el Estado la liberación de la miseria humana sea de apremiante necesidad para la perfección de la vida en común, al igual que la perfección moral en la vida personal. Del mismo modo que la perfección esencial del individuo en el orden biológico natural se realiza mediante el inconsciente poder de ordenación de la vida misma, *vis ordinatrix corporis*, y la perfección moral de la naturaleza humana se logra en el cumplimiento consciente y deliberado de sus fines, así también la perfección esencial de la comunidad necesita un poder de ordenación. La ordenación objetiva de la cooperación y del derecho hace del Estado nada más que una forma de vida social, precisamente la forma de la comunidad de un pueblo. De este modo, se llega a la organización parcial del orbe, de toda la humanidad: la república es parte de todo el orbe, *res publica est pars totus orbis*; su orden jurídico local queda regulado dentro del orden jurídico de la humanidad en el concepto *bunum totus orbis* los Estados quedan exactamente tan obligados como los particulares con respecto al bien común del Estado.

Gracias a la dignidad jurídica que el fin del Estado confiere a este puede percibirse la causa eficiente del Estado. La última causa fundamental originadora del Estado es Dios como autor exclusivo de la república, *solus auctor rei publicae Deus*. Ello significa para Vitoria que Dios ha instituido las comunidades y las sociedades conforme al derecho natural, de modo que estas, conforme al orden que les corresponde de causas segundas, puedan y deban darse la organización más conveniente y necesaria. De ahí que si el Estado es la organización de la mutua ayuda, debe ser organizado también en libertad moral para todos sus ciudadanos, que son responsables con respecto a su debida constitución. Pero ello significa también que por encima del derecho positivo está el derecho natural, *res publica est constituta iure naturali*, y que, por tanto, la ley natural misma es la causa del Estado, a la vez que los derechos positivos de este son determinaciones desarrolladas con respecto a la norma general y estrictamente objetiva de los derechos humanos, que valen siempre y en todas partes de acuerdo con la esencia misma del hombre y de la comunidad del pueblo. Es de llamar la atención que un teólogo que sabe adentrarse a la naturaleza humana para edificar su visión filosófico-ju-

²¹ Consideremos que Hart y Raz habían retornaido unos palmos hacia la concepción clásica de la filosofía griega y del pensamiento jurídico medieval, pero será J. Finnis quien hace un camino mayor, y asume la tesis de la ley como medio necesario para que las personas alcancen su bien, en una nueva visión del tomismo.

rídico-política sin abandonar la perspectiva sobrenatural, dentro de órdenes que entiende si bien diversos nunca contrapuestos.²²

Es ahora cuando aparece en Vitoria la causa material del Estado: el pueblo. La causa material del poder secular es la república, a la que compete gobernarse a sí misma, “causa materialis potestatis saecularis est res publica cui de se competit gubernare se ipsam”. Vitoria expresa en esta frase, por vez primera en la historia, el pensamiento moderno del derecho de autodeterminación de los pueblos frente a las ideas medievales del emperador o del papa como señores del orbe, *dominus orbis*. Que el poder resida materialmente en toda la comunidad del pueblo, *potestas secularis est tota re publica, est apud totam plebem*, constituye uno de los fundamentos del derecho internacional de Vitoria, y tiene un significado primordial en el derecho constitucional y en la política interior, aunque no en el sentido de que el derecho de autodeterminación signifique el moderno concepto de soberanía popular.

La idea de la soberanía popular fue rechazada por Vitoria antes de que hubiera sido formulada en la modernidad: el pueblo no constituye soberana y arbitrariamente el poder estatal como tal, *non potest ex condicto potestatem constituere*. Según Vitoria, el poder del Estado está determinado por Dios y fundado por Él en el derecho natural, de modo que el pueblo nunca podría suprimir el poder estatal. El derecho de autodeterminación se basa en el orden objetivo del derecho natural del bien común al que todos están permanentemente obligados; es decir, que la salud pública, *salus publica*, ha de realizarse conforme a las normas generales de la naturaleza humana. Son el bien común, *utilitas rei publicae*, y la paz, *status pacificus*, como fines del Estado, las normas reguladoras de la organización política, y no la voluntad del legislador. Pero, puesto que el pueblo no puede ejercer el poder colectivamente, es necesario un poder civil, *potestas civilis*, como causa formal del Estado del pueblo. Vitoria no presenta de un modo abstracto y escolástico la concepción de las formas de gobierno (monarquía, aristocracia, democracia, tiranía, oligarquía o soberanía popular), sino que, por tratarse de un pueblo concreto, la forma de gobierno como autoridad por encima de la comunidad de ciudadanos y el derecho de autodeterminación, han de ser considerados conjuntamente. La primera cuestión que se plantea entonces es el problema de la transmisión del poder al gobierno. Para Vitoria, el poder proviene del pueblo, *populus auctoritatem in regem transfert*, pero no a modo de un contrato. Aunque el pueblo transmite el ejercicio de su poder, queda responsable con respecto a ese ejercicio y responde solidariamente con su destino del recto ejercicio de la autoridad.

²² Brufau Prats, *op. cit.*, pp. 50-53.

Así las cosas, Vitoria no pierde nunca de vista la idea ética del pueblo-Estado; es decir, la responsabilidad a un mismo tiempo del pueblo y del gobierno, ya que es el pueblo quien tiene que soportar las consecuencias de un gobierno acertado o equivocado. Por ello, de igual modo que con la renuncia por el pueblo al ejercicio del poder no se pierde el derecho a defenderse en caso de legítima defensa, el pueblo no pierde la responsabilidad y el control con respecto al poder estatal. Pero el derecho objetivo del poder de gobierno no se funda ni en la transmisión del poder por el pueblo ni en la libre determinación de quienes lo asumen, sino en las necesidades del bien común, que permanece como norma suprema sobre los gobernantes sobre los gobernados. Vitoria insiste en la preminencia del hombre, y rechaza el sometimiento o la esclavitud, dado el carácter societario del derecho.²³

La cuestión de las formas del gobierno se reduce para Vitoria a una cuestión de la voluntad de la mayoría: puesto que pertenece a los derechos fundamentales del pueblo darse a sí mismo la mejor constitución, *rationem optimam status instituendi*, y la unanimidad no es esperable, la mayoría tiene el derecho de determinar la forma de gobierno, y todo el pueblo tiene la obligación de aceptarla. Pero bien entendido que el gobierno no deriva su poder de los electores y de la mayoría, sino que lo tiene como representante del bien común y de toda la colectividad. La naturaleza humana, entonces, reclama el orden social y justifica el bien colectivo universal.²⁴

Digamos, finalmente, que la distinción entre el orden natural y el orden sobrenatural, que Vitoria asumió de Santo Tomás, se corresponde con la distinción entre dos tipos de sociedad: la natural o civil y la sobrenatural o eclesiástica, con fines, medios, súbditos y autoridades distintas: una, compuesta de bautizados, sometidos a la potestad eclesiástica, y otra, de hombres simplemente, sometida a la autoridad civil. Ambas sociedades no se interfieren en absoluto, pues el *orden de la Gracia* no altera el orden natural ni hace desaparecer las leyes y derechos de la naturaleza. De ahí que la autoridad civil no se pierda por pecado alguno, ni siquiera por el de infidelidad, de lo que resulta que ni el papa tiene poder directo sobre lo temporal ni los príncipes sobre lo espiritual.

De ahí también que, en su concepción del derecho eclesiástico, Vitoria rechace las doctrinas curialistas sobre la plenitud de la potestad pontifical, y sostenga que el papa solo tiene sobre lo temporal un poder indirecto en materias que afectan al bien espiritual.

Vitoria es, fuera de discusión, el padre del derecho de gentes, partiendo de una afirmación categórica inspirada en el tomismo, al señalar que el *ius*

²³ *Ibidem*, p. 56.

²⁴ *Ibidem*, p. 55.

gentium se origina del derecho natural o es parte del él (*i. e.* deriva de dicho orden) sin negar la existencia del derecho positivo, como se ha dicho. La derivación del orden natural es por conclusión como por determinación en la concepción del Aquinate, más que una cuestión lógica, una cuestión necesaria, en tanto el orden positivo es una libre autodeterminación por el legislador; lo único que persigue el maestro español es la primacía del derecho natural a través del llamado *ius cogens*. Para Vitoria, hay un derecho natural necesario y un *ius cogens* positivo, aceptado en conjunto por la comunidad internacional. Pareciera que derecho natural y *ius cogens* sean lo mismo, al tratarse de normas universales e inderogables y de la más alta jerarquía; pero es de advertir que las segundas, al positivarlas, corren el riesgo de ser derogadas, pese a que existe el principio de que toda convención contraria al *ius cogens* la hace nula.²⁵ Aunque la esencia naturalista del derecho de gentes del más alto nivel hará reversible tal situación, lo que le otorga un ventaja mínima sobre lo positivado, sobre todo cuando la razón y la conciencia colectiva finalmente prevalecen.

De esta manera, el argumento de Vitoria resulta factible, al manifestarnos que el derecho de gentes no es un mero pacto, sino una ley dictada por la razón natural, por lo que ningún Estado puede decirse no obligado hacia sus normas, debido a que es producto de la conciencia y autoridad de todo el orbe. En efecto, la idea central del *ius gentium* vitoriano es la del orbe, *totus orbis*, como comunidad universal de todos los pueblos fundada en el derecho natural. Los diversos pueblos, a manera de república, donde están organizados políticamente y unidos entre sí por el vínculo de una naturaleza humana común, que origina la persona moral del orbe. Esta comunidad universal a la que pertenecen todos los hombres por su naturaleza social es anterior y superior a la división en naciones y a la voluntad de los Estados. *Ius naturalis societatis et communicationis*, es el fundamento del derecho de gentes en Vitoria.²⁶

Lamentablemente, el peligro de destruir convencionalmente lo que prevalece en el derecho natural se visualizará a partir de Westfalia en 1648 con el surgimiento de la voluntad suprema del Estado, en la célebre teoría del equilibrio del poder. La concepción de Vitoria de una comunidad universal se diferencia radicalmente de la moderna idea del derecho in-

²⁵ Debemos recordar que el *ius cogens* está positivado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, lo que de acuerdo con dicho dispositivo, una norma de esta categoría puede ser derogada por una de igual naturaleza; de tal manera que si en el particularismo y en el hegemonismo se decide crear una norma de espíritu contrario, en el positivismo decimonónico resulta válido.

²⁶ Vitoria, Francisco, *op. cit.*, pp. 37-49.

ternacional propia del demoliberalismo contractual, en el que la teoría del contrato social asigna el nacimiento de cada uno de los Estados a la libre voluntad de los individuos y pone en la soberanía de los Estados la libre constitución de una sociedad de Estados. También difiere de la antigua teoría medieval de un dominio del orbe por el emperador que impone su poder sobre pueblos y Estados. La comunidad de los pueblos es para Vitoria una necesidad igual que el mismo Estado. Tanto ideal como normativamente, existe con anterioridad a la voluntad de los Estados, de igual manera que el Estado existe por naturaleza antes que la voluntad de los particulares, ya que la humanidad es un todo que existe antes y simultáneamente con sus partes, los pueblos, *una res publica pars totus orbis*, y es en la humanidad donde reside su propio poder de darse leyes, *Totus orbis habet potestatem leges ferendi*. El poder de obligar del derecho internacional deriva de la norma moral de la justa convivencia de los pueblos.²⁷

Esta sociedad universal, por tanto, debe regirse por el derecho natural —*ius naturale*—, en las cosas que este no alcanza, por el derecho de gentes —*ius gentium*—, de acuerdo con unos principios de convivencia internacional sobre los que escribió Vitoria:

No puede dudarse de que el Mundo entero, que es en cierto modo una república, tiene derecho para dictar leyes justas y convenientes a todos sus miembros, semejantes a las dispuestas en el Derecho de Gentes... De ello se sigue que pecan mortalmente quienes violan el Derecho de Gentes, sea en la paz, sea en la guerra, y que en asuntos de importancia, tales como la inviolabilidad de los embajadores, a ninguna república le es lícito negarse a cumplir con el Derecho de Gentes... Así como la mayoría en la república puede constituir sobre ella un rey, así también la mayoría de los cristianos, aun no queriéndolo la minoría, puede nombrar un soberano, a quien todos estén obligados a obedecer.²⁸

El vínculo de esa sociedad universal es, por tanto, el derecho de gentes, *ius gentium*, que Vitoria concibe como un derecho universal de la humanidad que dimana de la autoridad del orbe²⁹ y que define como lo que la razón natural establece entre todas las gentes, *quod naturalis ratio inter inter omnes gentes constituit, vocatur Ius Gentium*.³⁰ Este derecho es parte del derecho natural, y de él recibe su fuerza obligatoria, *quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

naturali;³¹ pero la voluntad, expresa o tácita, de la comunidad de las gentes da lugar, además, a un derecho de gentes positivo.³²

Hay pues, según Vitoria, un *bonum orbis*, un bien común de todos los pueblos, que no tiene su origen en su propia voluntad, y que no podría suprimirse por el acuerdo de todos los Estados, *nec orbis totus consensu tolli et abrogari possit*. El bien se basa en la *communitas naturalissimae communicationis*, en la comunicación naturalísima de una civilización mundialmente comprensiva, y constituye la norma natural para el bien de todos los pueblos, que ha sido establecida como invariable por la naturaleza y su eterno legislador.

Siguiendo el mismo esquema aristotélico-tomista de las causas que Vitoria usó en su teoría del Estado, Urdanoz resumió los cuatro determinantes fundamentales de la comunidad natural de los Estados. La causa final de la comunidad es el bien común del orbe, *bonum commune orbis*; es decir, el mutuo servicio de los Estados para su propio provecho y ventaja. La causa eficiente remota es Dios mismo, y la próxima la razón natural conferida por Dios mismo, así los pueblos determinan lo que es derecho, como derecho internacional. La causa material de esta sociedad denominada Estado es la humanidad, a la que corresponde en su forma de Estados-pueblos determinar en común y en armonía la organización de la sociedad de Estados. La causa formal es la forma concreta en la que los Estados-nación se autodeterminan.³³

Las consecuencias de estas premisas para tiempos de paz las completó Vitoria con sus reflexiones sobre las relaciones con los pueblos de América recientemente descubiertos por los españoles. La cuestión era si estos pueblos podían o no ser tratados como miembros capaces de derecho de la comunidad de pueblos. Por eso es suyo —de Vitoria— el ser humanista, el prodigar su comunidad natural de naciones, por lo que subraya que los indios son hombres y los contempla cual son, el que poseen derecho por su naturaleza humana misma.³⁴

Los problemas morales y políticos planteados a partir del descubrimiento y de la conquista de América ocuparon y preocuparon durante toda su vida el ánimo de Francisco de Vitoria. Hasta tal punto llegó su inquietud,

³¹ *Ibidem*, secc. 3.

³² *Ibidem*, secc. 4.

³³ Brufau Prats, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

³⁴ Por todo lo anterior, es que Vitoria, en su cita a la *Instituta de Justiniano*, referente al pasaje *ius gentium*, reemplazó el vocablo *inter homines* por *inter gentes*; aunque si bien *gens* no es igual a Estado, el burgalés lo hace equivalente a República, pero según Gómez Robledo, sí hay identidad entre individuo y Estado, pero lo primero, es la nación (véase Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 15 y ss.).

que no dio a sus alumnos a copiar la parte de la reelección *De temperantia*, que hacía referencia a los indios americanos. No obstante, y dado su prestigio, no pudo sustraerse a la aplicación de su doctrina política en el examen de los títulos legítimos con que los españoles pretendían justificar su intervención en el Nuevo Mundo. En sus reelecciones *De Indis prior* y *De Indis posterior*, Vitoria parte del derecho irrenunciable de los indios a poseer sus tierras, de la legitimidad de sus principios naturales y del derecho a gobernarse por sí mismos. Su doctrina es una reelaboración de la teoría tradicional a la luz de las nuevas circunstancias históricas, especialmente de las derivadas del descubrimiento de América. El genial acierto de Vitoria fue su punto de partida, que consideraba a los indios americanos como hombres libres; es decir, ciudadanos de Estados libres y soberanos, con lo cual equiparaba su situación a la de cualquier otra nación. Así, las conclusiones válidas para los nativos de América resultaban igualmente aplicables a toda la comunidad internacional. Las restricciones propuestas por Vitoria fueron dos: que ningún príncipe se lance a la acción bélica sin tener seguridad moral de la victoria, pues en caso contrario los perjuicios ocasionados al pueblo serían mayores que los beneficios, y que, aun siendo más poderoso que la nación agresora y teniendo la razón de su parte, no se lance a una aniquilación del adversario que extralimitaría la función vindicadora, sino que modere sus ímpetus y se autolimite en el ejercicio del derecho, para no salirse del terreno estricto de la justicia.³⁵ Derecho, conquista, guerra, sociedad natural, libre comunicación, libre paso y circulación, comercio y búsqueda del beneficio, son los temas del derecho de gentes vitoriano, un orden natural que es común a toda nación. El nuevo mundo cambiará el devenir en las relaciones entre los pueblos, por lo que Francisco de Vitoria se convertirá más que en un clásico, en un maestro de las generaciones futuras.

Al analizar la escuela salmantina, el dominico ha sido reivindicado como el padre del derecho internacional, es pionero de una revolución en el pensamiento intelectual.³⁶

Con Vitoria surge el derecho internacional y la renovación teológica del catolicismo, así como el surgimiento de una nueva escuela de pensamiento económico, como preámbulo de un liberalismo moderno. Dejar la teoría de Ockam y dar vuelta a Santo Tomás fue el camino que siguió Vitoria en

³⁵ Muchos de los pueblos amerindios no solo tenían un complejo sistema político, sino que además contaban con redes comunales, organizaciones sociales y religiosas, que fueron incluso bases para la actuación de los misioneros en su acción evangélizadora. Véase Rubial, Antonio, *La evangelización de mesoamérica*, México, Tercer Milenio, 2002, p. 5.

³⁶ Se puede afirmar que Vitoria fue medieval, pero a la vez renacentista, y operó antes que nadie al Aquinate, al preferir la *Summa Teologica* ante el *Liber Sententiarium* de Lombardo.

lo sucesivo, versando con mayor profundidad. El regreso al aristotelismo como al propio tomismo son pauta de la vida laica o secular, que deja atrás la arraigada postura intelectual de explicar al mundo y sus fenómenos a la luz de las creencias religiosas, en lo que en palabras de Rolando Tamayo y Salmorán sería una oscuridad dominada por el lenguaje de lo invocativo.³⁷

Armonizar razón y fe en un sentido humanista ya se había manifestado en el islamismo en el judaísmo, al entender que la sociedad natural o civil (se adelantan a Locke) no debe subordinarse a lo sobrenatural o eclesiástico; pero es Vitoria quien logra restaurar la doctrina romana del derecho natural y del derecho de gentes, equiparándolas al pensamiento del catolicismo, aunque permitió ubicar al ser humano más allá de un simple *zoon politikon* aristotélico, para incluirlo como un ente naturalmente social que pertenece a una comunidad universal independientemente a las creencias religiosas dotado de plena libertad. Vitoria y la escuela hispana definirían como contrarios a la libertad, a la dignidad y al *dominum* propios de otros pueblos, lo que reforzará la sistematización y la universalización del derecho de gentes, sin importar el lugar y la época; de esta manera, el resultado es el surgimiento de toda una verdadera doctrina internacionalista.³⁸

Vitoria, humanista a la luz de la razón y la revelación, trata de conciliar el derecho a la defensa de los cristianos y de la extensión pacífica de su fe, así como la defensa de los príncipes indios aliados de los cristianos frente a los enemigos. La guerra justa nunca lo será por afán de poder territorial o material, ni siquiera de extender la fe, sino como respuesta a una injuria grave y sin ir en la destrucción más allá de la reparación de la injuria. Vitoria defiende a la comunidad natural de naciones —*totus orbis*—; entiende que las naciones deben sujetarse a una entidad suprema que las guíe y encauce en sus relaciones naturales —*ius communictaionis*— en lo que se traduce en la necesidad de contar con una autoridad competente a cuyo cargo está el aplicar el derecho de gentes natural como positivo (el cual jamás rechaza, salvo que sea contrario al primero).

La Sociedad de las Naciones, como la propia ONU, ya estaban entonces profetizadas de antemano por Vitoria, y posteriormente por Wolff y Vattel.³⁹

³⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 26 y 27.

³⁸ La originalidad de Vitoria no consiste en oponerse a la conquista por razones de avaricia o de poder, puesto que en España esa corriente se había manifestado en *De Dominio Regum Hispaniarum supra indos*, del dominico vallisoletano Matías de Paz (1470-1519).

³⁹ En consecuencia, la idea tomista de *dominus* refleja una entidad supranacional, en donde la razón práctica ordena que los Estados cedan soberanía por ley natural a esa autoridad;

Sin perder su investidura de teólogo, no resulta extraño que Vitoria emprenda su propuesta democristiana, en donde su humanismo le lleva a configurar una comunidad política o república natural, para que partiendo de esta fórmula la extienda a una *respublica orbis*, expresada como una realidad que inscribe la vida humana dentro del universo para integrar a todas las sociedades políticas, en un modernismo revolucionario. La comunidad universal de Vitoria es una comunidad laica cuyo origen es la naturaleza humana, sin mediar pacto alguno; para Vitoria, si bien Dios determina un derecho divino, permite que la libertad humana dé cuenta de un orden natural, en donde la recta razón de manera empírica perciba esa sociabilidad humana. Esta visión teocéntrica no riñe con una visión antropológica de la vida sociopolítica, cuando se determina que Dios es la fuente de todo poder como del derecho, pero no se niega que la potestad reside en la comunidad humana que conforma el grupo político, ya que este es el que da forma al gobierno, señala la manera de elegir al gobernante, decide los cauces y límites del ejercicio del mismo poder.

Lo más grandioso es cuando Vitoria manifiesta que es facultad del pueblo pedir cuenta de la gestión de quienes ejercen en su representación de tal *dominun*; queda claro que para el burgalés los hombres son sociales por naturaleza, y por ello la ayuda mutua resulta natural, coincidiendo con el pensamiento aristotélico. De ahí que subraya que la comunidad política no es contractualista, por no ser una mera creación humana, sino que es una exigencia de su propia naturaleza, creada por Dios, lo que le lleva libremente de manera ineludible a dar cauce al poder político. Esto se traduce en que si bien se asume una postura teocéntrica de inicio, respeta la libertad humana, ya que su vocación natural busca su desarrollo pleno y armónico, de aquí que tal perfeccionamiento se vincula con lo jurídico, ya que tal objetivo es solamente a través del derecho, y este únicamente se realiza en sociedad.

La conciencia colectiva en forma natural reclama que el hombre y la sociedad sean jurídicamente tutelados, con lo que el orbe posee entonces, personalidad, al ser una persona colectiva o moral. La *totus orbis* trazada a manera de república universal es previa a una sociedad contractual, como la verán Suárez, Hobbes, Wolff y Vattel, aunque si bien hay diferendos, todos llegan al mismo punto: un orden y una sociedad universales.

distingue a la perfección el orden sobrenatural y el natural, y subraya que ambos son niveles diversos, mas no contrapuestos, ya que afirma Vitoria que la gracia no lesiona a la naturaleza, sino más bien la perfecciona. De ahí que la amplia visión moral y jurídica vitoriana fije su atención en un humanismo, que se basa en las necesidades de la naturaleza humana, lo que se traduce en el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona, independientemente de la religión que se profese, que no impide la creación de una *societas* y de una *republica orbis*.

III. LA COMUNIDAD DE NACIONES POSVITORIANA

El Estado es una creación artificiosa del hombre, propia del siglo XVI, y pasado el proceso de secularización, dicha entidad política, según Maquivel, Bodin y primordialmente Hobbes, se liberaría de cualquier clase de límites. El debilitamiento del Estado medieval, razón de ser del Estado-nación, surge con la tesis de la soberanía estatal con rasgos absolutistas, pero es Vitoria quien parte de una *communitas orbis* compuesta por Estados independientes y libres, pero sujetos a un orden jurídico superior o derechos *inter gentes*, cuestión que lo distingue de algunos estatalistas que no aceptarán una potestad exterior que lo subordine. El dominico resulta ser original en este contexto, sobre todo por no ser contractualista, como lo sería Suárez, o más adelante el llamado teórico del Estado, Thomas Hobbes, a quien se le asigna el grado de padre del contractualismo, fundamento de la teoría política moderna, sujeto a un naturalismo, al definir al derecho natural como la ley de la razón. Vitoria reconoce la fuerza del derecho, pero no favorece el uso arbitrario de la fuerza.

La divergencia en la concepción del poder entre ambos autores, en donde si bien la referida fuente nos dice que el soberano posee los mismos atributos para Vitoria, la fuente es el comunitarismo natural, en tanto para Hobbes se trata de un convencionalismo. Aunque, finalmente, coincidirán en la idea de bien común, llegando por distintos caminos, a lo que se agrega:

Para Norberto Bobbio, el iusnaturalismo de Hobbes se inscribe en una definición que también, sostenemos, se puede aplicar a Vitoria:

El derecho natural constituye el principio de validez del ordenamiento jurídico positivo. Como hemos podido apreciar, en ambos autores el derecho positivo es un medio de hacer cumplir el derecho natural, sin embargo, este es en realidad el fundamento de aquél. Por lo que hemos podido apreciar, estamos en posición de reconocer la influencia que el filósofo Francisco de Vitoria ejerció sobre la doctrina de Thomas Hobbes y otros pensadores más; no podemos, aún así, asegurar si este último tuvo conocimiento directo de las obras de Vitoria o si la noticia de estas ideas le llegó de manera indirecta. Una cosa sí es segura, lo que recoge el filósofo de Malesbury de todas estas doctrinas, servirá para engarzar a la filosofía política dentro de los postulados clásicos de la modernidad, tal y como les sucedió a otras disciplinas en la misma época que le tocó vivir a Hobbes.⁴⁰

Así las cosas, la sociedad internacional vislumbrada en la era moderna en las tesis de Vitoria y de Grocio, la conciben como una sociedad de repú-

⁴⁰ Véase núm. 39.

blicas libres e independientes, pero sujetas a una ley natural fundamental como resultado de un estado racional de naturaleza, pero la filosofía siguiente, en especial Locke, Hobbes y Pufendorf, la verán como una sociedad salvaje, aún en estado de naturaleza, en la cual existía un ánimo belicista, lo que exigiría un pacto de supervivencia que establezca una sociedad civil como freno a la primera. Pese a ser visiones distintas, se coincide en la sujeción al derecho. Su idea fue que al limitarse en lo interno, el Estado se desarrollaba más en lo externo. El poder soberano se configura a final de cuentas en una falacia monárquica, ya que el príncipe gobierna desde arriba, asumiendo una supuesta vicaría divina, por lo que la limitación a este solamente provendría de una generosa concesión dispuesta por el propio monarca. Así es como se construiría en lo sucesivo el concepto de soberanía, y ha sido la herencia de los Estados, que se convierte en lo que Maritáin define como el *Dios mortal*. Es el Estado al que tiene poder sobre su persona y sobre sus súbditos. Por cierto, Locke sigue una idea parecida a la de Hobbes, ya que su concepto de sociedad internacional la coloca al igual en un estado de naturaleza salvaje, reduciendo la naturaleza humana a la voluntad insitintiva de individualización, en donde los derechos naturales del hombre los fundamenta en igual contrato social. De manera semejante, Pufendorf redujo la naturaleza humana a debilidad frente al mundo, y la *imbecilis* que necesita para ser protegido por alguien más fuerte, que en lo sucesivo será el Estado, como al igual pensará Vattel.

Los nuevos levianos alejan la visión vitoriana, suareciana y grociana de sujetar la soberanía al derecho, aunque no pierde su postura naturalista al definir a las leyes de naturaleza como teoremas de ciencia política, al contener normas que la razón sugiere, al ser conclusiones obtenidas acerca de lo que debe hacerse u omitirse en sociedad, lo que manifiesta paralelismo con las leyes civiles. Más adelante Hegel magnificará al Estado y sostendrá que este y persona no son iguales, ni existe un contrato alguno ni es esencia de aquel la protección incondicionada de la vida y de la propiedad de los ciudadanos, por lo cual no tiene sentido para él hablar de soberanía popular.

No olvidemos la postura de Maquiavelo, al conceptualizar al Estado como un ente en donde el arte de conquistar y conservar el poder por cualquier medio no permite la racionalización moral; esta no es viable en la vida política. El ideal del maquiavelismo es lo inmediato, y la libertad humana es presa del totalitarismo, y no existen medios del pueblo para controlar al Estado.

El siglo XX revela un regreso al contractualismo, hacia una reconstrucción de la sociedad política democrática, por lo cual nos remite a una posible analogía con la tesis de la comunidad internacional vitoriana y sua-

reciana. Ante la debilidad argumentativa de Kelsen en su sociedad internacional, al darse el llamado tercer ausente, entendido como la falta de un poder coactivo, Bobbio ratifica una soberanía plena del Estado, capaz de autolimitarse. De ahí que Rawls aborde el tema dentro del llamado pluralismo.⁴¹ De este modo, reconstruye la trascendencia del contrato social y revincula a la teoría política con la continuidad trazada por Hobbes, Grocio y Pufendorf, *inter alia*, aceptando normas internacionales, pero de naturaleza limitada, por lo cual apela a tres principios básicos: maximización de la libertad, justicia distributiva e igualdad de oportunidades de los ciudadanos. En esta teoría del orden internacional, la regresión histórica a los naturalistas es manifiesta cuando afirma el estadounidense que la paz internacional no pasa por el modelo del imperio universal, o sea, por la hegemonía de una superpotencia dominante, sino por la fundación de una sociedad de Estados democráticos. La creación de un nuevo *ius gentium*, o de una *ley de los pueblos*, regulador de la conducta de los Estados nacionales, requiere de una comunidad previa de Estados liberales, como núcleo central de un orden mundial de paz.⁴²

Lo único que podrán hacer los contratantes, es realizar acuerdos desde la perspectiva del universalismo moral distinto al de Alasdair MacIntyre en su comunitarismo ético. MacIntyre sostiene que las comunidades son previas a los individuos, por lo que los deberes y derechos de estos están ya definidos en valores éticos y de organización política o los modelos basados en supuestos derechos naturales por el mero hecho de existir, en donde no cabe la ética individual, al ser la comunidad natural la que constituye al individuo, lo que merma a nuestro juicio su racionalidad. Los valores no son los valores individuales, sino los valores colectivos del grupo de pertenencia, lo que nos lleva a sostener, conforme a esta tesis, que el ser humano, al pertenecer a una comunidad natural de naciones, se encuentra ya subordinado *prima facie*, por conciencia colectiva o sindéresis, hacia un orden superior contenedor de valores supranacionales, en donde no cabe entonces un derecho internacional positivo. Granada concluye refiriendo que el comunitarismo ético destruye al individualismo como el liberalismo, condenando al ser humano a un reductivismo ético-jurídico, aunque la *ethos communio* no es una tesis nada rechazable, al estar presente en el pensamiento clásico moderno y

⁴¹ www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/scclit/r=1 Vitale, Ermanno, *Rawls y el derecho de gentes*. Apuntes de lectura. Asimismo, *cfr.* Rawls, *The Law of Peoples*, que en lengua española ha aparecido bajo el título de *El derecho de gentes*, Barcelona, Gedisa, 2001.

⁴² *Idem.*

posmoderno.⁴³ De esta manera, como afirma Aquilino Cayuela, pensadores como MacIntyre y Charles Taylor exponen la necesidad actual de articular la ética en torno a bienes sustantivos y horizontes de sentido, destacando el valor como la vigencia de la moral tomista, partiendo de la concepción de un ente superior que ordena de manera inteligente y significativamente el cosmos, lo que permite lograr a las personas su máximo bien. La moral es una permanente comunicación de bienes por parte de Dios al hombre y como especial cuidado que tiene Dios para el ser humano, respetando su libertad para que este alcance su sentido pleno. El comunitarismo ético tiene entonces ese núcleo central.⁴⁴

De todo ello podemos afirmar que en respuesta a este neocontractualismo, una regresión a la soberanía plena es minar la precaria autoridad de las Naciones Unidas y deformar la democracia sustancial. La reconceptualización de la soberanía implica la paridad de derechos en un sentido de igualdad como de respeto de una nación a otra, con el único propósito de reducir la supuesta superioridad antropológica y legal de un pueblo sobre el otro. En suma, reconstruir el derecho de gentes mediante un *ordo orbis* exige que los Estados cedan una parte de su soberanía hacia el diseño de un supragobierno y un orden supranacional, donde coexistan ciertas reglas universales e inderogables hasta inmutables e imprescriptibles, como las postuladas en las teorías de la escuela hispana, y en particular por el insigne maestro de Salamanca, Francisco de Vitoria; se trata de deshilar el derecho internacional hasta ahora elaborado, refigurar los trazos y cubrir los huecos y vacíos, para que el neo *ius gentium* que proponemos evite llevar a la humanidad a una especie de regresión histórica, pero ahora tecnificada, que es una sociedad de tipo tribal, donde seguirá imperando la voluntad del más fuerte, confirmando lo dicho por los clásicos: “Pobre Derecho Internacional, espada del poderoso y escudo del débil”.⁴⁵

Francisco de Vitoria se engrandece sobre autores modernos y posmodernos, al formular un derecho y una república que abarca a todos los Estados y a todos los pueblos, al definirlos en comunidad universal conforme a

⁴³ <http://road-to-freedom.blogspot.com/2005/08/crtica-al-comunitarismo.html>.

⁴⁴ <http://biblioteca.universia.net/irARecurso.do?page=http%3A%2F%2Fwww.tdx.cesca.es>.

⁴⁵ Al respecto, véase Grotius en su disertación sobre el derecho de gentes natural: *De iure belli ac pacis*. El milagro holandés vislumbró una sociedad internacional basada en un espíritu de solidaridad de los sujetos integrantes de la misma, en donde sí existe un *ius voluntarium positivum*, sustentado en un orden natural común que exigir la interdependencia global y distinta a la realidad de Hobbes; afirma que la comunidad internacional es resultado de un estado de naturaleza, y la razón es quien determina que se identifique un bien común, que es la satisfacción de los intereses iguales, ya que conviene al género humano que así se haga.

la razón, conforme a la naturaleza y por el consenso mismo de las naciones. Finalmente, nuestra tesis no parte de una utopía o de un futurismo irracional; simplemente se apela a la lógica de una comunidad civilizada: el sometimiento al derecho y a la democracia conforme a la dignidad humana. En consecuencia, la democracia y los derechos humanos serán los rectores de una República *totus orbis*, ideada a partir de Vitoria. Sin embargo, existe una proliferación de escuelas que se basan en presupuestos científicos o empíristas, evitan dicha labor, al sujetar sus postulados en lo meramente jurídico formal o en concepciones jurídico-voluntaristas —como supuestos herederos de la tradición romana y pandectística—, o hasta de quienes reducen el derecho a lo sociológico o a lo histórico. La torre de Babel está formada y con síntomas de debilitamiento; la presencia de nuevos juristas que sugieren introducir el garantismo o el principialismo, y si logran la conciliación final con los iusnaturalistas, el derecho quedará fortalecido; en caso contrario, los debates y las confrontaciones teóricas seguirán siendo estériles e inútiles.

El positivismo decimonónico resultante de una hipervaloración del saber técnico-científico, en donde solamente importa la formalidad, el procedimiento, la promulgación, las consecuencias prácticas y la fortaleza de las normas jurídicas, excluyendo otros factores de suma trascendencia, no lleva solamente consecuencias académicas, sino también en las esferas de lo político y lo moral, ya que no basta la mera eficiencia técnica de la norma jurídica para sobrevivir y ser eficaz, si no que hay que pasar a la estructura ética y naturalista. El derecho natural enseñado por Vitoria nos revela que no basta un orden normativo, sino también una referencia vital, al permitir el criterio de lo justo, por anticuado que parezca, pero al igual que hace siglos, los acontecimientos actuales revelan que la realidad del ser humano está siendo atacada, por lo que cobra mayor sentido la distinción entre legalidad y legitimidad.

La primera refiere la conformidad a un acto de normativa vigente, sin tener en cuenta el carácter valorativo.⁴⁶ La valoración es propia de la legi-

⁴⁶ El naturalismo en el pensamiento de la humanidad, se trata una respuesta filosófica al problema del derecho, al sostener la existencia de normas superiores a las leyes humanas: san Agustín rescata la tríada entre ley eterna, natural y humana. San Isidoro habla más delante de leyes naturales, civiles y consuetudinarias, para llegar a las tesis tomistas arriba expuestas, pero que podemos sintetizar: la ley eterna cumple con una función gobernadora del orden universal, para llegar a la idea de ley natural, y dentro del proceso práctico-racional se da lugar a la ley humana. La aportación es que determina el orden natural como universal e inmutable. Así, la escuela salmantina concreta que el derecho natural es de origen divino, que coexisten con la ley positiva, pero el orden natural es objetivo, inmutable y universal, lo que refleja un intelectualismo. Los naturalracionistas aluden a un principio de necesidad, al afirmar que el universo tiene una estructura necesaria y racional, y desvinculan

timidad, por devenir del orden natural, de la que se desprende si es justo o no, considerando la esfera de derechos fundamentales de la persona. Nos queda claro que este planteamiento genera una problemática mayúscula en el terreno de la praxis por razón del subjetivismo inherente, que da lugar a la obediencia o desobediencia de la ley injusta, como en definitiva expuso el Aquinate; de ahí que los derechos humanos y el derecho de gentes, sujetos al mero pactismo, carecen de una base adecuada, por no querer recurrir al principio de un orden universal. Por ello, el derecho internacional requiere de una nueva fórmula de validez y formación, mediante una fundamentación adecuada que nos eviten ser simples sofistas aplicadores de normas o acatadores virtuales, de decisiones arbitrarias derivadas del particularismo propio del derecho de gentes positivo actual. El nuevo derecho de gentes da paso a un sistema supranacional, en el cual el garantismo de los derechos fundamentales de la persona como el de las naciones, es el paradigma actual, aunque Vitoria ya se había adelantado. Mantener una noción de validez del derecho reducida a un sistema positivo es una postura hoy en día ya insuficiente, si no se da cuenta de lo axiológico dentro de un proceso de legitimación jurídica, como revela el nuevo iusnaturalismo contemporáneo.⁴⁷

IV. CONCLUSIONES

Por lo pronto, Vitoria, con su sentido común y su ortodoxia tomista, es un visionario que lo marca como la figura internacionalista de todos los tiempos, no por ser el primero en versar sobre el *ius societatis et communicatinis*, sino por tener un profundo pensamiento que engloba la creación y el desarrollo de un nuevo orden internacional, más humano; sobre todo, al dar soluciones precisas en su momento. Los salamanquinos jamás excluyeron el derecho de intervención humanitaria para defender a los inocentes vic-

lo teológico de lo normativo, en donde sobresalen Grocio, Puffendorf, Tomasius, Wolff, y Vattel, quienes representan la escuela internacional laiconatural, al reconocer un *status civilis* y un *status naturalis*; debido a que el derecho es una construcción racional derivado de preceptos naturales conocidos y mediante una operación lógico-deductiva. Para el siglo XIX el naturalismo decae, debido a la complejidad y heterogeneidad filosófica, aunque sobresaldrá en México fray Clemente de Jesús Munguía; otros tratadistas fueron Meyer y Krause. En el siglo XX, en oposición al Círculo de Viena, denotan Husserl y su fenomenología; Scheler y su axiologismo; Stammer como neokantiano; Radbruch y la naturaleza de las cosas, sosteniendo que el derecho debe tomar en cuenta la realidad ontológica sobre la que va a operar, y de ahí deriva la idea de justicia. Finalmente, en esta corriente surgirán Finnis y Villey, en tanto en el derecho internacional destaca Alfred Verdross; en México, César Sepúlveda, y, tal vez, Víctor Carlos García Moreno.

⁴⁷ Vigo, R. Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 7.

timados en sus derechos naturales, por lo que era justificable la injerencia ante los crueles actos, como los sacrificios humanos y la antropofagia, a fin de proteger a quienes se pretendía privarles de la vida, lo que perfilará un plexo o cuerpo de derechos humanos como doctrina común a favor de las generaciones presentes y futuras.

Como dice Jaime Brutau Prats, al teólogo Francisco de Vitoria le toca vivir un mundo atormentado como el nuestro, lo que constituye un estímulo el dar un testimonio del insigne maestro burgalés en pleno siglo XXI, ya que regresar a los postulados salamantinos es dar respuesta a una tarea urgente de humanizar más la vida internacional como el orden positivo más conforme a la conciencia universal, y ¿por qué no?, más acorde a los designios de Dios, a quien también se llega por una sindéresis colectiva como individual. El derecho de gentes así adquiere sentido: la promoción del bien común de la humanidad. Las naciones y el hombre conforme a Vitoria deben conquistar en primer lugar en ejercicio de su libertad, su propia libertad interior.⁴⁸ La doctrina hispana siguió firme en las aulas desde entonces, y debe ser continuada y acrecida en nuestros tiempos. Mientras los Estados actúen en el particularismo particularista, no llegará el día en que puedan abandonar su poder supremo para incorporarse a un cuerpo político más amplio, entendido como sociedad mundial, el *totus orbis* y el *ordo orbis*; es decir, una sociedad y un derecho global iusnaturalista. La globalización exige una reformulación del derecho, de tipo global, de naturaleza ecuménica. Se trata de un *iuris ordorum ordo*, que se concreta en un *ordo orbis*, si todos los Estados finalmente reivindican a los pueblos (humanidad) —*totus orbis*— como el legítimo titular de la sociedad y del orden mundial naturales, *totus orbis* y *ordo orbis* ecuménicos, que equivalen a unidad, lo que exige que positivistas y naturalistas coincidan con los Estados-gobiernos en reconocer un orden superior, y aceptar de una vez por todas un derecho supranacional que se imponga al voluntarismo estatista y globalizador.

Un derecho internacional ecuménico, es precisamente el que contiene tal vocación universal. En suma, el pensamiento de Vitoria sigue vigente.

V. RELACIÓN DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografías*

BRUFAU PRATS, Jaime, *La Escuela de Salamanca*, San Esteban, Salamanca, 1988.

⁴⁸ Brufau, *op. cit.*, pp. 53-57.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 1989.

GÓMEZ ROBLEDO, en VITORIA, *Relecciones*, Introducción por Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2000.

RAWLS, *The Law of Peoples, (El derecho de gentes)*, Barcelona, Gedisa, 2001.

RECASÉNS SICHES, D. L., “Las teorías políticas de Vitoria”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1931.

RUBIAL, Antonio, *La evangelización de Mesoamérica*, México, Tercer Milenio, 2002.

SIMON, René, *Moral. Curso de filosofía tomista*, España, Herder, 1961.

TAMAYO y S., Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.

URDANZOZ, T., *Relecciones teológicas*, Madrid, BAC, 1960.

URDANZOZ, Vitoria y el derecho natural, Ciencia Tomista, 72, 1947.

VITORIA, Relectionis, *De Indis*.

VIGO, R. Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

2. *Electronicas*

www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/scclit/r=1 VITALE, Ermmano, *Rawls y el Derecho de Gentes*. Apuntes de lectura.

<http://www.liberalismo.org/articulo/330/13/tradicion/hispana/libertad/>

<http://road-to-freedom.blogspot.com/2005/08/crtica-al-comunitarismo.html>.

<http://biblioteca.universia.net/irARecurso.do?page=http%3A%2F%2Fwww.tdx.cesca.es>.

PARTE III

FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

LA EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Ulises COELLO NUÑO¹
José Luis HERNÁNDEZ CRUZ²

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La universalidad de los derechos humanos.* III. *Derechos fundamentales: derechos humanos trasvasados a la normativa constitucional.* IV. *La evolución del reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México.* V. *Conclusiones.* VI. *Relación de fuentes documentales.*

I. INTRODUCCIÓN

Para hablar de la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México es fundamental referirnos a su universalidad, que se da indubitablemente desde el iusnaturalismo y en los tiempos modernos; la histórica contraposición entre derechos humanos y derechos fundamentales, y el aspecto práctico de esa evolución en nuestro país.

La universalidad de los derechos humanos es atribuible a su fundamentación iusnaturalista, que según sus postulados la persona humana es poseedora de ciertos valores inherentes, y que la norma jurídica solo se limita a consagrar en los ordenamientos legales. El hecho de que el ordenamiento jurídico positivo no los reconozca no la desposee de aquellos valores. Su fundamento está por encima y es anterior al Estado y a su derecho positivo.

¹ Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; profesor de tiempo completo; investigador, coordinador general y líder del Cuerpo Académico Consolidado Derecho Constitucional del Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad y Docente del Doctorado en Estudios Regionales de la Universidad Autónoma de Chiapas.

² Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de tiempo completo; investigador, secretario académico e integrante del Cuerpo Académico Consolidado Derecho Constitucional del Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad y Docente del Doctorado en Estudios Regionales de la Universidad Autónoma de Chiapas.

El iusnaturalismo se inspira en la recta razón de la persona mediante valores escritos en el corazón humano. Los derechos humanos nacen como una fórmula social para defenderse de las arbitrariedades estatales.

Así, se identifica en diversas posturas doctrinales, como la del filósofo francés Jacques Maritain, quien ha afirmado que los derechos humanos los “posee naturalmente el ser humano, son anteriores y están por encima de toda legislación escrita y de acuerdos entre gobiernos, son derechos que la sociedad civil no tiene que otorgar, sino que reconocer y sancionar como universalmente válidos, y que ninguna necesidad social puede autorizar a abolir ni desdeñar, ni siquiera momentáneamente”.³

Por su parte, para las históricas posturas positivistas, que idearon la fórmula *droits fondamentaux*, el derecho debe basarse en la investigación científica, en la razón. En esta concepción es derecho todo aquello que ha mandado el poder gobernante por virtud simplemente del que lo manda. En sus fuentes se considera que los derechos humanos vienen dados por la ley, y si su derecho no está en la ley no es derecho. Asimismo, el positivismo intenta alejar al derecho de toda influencia de la metafísica y de elementos extrajurídicos, ya que los derechos del hombre son voluntad del legislador. Como es bien sabido, el representante más importante del iuspositivismo contemporáneo es el pragués Hans Kelsen.

Pese a todo lo anterior, últimamente han surgido nuevas corrientes doctrinales que afirman puntos intermedios, o *tertium genus*, también conocidas como doctrinas eclécticas (que por cierto no trataremos en el presente artículo), como la mantenida por el gran filósofo y jurista italiano Norberto Bobio, y que tratan de hacer compatibles ciertos principios de iusnaturalismo e iuspositivismo, sin el éxito pretendido. Así se expresa Bettaglia cuando sostiene que “la afirmación de que existen algunos derechos esenciales al hombre en cuanto tal, en su calidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural, natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este”.⁴

En cuanto al aspecto práctico del reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México, nuestro primer texto fundamental desdeñó importantes documentos garantistas universales de los derechos humanos, enfocándose principalmente en consolidar la independencia del imperio español, y reconociendo de manera tímida derechos de libertad y de propiedad dentro de su parte orgánica.

³ Cít. por Navarreta, Tarsicio *et al.*, *Los derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., México, Diana, 2000, pp. 17 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

Por otro lado, la Constitución mexicana de 1857 reconoce un decálogo más amplio de *derechos del hombre*, término que se asemejó más a los derechos humanos que a los derechos fundamentales, y que presagiaban una nueva era de reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana; sin embargo, la inclusión del término *garantías* en el texto fundamental comulgó con las posturas iuspositivistas, al darle a los derechos constitucionales un carácter eminentemente jurídico-positivo.

En el caso de la carta magna mexicana de 1917, retoma el espíritu dogmático del texto fundamental de 1857, pero equipara el término “garantías individuales” a “derechos fundamentales”, lo que provocó por mucho tiempo confusiones terminológicas entre constitucionalistas, y que los derechos humanos, inherentes al ser humano por el simple hecho de existir y reconocidos en instrumentos internacionales, se dieran en el estricto plano internacional sin fuerza coactiva por mucho tiempo.

Las recientes reformas y adiciones al texto fundamental mexicano de junio de 2011, que reconocen y garantizan los derechos humanos, son motivo de júbilo para nuestro pueblo, más aún cuando dicho texto fue el primero en reconocer de manera clara y explícita derechos de naturaleza social. Ahora se reconocen no solo derechos humanos consagrados en el texto fundamental, sino también los consagrados en instrumentos internacionales, aunque quepa preguntarse hasta dónde será capaz el Estado mexicano de garantizarlos; es decir, de hacer efectiva la tutela jurisdiccional de esos derechos.

II. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por su origen, para tratar la universalidad de los derechos humanos es conveniente remontarnos a alguna de las dos grandes cosmovisiones iusnaturalistas: la aristotélico-escolástica, cuyos principales representantes han sido los filósofos especulativos y los teólogos y, la racionalista, que ha sido seguida con especial interés por los filósofos prácticos, los juristas y los constitucionalistas.

En el caso que nos ocupa, seguiremos la corriente doctrinal del iusnaturalismo racionalista, pero sin caer en el extremo del aforismo *silete theologi in munere alieno* (Alberico Gentili), ya que precisamente “la concepción de la naturaleza y de la razón constituyen fundamentalmente la teoría del derecho natural”.⁵

⁵ Rodríguez Paniagua, José Ma., *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 52.

El iusnaturalismo racionalista se basa en la naturaleza humana empírica, en la observación del individuo y de la sociedad, y en los sucesivos acontecimientos de la vida.⁶ Este concepto está encuadrado tradicionalmente en un sentido estricto, ya que ese derecho se refiere únicamente a las doctrinas o concepciones que ven en la naturaleza humana el fundamento del derecho.

Dicha concepción, como es sabido, fue criticada por Hans Kelsen debido a la supuesta confusión entre naturaleza y sociedad; es decir, entre lo real y lo normativo, entre el ser y el deber ser.

En similar sentido, Luis Legaz Lacambra⁷ establece que el problema del iusnaturalismo racionalista radica en la afirmación de un derecho natural existencial, distinto del positivo, pero que coexiste con y al modo de este, como un derecho fruto de la naturaleza humana. Para nuestro autor, “un tratado de derecho natural tiene sentido como expresión consagrada para designar lo que hoy llamamos filosofía del derecho, pero no como exposición dogmática de un sistema jurídico no positivo”.⁸

Nosotros creemos, al igual que Giorgio del Vecchio,⁹ que el concepto de derecho, y en especial el de derecho natural racionalista, no tienen como característica esencial la positividad, ya que son producto de la experiencia humana, inherentes a la personalidad de los individuos integrantes de las sociedades democráticas. Tanto para las corrientes escolásticas como para las racionalistas, así como también para los creyentes y los agnósticos, el derecho natural es anterior y está por encima de cualquier forma de organización estatal y normativa, y por lo tanto universal. Y por ser la raíz ontológica del ser humano, no depende del reconocimiento o no del orden jurídico positivo, sino de su bondad o de su justicia intrínsecas.

Pese a lo anterior, el derecho natural se positiviza y puede ser exigido por medio de los tribunales, aunque no por ello aquel tenga que desaparecer o fusionarse en la Constitución o en la normativa complementaria. El derecho natural pervivirá para hacer frente a las injusticias del Estado o de particulares. “El derecho natural es siempre una limitación del poder político”.¹⁰

El derecho natural puede considerarse como un derecho “escrito en el corazón del hombre”,¹¹ como un derecho que no se agota en los sistemas

⁶ *Idem.*

⁷ En *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1953, p. 307.

⁸ *Ibidem*, p. 309.

⁹ *Lezioni di filosofia del diritto*, 6a. riveduta, Milán, Giuffrè, 1948, p. 320.

¹⁰ Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 651.

¹¹ Legaz Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 291.

del derecho positivo y que por lo tanto la conciencia individual podrá siempre apelar contra los fallos injustos del derecho positivo.¹² Incluso, diversos autores afirman (entre ellos el eximio constitucionalista español Pablo Lucas Verdú y el gran constitucionalista alemán Peter Häberle) que el derecho natural tiene antecedentes individualistas, preestatales y prepolíticos, y que una de sus funciones ha sido la de delimitar las actuaciones estatales (que en numerosas ocasiones han sido injustas).

Así pues, el derecho natural no es solo un sistema normativo ideal, sino que tiene vigencia y eficacia actual en todas aquellas sociedades que a partir de las revoluciones liberales se han conscientizado de su importancia y lo han propugnado como requisito indispensable para aspirar a una digna forma de vida.

Por todo lo anterior, los derechos naturales han sido identificados por las corrientes iusnaturalistas con los derechos humanos (Thomas Paine), como aquellos derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de existir.

Así, como bien advierte el constitucionalista español Antonio Truyol y Serra,¹³ la conciencia clara y universal de los derechos humanos es propia de los tiempos modernos, y a la filosofía jurídica del inglés John Locke (1632-1704), con su fundamentación iusnaturalista, se le atribuye esa universalidad.

Pero esa fundamentación iusnaturalista y la universalidad de los derechos humanos solo se hará patente hasta la Declaración de independencia norteamericana de 1776, en donde se plasma en un texto fundamental escrito la idea de los derechos inalienables del hombre (y posteriormente, aunque en el mismo año, *The Bill of Rights of Virginia*, que contiene una tabla más completa de derechos del hombre y del ciudadano). Desafortunadamente, la peculiaridad insular británica se limitó a considerar documentos garantistas universales tan importantes, tales como *The petition of Rights* de 1628, el Acta de *Habeas Corpus* de 1679 y *The Bill of Rights* de 1689, como exclusivos de los súbditos ingleses.

En cuanto al espíritu universalista de la Declaración de independencia norteamericana de 1776, este se hizo evidente en las palabras de Thomas Jefferson y James Madison “(con la Revolución e independencia norteamericana y sus postulados) la condición del hombre a lo largo del mundo civilizado acabará mejorando grandemente”, y “... esta Revolución en la práctica del mundo puede ser considerada, con honesta alabanza, como la época

¹² *Ibidem*, p. 293.

¹³ En *Los derechos humanos*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 12.

más gloriosa de su historia y el más reconfortante presagio de su felicidad”,¹⁴ respectivamente.

Posteriormente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, muy probablemente influida por aquellas Declaraciones norteamericanas, aunque realizada con mayor contundencia y con un influjo iusnaturalista más patente, fue el punto de inflexión para el desarrollo y evolución de los derechos humanos en Europa occidental e Iberoamérica. La abolición de la trata de esclavos y de la esclavitud misma en la Revolución francesa de 1794 y en Inglaterra en 1807 (que poco después se emuló en la mayoría de los países iberoamericanos), que no fue llevada a cabo inicialmente por las Declaraciones norteamericanas, es un ejemplo de ello.

Los derechos humanos, fundamentados en el iusnaturalismo, cumplirían de esta forma una función capital en la defensa de la dignidad humana en “casi” todos los confines de la tierra, pero lamentablemente dejarían de reconocerse para dar paso a intereses serviles de “ciertos” grupos sociales, creándose a su vez ingeniosas doctrinas para tratar de acallar a las cada vez más inconformes clases sociales desposeídas que en nada se beneficiaban.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES: DERECHOS HUMANOS TRASVASADOS A LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Tanto los derechos naturales como los derechos humanos han sido relacionados de una manera u otra con la ideología liberal y como una garantía del individuo ante el Estado, y estos últimos constituyen el eje de todo Estado de derecho.¹⁵

Empero, en el recién extinto siglo pasado, surgen nuevamente ingeniosas corrientes iuspositivistas que encuentran su mayor auge en Alemania, y que sostienen un carácter estrictamente jurídico-positivo de aquellos derechos humanos cuando se constitucionalizan, utilizando la siguiente fórmula: derechos fundamentales (*droits fondamentaux*).¹⁶ Esta fórmula, que aparece

¹⁴ *Cit.* por Aparisi, Ángela, “Los derechos humanos en la declaración de independencia americana de 1776”, en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 225.

¹⁵ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1979, pp. 38 y ss.

¹⁶ Entre los que destacan autores como Pietro Virga, con su obra *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, Giuffrè, 1947, pp. 148 y ss., y Friedrich Müller, con su obra *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969, pp. 41 y ss.

en Francia hacia 1770 con un movimiento político y cultural que condujo a la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,¹⁷ estuvo paradójicamente teñida de cierto sentimiento iusnaturalista.

Esas ingeniosas doctrinas conllevaron, a la larga, a que el reconocimiento de los derechos humanos, que inicialmente fueron proclamados como universales, se diera en el estricto plano internacional sin fuerza coactiva (declaraciones y convenios internacionales).¹⁸

Por ello, y a pesar de que pocas Constituciones democráticas reconocen explícitamente los derechos humanos, en la mayoría de los países democráticos se insiste en que tratar los derechos humanos y los derechos fundamentales no es hablar de lo mismo. Sigue siendo el ideario común de la doctrina que la fórmula derechos fundamentales se aplica ni más ni menos que a los derechos humanos “transvasados”¹⁹ a la normativa constitucional o a los derechos de “vigencia inmediata”²⁰ —hecho que en la práctica internacional no suele darse fielmente, ya que incluso el presidente de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1967, Cornelius Manescu, le dio a los derechos fundamentales (y no a los derechos humanos, como era de esperar) una proyección internacional, al afirmar que “la historia es testimonio de muchos momentos dramáticos, a menudo convulsionantes, de la lucha librada por la humanidad para conquistar, paso a paso, sus libertades y sus derechos fundamentales, vínculo indisoluble que existe entre el respeto a esos derechos y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”²¹ (cursivas nuestras)— y la fórmula derechos humanos se sigue aplicando a los derechos inalienables del hombre que se reconocen en las declaraciones o convenios internacionales, o son los derechos inherentes a la persona, pero que no están reconocidos en texto fundamental alguno.

Aceptamos pues, aunque ahora no sea el caso de México, que la fórmula derechos fundamentales sea aplicada a aquellos derechos humanos formalizados constitucionalmente, y somos conscientes de que solo así pueden ejercerse y reclamarse esos derechos ante los órganos jurisdiccionales com-

¹⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 30.

¹⁸ Martínez de Vallejo, Blanca, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, *Derechos humanos*, *cit.*, pp. 44 y 45.

¹⁹ Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 316.

²⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 21.

²¹ *Cit.* por Ramella, Pablo, *Los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 46.

petentes, pero lo que nunca aceptaremos es que diversas corrientes doctrinales pretendan desaparecer, de un plumazo, a los derechos humanos o relegarlos a un estricto plano internacional o extrapositivo. El reconocimiento constitucional y social de unos derechos fundamentales formalizados, y que tienden a petrificarse si no existe un punto de referencia superior que los condicione y nutra constantemente, resulta ser, en las Constituciones democráticas, insuficiente. Un ejemplo suele ser la permisión de la pena de muerte, permisión desvalorizada aun en tiempos de guerra, en donde la vida resulta ser un *plus* lógico y ontológico.

Los derechos humanos siempre existirán como Estado garantista. El derecho a la vida, a la dignidad humana, a la libertad, a la igualdad y a la justicia, son derechos inalienables del hombre. Estos derechos, aunque resulten ser amplios y ambiguos, al ser reconocidos en la ley fundamental, y al contener esta la cláusula *numerus apertus*, expresa o no, siempre podrán ser reinterpretados. Así se podrán reconocer constitucionalmente nuevos derechos (recordemos la vis atractiva que caracteriza a los derechos humanos). El reconocimiento constitucional de los derechos humanos, y su constitucionalización (derechos fundamentales), “dan lugar a la fusión entre legitimidad crítica y legitimidad legalizada confiriéndoles plena efectividad”.²²

Creemos, entonces, que los derechos humanos, por su íntima relación, deben informar constantemente a los derechos fundamentales en los países democráticos que aún no reconocen constitucionalmente a los primeros, pero los derechos humanos no deben ser vistos como meras “exigencias éticas”,²³ eliminando de un plumazo, como acabamos de mencionar, su origen y su historia, sino que deben ser vistos y sentidos por los seres humanos como derechos que le pertenecen por el mero hecho de existir. De otra forma, tal y como puede suceder en diversos países hispanoamericanos, los derechos fundamentales (derechos humanos formalizados en el texto constitucional) se desvalorizarían tarde o temprano.

IV. LA EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

La lucha que se sostuvo en el México independiente para que las exigencias de libertad, igualdad y justicia se plasmaran en los textos constitucionales, bajo el nombre de “derechos del hombre”, “garantías individua-

²² Vidal Gil, Ernesto, “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, *Derechos humanos, cit.*, p. 28.

²³ Como lo pretende el autor Ernesto Vidal, *op. cit.*, p. 24.

les” o “derechos humanos”, planteadas en un principio como aspiraciones o exigencias universales, ha sido azarosa. Veamos ahora dicha evolución del reconocimiento constitucional de los derechos humanos, hasta nuestro texto constitucional vigente, que ahora sí reconoce los mismos de manera explícita con consecuencias jurídicas inesperadas.

1. *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*

Pese a los antecedentes de importantes documentos garantistas universales de los derechos humanos, como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el primer texto constitucional mexicano de 1824 desdeñó aquellos postulados, privilegiando en su lugar el hecho propio de la independencia del gobierno español y la organización de los poderes del nuevo Estado mexicano. A criterio de Felipe Tena Ramírez,²⁴ el artículo 50, fracción I, contempló la educación como una forma de fomentar y desarrollar la misma, paliativos de los conflictos que aquejaban al país, aunque por su redacción no podamos considerarlo propiamente como un derecho social a la educación.

Asimismo, se establecieron por primera vez a nivel constitucional, de manera tímida, derechos de libertad y de propiedad, en la fracción III del mismo artículo 50 y en la sección cuarta del título IV: “De las restricciones del Presidente de la República”, fracciones II y III del artículo 112, que contemplaron lo siguiente:

Artículo 50,... fracción III- Proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los Estados ni territorios de la federación.

Artículo 112 fracciones II y III:

II. No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.

III. El Presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular o corporación, no lo podrá hacer sin previa

²⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1809-1979)*, 9a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 174.

aprobación del Senado, y en sus recesos, del consejo de gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.

Por su parte, los derechos de seguridad jurídica de naturaleza procesal penal se contemplaron en la sección séptima del título V: “De las reglas generales de la administración de justicia”, en donde es de resaltarse los artículos 146 a 156, en los cuales se reconocen, entre otros, la prohibición de la pena de confiscación de bienes, de los juicios por comisión y de leyes retroactivas, de los tormentos, de detenciones sin semiplena prueba o indicios de delincuencia, de detenciones excesivas, de declarar en su propia contra, y los derechos de inviolabilidad del domicilio y a la tutela judicial efectiva, dejando así mucho qué desear respecto a un reconocimiento y garantía más amplia de los derechos humanos, y en su lugar se le atribuyó el carácter de *justas* a las leyes religiosas.

De esta manera, vemos cómo el primer texto fundamental del México independiente no contempló una parte dogmática, y en su lugar reconoció derechos fundamentales en la parte orgánica.

2. *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*

Una situación muy distinta se presenta con la llamada segunda Constitución de nuestro país de 1857, en donde se establece una parte dogmática clara y detallada, que fue titulada por el Constituyente como “De los derechos del hombre”, asemejándose más al concepto de derechos humanos que de derechos fundamentales (*droits fondamentaux*), pero introduciendo un novedoso término, que ha confundido no solo a constitucionalistas nacionales, sino también a extranjeros, a saber: “garantías”, que durante mucho tiempo se equipararon en nuestro país a “derechos fundamentales”.

Por un lado, el Constituyente le atribuyó al pueblo mexicano, y no al Estado, el reconocimiento de los derechos del hombre, los cuales serían la base y el objeto de las instituciones sociales, armonizando así con las declaraciones universales en materia de derechos humanos existentes hasta ese momento, pero inmediatamente después da un vuelco positivista, al prever que todas las leyes y todas las autoridades del país deberían respetar y sostener las garantías que “otorga” la presente Constitución, comulgando con las posturas iuspositivistas y dándoles a los derechos constitucionales un carácter estrictamente jurídico-positivo.

La Constitución mexicana de 1857 contempló, incluso antes que la Declaración de Emancipación de los Estados Unidos de América, la abolición

de la esclavitud, reconociendo así uno de los derechos humanos más importantes: la libertad, aunado al derecho a la vida. El artículo 2 estableció textualmente lo siguiente: “Artículo 2- En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes”.

Sumado a lo anterior, aquella carta magna reconoció otros derechos humanos de libertad, tales como la libertad de profesión, industria o trabajo, libertad del hombre a no prestar trabajos personales sin la justa compensación y sin su pleno consentimiento, armonizando así con aquel artículo 2o. constitucional, y la libertad de expresión, de tránsito y de asociación. De la misma manera, reconoció derechos humanos de justicia y de igualdad, al reconocer el derecho de petición ejercido por escrito, y al prohibir títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios que anteriormente se habían otorgado, respectivamente.

Por último, el texto constitucional conservó el derecho de propiedad y reconoció otros novedosos derechos, como los derechos económicos contemplados en el artículo 28. Asimismo, tal y como lo hiciera la Constitución mexicana de 1824, aunque con una tabla más amplia de derechos, la ley fundamental de 1857 reconoció derechos humanos de justicia; los derechos de seguridad jurídica de naturaleza procesal penal, principalmente, incluyendo el artículo 38, aunado al derecho a la dignidad, al prohibir cualquier especie de tortura al acusado. De la misma forma, fuera de la llamada parte dogmática de la Constitución, se contempló en el artículo 31, fracción II, el principio de igualdad y justicia en la contribución para los gastos públicos.

Es de llamar la atención los artículos 23 y 29 de la carta magna de 1857, ya que el primero de ellos conservó la pena de muerte, que no sería abolida sino hasta 148 años después, y el segundo estableció la facultad del presidente de la República de suspender las garantías otorgadas por la Constitución en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualesquiera otros que pusieran a la sociedad en grave peligro o conflicto, pero en ningún caso las que aseguraran la vida del hombre, desafortunada y contradictoria redacción, puesto que ninguna garantía aseguró la vida del hombre, a menos que el Constituyente pensara que el traidor a la patria, el salteador de caminos, el incendiario, el parricida, el homicida, el delincuente militar o el pirata no fueran hombres.

Pese a todo lo anterior, la Constitución mexicana de 1857 fue un parteaguas en el reconocimiento de derechos de naturaleza individual y económica, y en donde se aportó al mundo el orgullosamente mexicano juicio de amparo.

3. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*

El texto fundamental de 1917 retoma el espíritu positivista de la Constitución de 1857, ya que las garantías fueron “otorgadas” y no “reconocidas” por el Estado, dándoles así un carácter estrictamente jurídico-positivo. Aunado a lo anterior, ahora sí el término “garantías individuales” se equiparó de manera clara al de “derechos fundamentales”, asegurando de esta manera continuas confusiones terminológicas por mucho tiempo.

Nuestra Constitución de 1917, por la forma en que nace, retoma prácticamente toda la parte dogmática de la Constitución predecesora de 1857, y amplía algunas “garantías” ya otorgadas por el Estado, con la salvedad de que aquella se erige como el primer texto constitucional en reconocer derechos de naturaleza social, incluyendo a la propiedad como función social, al eliminar los latifundios. En realidad, fue esta Constitución, y no la alemana de Weimar de 1919, la primera en reconocer derechos sociales.

Lo que es importante resaltar del texto constitucional original de 1917, en materia de reconocimiento o desconocimiento de derechos humanos, son los artículos 30., 22, 24, 27, 29 y 123.

El artículo 30. constitucional estableció la laicidad en la educación que se impartiera en los establecimientos oficiales, así como también en los establecimientos particulares que impartieran enseñanza primaria, elemental y superior. Por primera vez se contempló la gratuitud de la enseñanza primaria impartida en establecimientos oficiales. Aquí es importante mencionar que el derecho social a la educación, según los instrumentos internacionales de derechos humanos, hoy día se considera como un derecho humano.

De manera desafortunada, el precepto 22 constitucional volvió a otorgar al Estado la facultad para aplicar la pena capital, no reconociendo el derecho humano más importante: el derecho a la vida. El artículo 24, de manera innovadora, reconoció el derecho humano de libertad de culto.

Por su parte, el artículo 27 constitucional contiene una marcada función social, atribuyéndole la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del país a la nación, reconociendo el derecho a la pequeña propiedad y disolviendo los latifundios.²⁵ En el numeral 29 constitucional se corrigió el error cometido por el Constituyente de 1857, eliminando la redacción “con excepción de las que aseguran la vida del hombre”, comentada en el punto anterior.

²⁵ Para abundar sobre este tema, véase Coello Nuño, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, México, México Universitario y J. M. Bosch, 2005, pp. 94 y 95.

Por su parte, el artículo 123 constitucional reconoció derechos humanos de justicia y dignidad, al establecer derechos laborales de la clase trabajadora.

Por otro lado, el texto fundamental mexicano hasta antes de las trascendentales reformas de 2011 sufrió diversas adiciones, reformas y mutaciones, y muchas reconocieron de una forma u otra derechos humanos, aunque no dejó de ser ambigua y contradictoria.

Afirmamos lo anterior ya que, en primer lugar, la fracción II, inciso A, del artículo 2o. constitucional, de manera privativa condicionó a las comunidades indígenas al respeto de los derechos humanos en la aplicación de sus propios sistemas normativos. El precepto establece textualmente lo siguiente:

Artículo 2. La Nación mexicana es única e indivisible.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, *los derechos humanos* y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (cursivas nuestras).

Cabía entonces aquí preguntarse: ¿el Estado mexicano no estaba obligado también a respetar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales relativos?

De la misma forma, el inciso B del artículo 102 constitucional previó el establecimiento de organismos de protección de los derechos humanos que “ampara” el orden jurídico mexicano; sin embargo, de manera contradictoria, el mismo precepto limitaba la actuación de esos organismos únicamente a la formulación de recomendaciones públicas *no vinculatorias*, y peor aún, el hecho de que en el orden jurídico mexicano la única tabla de derechos con jerarquía normativa que amparaba los derechos humanos era precisamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Quedaban como aliciente las reformas hechas a los artículos 14 y 22 constitucionales a finales de 2005, en donde se abolía la pena de muerte en nuestro país, lo que armonizó así a nuestro texto constitucional, en parte, con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

4. Reconocimiento de los derechos humanos en el texto fundamental mexicano de 1917

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se modificó la denominación del capítulo I del título primero, y se reformaron diversos artículos del texto fundamental mexicano.

Las reformas y adiciones patentizan el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona*, con el cual se pretende favorecer y brindar mayor protección a todas las personas. En ese contexto, la ampliación de los derechos que simboliza la concreción de algunas cláusulas constitucionales, como la relativa a la suspensión de garantías, la protección de los migrantes, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, miran hacia la *justiciabilidad* y eficacia de los derechos, que, a la postre, pretenden mejorar las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.²⁶

Estas reformas constitucionales generan la ineludible necesidad de profundizar en el estudio de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, y de los que el Estado mexicano es parte; por tanto, es primordial conocer perfectamente aquellos instrumentos internacionales que velan por el respeto de los derechos humanos.²⁷

Las adiciones y reformas hechas a la Constitución federal en materia de derechos humanos se exponen, de manera breve, a continuación:

Se modificó la denominación del título primero, capítulo I, para pasar de “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”, dejando atrás la histórica e imprecisa equiparación entre los términos “garantía individual=derecho fundamental”.

Asimismo, se reformaron los párrafos primero, segundo, tercero y quinto del artículo 1o., en los cuales esencialmente ahora se instituye que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos tanto por la carta fundamental mexicana como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; además, se establece que las normas de derechos humanos serán interpretadas de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución federal y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con una protección en sentido amplio, y la obligación de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como la obliga-

²⁶ *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011*, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/> (consultado: 8 de agosto de 2011).

²⁷ *Idem.*

ción del Estado, de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo 30. se adicionó la obligación estatal de fomentar la educación que imparta, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Por su parte, y conforme al principio *pro persona*, en el artículo 11 se sustituyó el término “todo hombre” por “toda persona”, adicionando además el derecho de toda persona de solicitar asilo, precisando que la ley regulará su procedencia y excepciones.

En el artículo 15 se adicionó la desautorización de la celebración de convenciones o tratados con base en los cuales se alteren los derechos humanos reconocidos por nuestro texto fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Así también, se modificó el segundo párrafo del artículo 18, con lo cual se procura reorganizar al sistema penitenciario mexicano, porque además de organizarse este con base en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, procurando que no vuelva a delinquir, aquel sistema también tendrá como objetivo el respeto de los derechos humanos.

Desafortunadamente, en este precepto constitucional aparece el fantasma de la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo, ya que se establece el término garantía de los “derechos fundamentales” que reconoce la Constitución.

Por otra parte, se modificó el artículo 29. En este precepto se hace una adición en el sentido de que ahora ya no solamente se podrán suspender las garantías individuales que sean obstáculo para hacer frente a los casos de emergencia que se presenten en el Estado mexicano, sino que también se podrá restringir el ejercicio no solo de las garantías, sino también de los derechos, y sin que esa restricción o suspensión se contraiga a determinada persona (principio *pro persona* en sentido pasivo); por tanto, al referirse a “persona”, vemos que se sustituyó el término “individuo” que anteriormente se contemplaba, por el de “persona”; además, se dispone que en los decretos que se expidan no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de ciertas prerrogativas, tales como el derecho a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroacti-

vidad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales imprescindibles para la protección de tales derechos. Esto pone en evidencia que únicamente se prohíbe restringir o suspender el ejercicio de derechos y garantías que se consideran indispensables para garantizar la dignidad humana.

En el primer párrafo del artículo 33 se adicionó el derecho de los extranjeros a gozar de los derechos humanos y garantías que reconoce la carta magna; asimismo, de manera muy importante, se les reconoció el derecho de previa audiencia antes de ser expulsados del país por el Ejecutivo Federal.

Por su parte, en la fracción décima del artículo 89 se incorporó como obligación del presidente de la República, en materia de política exterior, “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”, tratando así de armonizar con los tratados internacionales en la materia.

Conviene destacar las reformas del segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, ya que señalan que las autoridades que no acepten las recomendaciones emitidas por los organismos para la protección de los derechos humanos deberán fundar, motivar y publicar las razones de su negativa; además, la Cámara de Senadores, o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, estarán facultadas para llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante tales órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa. Asimismo, la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, el cual deberá ser transparente, de acuerdo con los términos y condiciones que determine la ley; empero, una adición trascendental es la que se refiere a que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo considere pertinente, o bien cuando lo pida el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

Además, se reformó el artículo 103 del texto fundamental mexicano, lo cual trae como consecuencia la ampliación de la procedencia del juicio de amparo, ya que ahora los tribunales de la Federación resolverán de

toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución federal, así como por los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte; por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía o esfera de competencia de los estados o del Distrito Federal, y por normas generales o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, por lo que con la reforma en mención se pone de manifiesto de manera más expresa la ampliación de la procedencia del juicio de garantías, porque además de sustituirse el término “leyes” por “normas generales”, también se precisa que serán combatibles a través de este medio protector tanto los actos como las omisiones de la autoridad,²⁸ así como también serán alegables derechos de índole social.

También se adicionó el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105, con lo cual se otorgan facultades a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República que vulneren los derechos humanos contemplados en nuestra carta magna y en los tratados internacionales de los que México sea parte. En ese orden de ideas, los entes de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República podrán promover esos medios de control constitucional, pero en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.²⁹

Finalmente, en lo referente al artículo 107 constitucional, si bien las reformas que se dieron están referidas esencialmente a la estructura, a las bases y a la tramitación del juicio de garantías, relativas a la protección de derechos humanos, el numeral instituye sustancialmente que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agravuada, teniendo ahora tal carácter quien alegue ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que exponga que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución federal, y que con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; ahora bien, tratándose de actos o resoluciones provenien-

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

tes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que le afecte de manera personal y directa; en lo relativo a las sentencias emitidas en esos juicios, cabe precisar que las mismas solo se ocuparán de los peticionarios de garantías que soliciten la tutela constitucional, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. Continuando con el tema del principio de relatividad de las sentencias (fórmula Otero), tenemos que se dio una adición importante, ya que ahora, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora que corresponda; sin embargo, cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Si transcurriera el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, el máximo tribunal del país emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre y cuando fuera aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos de los ministros, de la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria, aclarando que existe una excepción importante, ya que lo dispuesto anteriormente no será aplicable en materia tributaria.³⁰

V. CONCLUSIONES

Primera. Los postulados del derecho natural sostienen que la persona humana es poseedora de ciertos valores inherentes que la norma jurídica solo se limita a consagrar en los ordenamientos legales.

Segunda. Al igual que Giorgio del Vecchio, creemos que el concepto de derecho, y en especial el de iusnaturalismo racionalista, no tienen como característica esencial la positividad, ya que son producto de la experiencia humana, inherentes a la personalidad de los individuos integrantes de las sociedades democráticas.

Tercera. Tal y como advierte Antonio Truyol y Serra, la conciencia clara y universal de los derechos humanos es propia de los tiempos modernos, y a la filosofía jurídica del inglés John Locke (1632-1704), con su fundamentación iusnaturalista, se le atribuye esa universalidad, mismos que nacen como una fórmula social para defenderse de las arbitrariedades estatales.

³⁰ *Idem.*

Cuarta. En el recién extinto siglo pasado surgen nuevamente ingeniosas corrientes iuspositivistas que encuentran su mayor auge en Alemania, y que sostienen un carácter estrictamente jurídico-positivo de aquellos derechos humanos cuando se constitucionalizan, utilizando la fórmula “derechos fundamentales” (*droits fondamentaux*).

Quinta. Tratar hoy los derechos humanos y los derechos fundamentales no es hablar de lo mismo. Parece ser el ideario común de la doctrina que la expresión “derechos fundamentales” se aplica ni más ni menos que a los derechos humanos *transvasados* a la normativa constitucional o a los derechos de *vigencia inmediata*, y la expresión “derechos humanos” se aplica a los derechos inalienables del hombre que se reconocen en las declaraciones o convenios internacionales, o son los derechos inherentes a la persona, pero que no están reconocidos en texto fundamental alguno.

Sexta. El primer texto fundamental del México independiente privilegió el hecho propio de la independencia del gobierno español y la organización de los poderes del nuevo Estado, desdeñando así importantes postulados universales de los derechos humanos.

Séptima. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 estableció una parte dogmática clara y detallada, titulada como “De los derechos del hombre”, así como también introdujo el novedoso término “garantías”, aunque desafortunadamente estas fueron “otorgadas” y no “reconocidas” por el Estado, comulgando así con posturas positivistas.

Octava. La carta magna mexicana de 1917 retoma el espíritu positivista de la Constitución de 1857, aunque con la abolición de la pena de muerte a finales de 2005 la hace más armónica con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Novena. El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconociendo y garantizando así los derechos humanos. Estas reformas y adiciones evidencian el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, a través de la expresión clara del principio *pro persona*, con el cual se pretende favorecer y brindar mayor protección a todas las personas.

Décima. Las reformas y adiciones al título primero, capítulo I, y a los artículos 10., 30., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 102, 103, 105 y 107 constitucionales, reconocen explícitamente y garantizan de una forma u otra derechos humanos consagrados en el texto fundamental mexicano y en instrumentos internacionales de los que México es parte. Una situación distinta es preguntarse cómo garantizará el Estado mexicano “todos” los derechos humanos.

VI. RELACIÓN DE FUENTES DOCUMENTALES

1. Fuentes bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

COELLO NUÑO, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, México, México Universitario y J. M. Bosch, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 6a. ed., riveduta, Milán, Giuffrè, 1948.

DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1979.

MÜLLER, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988.

LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1953.

NAVARRETA, Tarsicio *et al.*, *Los derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., México, Diana, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1995.

RAMELLA, Pablo, *Los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Ma., *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Madrid, Tecnos, 1981.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1809-1979)*, 9a. ed., México, Porrúa, 1980.

TRYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1982.

VIRGA, Pietro, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, Giuffrè, 1947.

VV. AA., *Derechos humanos*, Jesús Ballesteros (editor), Madrid, Tecnos, 1992.

2. Diversos tipos de fuentes documentales

Acta de *Habeas Corpus* de 1679.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Declaración de independencia norteamericana de 1776.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789.

Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion>.

Tesis de jurisprudencia P./J. 14/2002, página 151, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en febrero de 2002.

Tesis P. LXXVII/99, página 46, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en noviembre de 1999.

The Bill of Rights de 1689.

The Bill of Rights of Virginia.

The petition of Rights de 1628.

LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ENTRE LA GOBERNANZA NEOLIBERAL Y EL COSMOPOLITISMO

León Phelipe RAMÍREZ GÓMEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema de los derechos económicos, sociales y culturales*. III. *La gobernanza neoliberal*. IV. *El cosmopolitismo*. V. *Conclusión*. VI. *Relación de fuentes documentales y electrónicas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales son globales porque no aceptan límites espaciales ni personales: su ámbito protector es, justamente, universal. Esta pretensión de generalidad surge convencionalmente a partir de instrumentos de derecho internacional público; pactos entre Estados, que adoptan para sí y frente a los demás una serie de compromisos jurídicos, pero sobre todo éticos, que los obligan a impulsar y proteger, por un lado, a los derechos civiles y políticos —internacionalmente reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)—, y por el otro, a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc), establecidos a su vez en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Empero, el proceso de internacionalización de los derechos no es un ciclo acabado, ni siquiera homogéneo. Me refiero a que los derechos civiles y políticos gozan de una amplia regulación jurídica y de una tutela jurisdiccional que permiten a los gobernados alcanzar su plena satisfacción; son, pues, verdaderos derechos subjetivos públicos. En contraparte, los Desc carecen

¹ Candidato a doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en derecho constitucional y amparo por la Universidad Iberoamericana; maestro en derecho; especialista en derecho fiscal, y licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Profesor universitario. Abogado postulante.

de una efectiva tutela jurídica, al no ser posible satisfacerlos a través de procedimientos jurisdiccionales típicos, puesto que su implementación pasa por otro tipo de procesos, más económicos y técnicos que jurídicos y formales.

Atento a lo aquí mencionado, el presente trabajo tiene como objeto presentar dos de las posturas más ampliamente extendidas que dan razón a la crisis de la tutela de los Desc: la gobernanza neoliberal y el cosmopolitismo. Ambas explicaciones dan cuenta de la génesis de la problemática del Estado de bienestar, que, ante la dificultad de garantizar el cumplimiento de los Desc, han planteado diversas soluciones. Finalmente, plantearé mi propia visión respecto a las ópticas ya indicadas.

II. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. *¿Qué son los derechos económicos, sociales y culturales?*

Los Desc se caracterizan² por dos razones: primero, por tratarse de derechos surgidos de los reclamos del colectivo social, justificación que pretende, intencionalmente, dejar de lado su pristino origen, que remite invariablemente a derechos surgidos para una clase social determinada —el proletariado— reputándolos de tal suerte como derechos clasistas; sin embargo, al día de hoy se considera que sus destinatarios son en realidad todas las personas;³ y, segundo, por ser derechos que reclaman igualdad en la ley, lo que se concibe como el tratamiento legal que coadyuve a hacernos iguales en ciertas características en las que de antemano y de hecho somos desiguales.⁴ “Son derechos destinados a procurar, a través de su ejercicio, la plena y real igualdad entre las personas (...) [el Estado social] trata de hacer realidad unas garantías de seguridad material de las personas”.⁵

Jurídicamente, los Desc surgen a partir de la Constitución prusiana de 1850, mediante la instauración del *Welfare State* a finales del siglo XIX, para luego seguir con nuestra Constitución mexicana de 1917, las Constituciones rusas de 1918 y 1936, la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución de España de 1931. Esta construcción jurídica es conocida como Estado

² Martínez de Pisón, José, *Políticas de bienestar un estudio sobre los derechos sociales*, pról. Manuel Calvo García, Madrid, Tecnos-Universidad de La Rioja, 1998, pp. 69 y ss.

³ *Ibidem*, p. 93.

⁴ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, p. 98.

⁵ García Cotarelo, Ramón, *Del estado del bienestar al estado de malestar (la crisis el Estado social y el problema de legitimidad)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 69.

constitucional; esto es, la institucionalización de los derechos a través del acuerdo llamado *Constitución*.

Económicamente, los Desc toman cuerpo a partir de 1946, cuando los países capitalistas adoptan la doctrina del *Report Beveridge* contenido en el *Social Insurance and Allied Services* de 1942, texto del británico William H. Beveridge, cuyas premisas sostienen que la organización de la seguridad social, concebida como una forma de cooperación entre el Estado y el individuo, debe considerarse como parte de una política integral de progreso generalizado que satisface a la necesidad de seguridad, reconociéndose que su falta es solo uno de los problemas sociales más ingentes, entre los que se encuentran las enfermedades, la ignorancia, la miseria y el desempleo.⁶ Igualmente, la política económica de John Maynard Keynes,⁷ dibujada en su *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*, de 1936, propuso dotar de poder a las instituciones nacionales e internacionales para controlar a la economía en las épocas de crisis. Este fundamento económico dio pie al Estado de bienestar, que no es sino el resultado práctico de poner en marcha a los Desc en el contexto del Estado constitucional.

En resumen, la satisfacción de los Desc requiere del compromiso estatal, porque “Son derechos que por su naturaleza requieren una decidida actuación estatal para su realización. Por tanto, carecen de entidad sin la decidida voluntad del Estado para programar su materialización”.⁸ Los Desc, al constituir obligaciones positivas de dar o hacer, están ideados para ser provistos por el Estado; es decir, garantizados por él.⁹ Por eso, a diferencia de los derechos civiles y políticos, que normalmente se cumplen mediante abstenciones estatales, los Desc se procuran por la actividad estatal.

¿Cuáles son los Desc? El amplio catálogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 nos enuncia parte de ellos:

- Derecho a la seguridad social (artículo 22);
- Derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores (artículo 22);
- Derecho al trabajo y a sindicalizarse (artículo 23);
- Derecho de descanso en el trabajo (artículo 24);
- Derecho a un nivel de vida suficiente, salud y bienestar (artículo 25);

⁶ Beveridge, William, *Social and Allied Services (The Beveridge Report)*, 1942, en <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html> (15 de junio de 2008).

⁷ Picó, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*, México, Siglo XXI, 1987, pp. 1 y 2.

⁸ Martínez de Pisón, *op. cit.*, nota 2, p. 72.

⁹ Fuentes, Mario Luis, “Estado, mercado y adultos mayores”, *Milenio Diario*, 23 de septiembre de 2005, p. 20.

- Derecho a la educación (artículo 26);
- Derecho a participar en la vida cultural (artículo 27).

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 creó una marcada diferencia entre los Desc y los derechos civiles y políticos, puesto que estos primeros, de acuerdo con el propio texto del Pacto, se cumplen:

- Mediante la adopción de medidas económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado, y
- Medidas legislativas que progresivamente logren la plena efectividad de esos derechos.

Y señala que los Desc son los siguientes:

- Libre determinación para el desarrollo económico, social y cultural (artículo 1.1);
- Libre disposición social de riquezas y recursos naturales (artículo 1.2);
- No discriminación (artículo 2.2);
- Derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (artículo 6.1);
- Derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de huelga (artículo 8.1);
- Derecho de toda persona a la seguridad social (artículo 9);
- Derecho a la protección y asistencia a la familia (artículo 10.1);
- Derecho a la protección a las madres (artículo 10.2);
- Derecho a la protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes (artículo 10.3);
- Derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11.1);
- Derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre (artículo 11.2);
- Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12.1);
- Derecho de toda persona a la educación (artículo 13.1);
- Derecho de toda persona participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico; beneficiarse de la protección de

los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15);

- Libertad para la investigación científica y para la actividad creadora (artículo 15.3).
- Sus rasgos comunes consisten, siguiendo a Martínez Pisón —de consenso con Contreras y Prieto Sanchís— en:
- Ser derechos de prestación;
- Ser de titularidad individual, pero de inspiración empírica del ser humano (universalidad);
- Remitir a un concepto de libertad configurado a partir de la igualdad;
- Constituir un elemento de solidaridad social (universalidad).

En resumen, los Desc están plenamente configurados desde el ámbito jurídico y ético; luego, la abstracción legal tomó cuerpo a través de medidas prácticas que las repúblicas democráticas —occidentales y capitalistas— pusieron en práctica más allá de la primera mitad del siglo XX.

2. *¿Cuál fue la crisis de los Desc?*

Sobra decir que los Desc se sufragan con gasto público, y hasta antes de los años sesenta y setenta la continuidad del sistema de producción capitalista, bajo el amparo del Estado de bienestar, había gozado de condiciones económicas favorables, que permitieron otorgar las contraprestaciones prometidas por el Estado de bienestar, el cual operó a plenitud durante los ciclos de expansión capitalista, pero sufriendo un fuerte revés cuando la recesión campeó. Hasta antes de su crisis, los recursos económicos fueron relativamente suficientes para distribuirse entre los sectores sociales más marginales. Sin embargo, la recesión económica internacional impidió a los Estados desarrollados cumplir su función económico-social;¹⁰ la obtención

¹⁰ Un ciclo económico se define por las variaciones a la alza o a la baja de inversión de capital en la producción y comercialización de bienes y servicios, en donde el nivel de precios es el indicador, entre otros, para verificar el ciclo de ascenso económico —aceleración con incremento de precios— o el ciclo de descenso de la economía —desaceleración o recesión, con tendencia a reducir los precios—. Lo anterior implica que:

a) en el ascenso se dispara la productividad y, por tanto, se incrementa el ingreso de la gente por el volumen de fuerza de trabajo contratada; asimismo, la tasa de interés es relativamente baja para generar inversiones directas e inhibir el ahorro; además, se presenta una política fiscal expansiva al reducirse ya sea la tasa impositiva o al eliminarse impuestos determinados;

de la plusvalía se tornó más difícil, y eso contrajo la economía mundial. Las formas que los Estados desarrollados tenían para sortear la problemática consistieron, entre otras muchas cosas, en ajustar el gasto social, y, consecuentemente, el Estado de bienestar entró en crisis. Cuando se pensó que el Estado podría soportar el financiamiento público del gasto social, se encontraron que el efecto era económicamente adverso: el dinero se destinaba a labores no productivas, y, por lo tanto, era gasto inútil. Así, las posturas se dividieron.

III. LA GOBERNANZA NEOLIBERAL

La gobernanza neoliberal es una postura política surgida a partir de los años setenta, que cuestiona el supuesto contenido social y democrático del contrato social que sostiene al Estado de bienestar, y cuyos presupuestos se informan del famoso *Consenso de Washington*,¹¹ que exigió reconocer la incapacidad del Estado para satisfacer las necesidades sociales. Se afirmó que la función estatal consiste en proveer las mejores condiciones para que la economía de mercado fluya y se reproduzca,¹² dando pie al surgimiento de un nuevo obligado a proveer los satisfactores antes prometidos por el Estado de bienestar: el mercado.¹³ Consecuentemente, el Estado no puede ser un regulador social ni proveedor de satisfactores, porque este papel le corresponde a agentes no estatales: a la sociedad civil y su novedoso actor, la gran empresa.

El Estado es necesario para crear, definir y reforzar el marco regulador en el que operan las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales. Las sociedades capitalistas occidentales son pluralistas y los poderes políticos y económicos están institucionalmente separados.

b) por el contrario, ya que se incrementa el volumen de ingreso de la población se incrementa asimismo la demanda de crédito y el consumo de bienes y servicios, por lo tanto se presiona a la alza a los precios, pero por otro lado las compras a crédito hacen que los oferentes —empresarios, productores y comercializadores— reciban a plazos el reembolso de su capital invertido y sus utilidades; es entonces que la distorsión del valor económico en precios inflados altera la estabilidad creciente de la economía.

¹¹ Williamson, John, *A Short History of the Washington Consensus*, en <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>, *passim*, (15 de junio de 2008).

¹² El modelo del neoliberalismo ha tenido éxito en diversas campos frente al modelo keynesiano: reducción de inflación, aumento en los beneficios empresariales, pero disminución en inversiones productivas. Al respecto Navarro, Vicenç, *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 66 y ss.

¹³ Véase De Souza Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, trad. Carlos Morales, México, Anthropos-UAM, 2007, pp. 34 y 35.

En principio, el Estado es visto como un instrumento pasivo cuya función consiste solamente en facilitar las reglas y el marco en el que operan las fuerzas sociales, sin tomar ningún protagonismo en el cambio social, y a lo sumo responde a los problemas que genera la economía de mercado.¹⁴

Su marco económico, el neoliberalismo,¹⁵ formuló diversas objeciones al Estado de bienestar, que impiden a los gobernados y al mercado ejercer, por contradictorio que parezca, toda vez que su puntal es la libertad, algunas de sus libertades:

- El modelo igualitario del Estado de bienestar obstruye al Estado de derecho, el cual tiene por objeto la consecución de la igualdad formal ante la ley; es decir, la igualdad negativa, cuyo principal postulado consiste en recibir el mismo trato.
- La desigualdad —entendida como falta de equidad— es un modelo que aprovecha al individualismo, lo cual en sí mismo no es reprochable, ya que si no se permitiera la existencia de tal condición —la desigualdad— el hombre no podría desarrollar su ser plenamente.

...el mérito principal de los clásicos [término empleado para designar a los economistas ingleses entre 1776 y 1848 como Adam Smith, Ricardo, Malthus y John Stuart Mill] consiste en haber refutado (...) la idea de que la actividad económica en la sociedad capitalista, por el solo hecho de girar en torno al móvil del lucro, tiene que ir, necesariamente, en contra de los intereses de los consumidores (...) que el ganar dinero aparta, necesariamente, a la producción de sus objetivos sociales.¹⁶

- El Estado de bienestar supone una tensión entre la igualdad y la libertad que implican la ruptura con los principios del libre mer-

¹⁴ Picó, Josep, *op. cit.*, nota 7, p. 4.

¹⁵ “El liberalismo económico fue la ideología predominante en el siglo XVIII. Esta ideología defendía el libre intercambio de bienes y servicios entre productores, consumidores, trabajadores y propietarios, sujeto sólo al control de la oferta y la demanda, sin la intervención del gobierno. El resurgimiento de esta ideología a partir de la década de 1980, después de la crisis de deuda, es conocida como política neoliberal: reformas económicas encaminadas a la desregulación de la actividad económica, la reducción del papel del Estado en la economía y la apertura de mercados internos a los flujos comerciales internacionales. La escuela económica más representativa de la ideología del libre mercado o la no intervención estatal en la economía es la escuela de Chicago, cuyo principal defensor es Milton Friedman, premio Nobel de Economía en 1976”. Fundación Este País, “¿Libres para elegir?”, *Este País*, México, marzo de 2005, p. 62.

¹⁶ Schumpeter, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, vol. 1, Barcelona, Folio, 1996, p. 111.

cado —que precisamente reclama absoluta libertad—. “El Estado es necesario para posibilitar, garantizar y legitimar las condiciones de competencia, pero simultáneamente es potencialmente un peligro”.¹⁷ “Libertad e igualdad —temas fundamentales de la filosofía política moderna—, por lo general son formuladas como términos de una antinomia irresoluble: libertad significa autonomía, individualidad; igualdad significa heteronomía, socialidad”¹⁸.

- La intervención del Estado en la regulación del mercado de trabajo obstaculiza la libertad que debe tenerse para la libre contratación de personal. El Estado debe dejar plena libertad a que la mercancía —entre ellas los recursos humanos— fluya libremente, sin pretender establecer políticas de pleno empleo. La libre circulación de la fuerza de trabajo permite a los empresarios contratar a los más capacitados, mientras que restringir este librecambio impide a los mejor preparados el ascenso a un mejor nivel de vida.
- Las políticas de redistribución de la riqueza atentan contra el ahorro, porque fomentan el consumo desmedido de la población, y, en definitiva, la ausencia de ahorro perjudica la mecánica de los mercados. De la misma forma, el aumento del gasto social también es pernicioso, porque no permite la baja de las tasas de interés, y eso desalienta la inversión privada por el poco atractivo del crédito.

Para el neoliberalismo, la pasividad del Estado no es irresponsable; la pasividad es una función eminentemente democrática: la sociedad tiene diversos centros de poder, y el juego entre ellos —que el Estado neoliberal permite— va definiendo el proceso de negociación política. Si bien se acepta que no todos los grupos sociales gozan de la misma influencia, sí se admite que tienen, por pequeña que sea, la posibilidad real de actuar en el juego del poder. En este modelo, el Estado debe ser el árbitro neutral que concilie los intereses de todos los grupos que conforman la sociedad.

¿Qué significado tiene esto? ¿Los Desc no existen en este modelo? En la perspectiva neoliberal existe un consenso universalizador de los derechos fundamentales desde el momento mismo en que existen las convenciones internacionales que han establecido los catálogos de derechos civiles y políticos así como los Desc. Además, existen sistemas democráticos bien consolidados con una división de poderes funcional que han diseñado, en el

¹⁷ Cabo Martín, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994, p. 64.

¹⁸ Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, trad. Arnaldo Córdova, México, Grijalbo, 1975, p. 212.

plano interno, Constituciones plenas de derechos fundamentales. Es decir, su existencia no se pone en entredicho; el neoliberalismo no cuestiona de modo alguno los contenidos jurídicos.

El modelo neoliberal no implica la erradicación del cumplimiento de derechos prestacionales. Solo que estos se cumplen de una forma neoliberal:¹⁹

- Las prestaciones son monetarias. Los programas sociales que involucran la entrega de dinero en efectivo a ciertos grupos marginales o de escasos recursos asume como premisa fundamental que esos grupos, dada su creciente importancia político-electoral, representan un buen número de electores; pero no solo eso, en el plano económico involucra que “Los programas sociales que transfieren recursos monetarios asumen que el mercado es el principal instrumento para garantizar servicios, precios y calidad en el largo plazo...”.²⁰ Así, estos son pasos que se encaminan hacia la satisfacción privada de las necesidades sociales, ya que si se encuentra garantizado un mínimo de ingreso, por necesidad el consumo de los satisfactores sociales también se garantiza. Ante todo, el mercado satisface las necesidades, y el Estado debe proveer recursos financieros a los sectores desprotegidos para que ellos, ejerciendo su libertad, decidan en el propio mercado qué satisfactores convienen a sus intereses.
- El mercado laboral debe ser dinámico para mejorar las condiciones de vida. En el caso del derecho del trabajo, diversas figuras han ido desplazando al modelo asalariado: ahora aparecen el contrato de servicios con mayor vigor y diversas formas de contratación reguladas por el derecho mercantil y civil. Los antiguos esquemas de contratación no ponderan las capacidades reales de los trabajadores ni las necesidades de la empresa; por el contrario, impiden la movilidad laboral y el ascenso social por la difícil rescisión del contrato de trabajo; asimismo, haber creado una suerte de *derecho social* cuando se habla del trabajo supone un trato diferenciado entre los factores de la producción —capital y trabajo— cuando en realidad no existe diferencia entre ellos, ya que el libre concurso de voluntades es el que crea el contrato de trabajo, y hay, ante todo, igualdad entre patrones y trabajadores. Crear situaciones artificiosas ha impedido producir con eficiencia y eficacia en detrimento del propio trabajo

¹⁹ Lyon-Caen, Gérard, “Informe de síntesis”, *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*, Madrid, Esade-Facultad de Derecho, 1996, pp. 194 y ss.

²⁰ Fuentes, *op. cit.*, p. 20.

y capital; debe reasumirse la verdadera naturaleza de la relación igualitaria entre obreros y capitalistas y desterrarse el mito de supuesta protección a los obreros.

- La seguridad social debe proporcionarse por agentes privados que garantizan mejor precio y servicio. El Estado no puede distraer el gasto en la seguridad social, y los patrones no pueden tolerar graves impactos económicos. Por ello, el trabajador, a partir de su propio ahorro, sufraga su seguridad social y su jubilación. Debe reconocerse que la mejor forma de acceder a los satisfactores es a través del mercado, y si este provee los seguros que el Estado ofrece a título de seguridad social, entonces debe permitirse a los agentes privados ofrecer, en sustitución del Estado, estos servicios. La ventaja es que las empresas podrán competir libremente y ofrecer las mejores condiciones a los trabajadores, quienes, también en libertad, elegirán de entre ellos la oferta óptima.

Estos solo son algunos ejemplos del cambio de perspectiva. Repito, la gobernanza no niega la obligación que tiene el Estado de garantizar los Desc; simplemente modifica los esquemas a partir de los cuales los gobernados pueden acceder a los mismos y maximizar los recursos públicos en otras tareas. Así, el conflicto por los Desc ya no tendrá como partes al gobernado y al Estado, sino a los propios particulares; el derecho público ya no se interesará por resolver problemas diferentes a la seguridad pública o nacional; el derecho privado asumirá un rol preponderante en el conflicto. El objetivo del Estado es procurar una mayor participación de las empresas para ofertar a los Desc a través del mercado, es decir, democratizando la oportunidad de satisfacerlos.

IV. EL COSMOPOLITISMO

El cosmopolitismo, postura contestataria a la gobernanza neoliberal, es teorizada por el sociólogo portugués Boaventura de Souza Santos, quien niega las supuestas bondades de la gobernanza neoliberal antes apuntada. Desglosemos algunos de sus argumentos.

La toma de las decisiones en los Estados contemporáneos se efectúa mediante los estándares fijados en la democracia liberal de Occidente, a través de los mecanismos formalmente democráticos: elecciones libres y periódicas, autoridad electoral independiente, pluralidad de partidos políticos, medios de impugnación de las decisiones político-electorales, etcétera.

La Constitución es fuente de toda legitimidad (o de validez, en Luigi Ferrajoli), pues expresa la voluntad política de la mayoría de la población, tanto formal —quién decide y qué proceso emplea para decidir— como sustantiva —qué se decide—. La decisión democrática expresada en los derechos fundamentales contiene reglas y principios insoslayables. Los fines políticos que cumple el Estado se justifican en tanto sirvan para alcanzar a los derechos fundamentales que la democracia sustancial ha postulado.²¹ La democracia es valiosa, porque universaliza los derechos fundamentales. Como consecuencia de lo anterior, tenemos lo siguiente:

- Los derechos humanos están supraordenados al derecho positivo; es decir, no son producto exclusivo de la positivización, porque existen antes del proceso codificador;
- No son válidos ni inválidos, ya que existen como parte de sistemas normativos no jurídicos, que carecen, a su vez, de sistemas formales de reconocimiento;
- Son la fuente de legitimidad del derecho, al constituir su límite sustantivo;
- No tienen una jerarquía interna previamente establecida;
- Son indisponibles e irreformables por medios legítimos, por lo que su rigidez es absoluta.

¿Cómo se toman las decisiones en el mundo contemporáneo? A través de los mecanismos de la democracia liberal y representativa, única forma válida de organización política, según el consenso occidental,²² pero hay varias objeciones:

...¿dónde están los problemas de la democracia representativa? El primer problema es que la democracia representativa liberal surge con el capitalismo y se basa en la idea de dos mercados: el mercado económico, donde se cambian valores que tienen precio; y hay un mercado político de las ideas e ideologías, donde se cambian valores que no tienen precio económico, y la democracia

²¹ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel (comps.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, México, Trotta-UNAM, 2005, pp. 147-158.

²² “...no hay una sino varias concepciones de democracia, lo que me parece más intrigante es que los últimos 20 años perdemos una serie de concepciones de democracia que existían, las democracias desarrollistas, las democracias populares del los países del este, las democracias liberales representativas. Hoy en día parece que hay simplemente un concepto de democracia: la democracia liberal representativa...”. De Sousa Santos, Boaventura, *Globalización y democracia*, en <http://www.fsmt.org.co/ponencias2.htm?x=20509, passim> (15 de junio de 2008).

es de alguna manera esta tensión entre el mercado económico y el político, en el económico los empresarios luchan por controlar los trabajadores como ciudadanos y como consumidores; en el mercado político, es el control de la vida ciudadana por las ideas.

[segundo problema] ...esta idea de mercado económico es muy importante porque hay una segunda idea: que los ciudadanos en la democracia representativa no hacen decisiones políticas, sino que eligen los decisores políticos...

[tercer problema] ...esta democracia es una razón política formal, de procedimientos...

[cuarto problema] ...que es monocultural, es decir, no acepta criterios multiculturales de democracia...²³

El primer punto alude a la materialidad y a la hegemonía; es decir, a relaciones de producción y reproducción de esas relaciones de producción. Esto significa que existen, de acuerdo con De Souza, un mercado estrechamente económico de bienes tangibles, cuya finalidad es la plusvalía, y, por otro lado, un mercado ideológico que sostiene, justifica y reproduce al sistema político que allana el derrotero económico. Esto no es más que la tesis marxista de estructura económica y superestructura jurídico-política. En efecto, el mercado o sistema económico es el que determina las condiciones de este mercado político; esto significa que la arena política no es independiente de los designios económicos, porque aquella sirve para los propósitos de esta, en tanto que barbecha el terreno social para el cultivo de las relaciones de producción capitalistas. Aparatos ideológicos, a decir de Althusser.

En la democracia liberal, los ciudadanos —participantes del juego político— escogen en el Estado-mercado una serie de satisfactores a sus necesidades mediante la elección que se practica cada cierto tiempo; así, escogen el partido *a* que oferta un proyecto *a* que satisfará la necesidad *b*. Por su parte, el mercado económico no tiene problema alguno con ello, siempre y cuando la oferta del proyecto *a* no sustraiga de su control la necesidad *b*; esto es, no sustraiga de la libre competencia la oferta del capitalista. De lo contrario, se estaría alterando una regla básica del capitalismo: la superestructura jurídico-política no debe estorbar en las relaciones de producción.

Lo óptimo es, por el contrario, que el Estado coadyuve, mediante las ideas y en última instancia por la fuerza, a potenciar la reproducción de los medios de producción a favor del capitalista. Las democracias liberales, por la fórmula *laissez-faire, laissez-paser*, abonan a este propósito.

²³ *Idem.*

En el segundo punto encontramos al grave problema de la legitimidad que las democracias occidentales no terminan por dirimir. Me refiero a que nuestras democracias se fundan, en absoluto, en la representatividad; es decir, que el papel de los ciudadanos consiste en elegir a aquellas personas que decidirán el futuro de los electores. La decisión última no recae en el ciudadano, ya que este se limita a señalar, en una boleta, si considera más o menos pertinente a *x* o *y*, en el entendido, incluso, que esa *x* o *y* ni siquiera fueron planteadas por él. Esto significa que el ciudadano no se formula a sí mismo las preguntas fundamentales, sino que *alguien más* las plantea por él, y no solo esto: el ciudadano tampoco resuelve las disyuntivas por sí, sino que *delega a alguien* el poder de decisión. Esto se ha denominado como la crisis de representatividad “...gran parte de la llamada crisis de los partidos tiene que ver con la actual debilidad de su función socializadora, pues ello se interpreta como una incapacidad para vincularse con las aspiraciones y los intereses de la sociedad”.²⁴

Una consecuencia de este punto es el tercer problema, ya que si el sistema político no resuelve los problemas sustantivos —estos pertenecen a la economía— entonces su contenido solo dirime aspectos de mera formalidad. Y finalmente, tenemos la cerrazón occidental de aceptar la posibilidad de caminos distintos a las maneras tradicionales de entender la política, descalificándolas como formas tropicales o rústicas de hacer las cosas que no pasan por el civilizado, comprobado el infalible modo que se tiene en Occidente de hacer política de *la manera correcta*.

Pero no nos perdamos. Las razones de los actos políticos sirven para los propósitos de la estructura económica. Permiten a esta desarrollarse de una forma más plena, pero también *políticamente correcta* a los ojos de los ciudadanos.

Entonces tenemos aquí un gobierno indirecto en que grupos económicos ejercen poder político en nombre del Estado. El Estado dice que los regula, pero el Estado es regente de esos intereses, y por eso, a la vez de regular, es regulado por ellos. En esta medida pasan dos cosas: primero, muchas de las importantes decisiones que afectan a los ciudadanos no pasan por el Parlamento, no pasan por los partidos, sino que pasan por otras acciones de estos actores directos a través de las instituciones del Estado. Por otro lado, controlan las decisiones de los partidos políticos siempre que pueden.²⁵

²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Partidos políticos y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, sin fecha, hipertexto.

²⁵ De Sousa Santos, *Globalización...*, cit.

¿Consecuencia natural del adelgazamiento del Estado? Por supuesto, esa reducción del Estado es obra de los grandes capitalistas, que, al conseguir la disminución del ámbito estatal, desactivan la importancia política de la ciudadanía, y también expanden su control económico a ámbitos que antes no eran mercantiles. Esta desmitificación del Estado es fundamental para comprender que el aparato de Estado no funciona en paralelo al sistema económico, sino que le sirve a este como parte de su estructura socio-política. Aquí viene a cuento el argumento de la gobernanza, que exige la entrada de la gran empresa como mejor promotor de los Desc. Si el Estado abandona este rubro, el espacio es ocupado directamente por los capitalistas, que crearán un mercado donde antes no existía.

¿Por qué se dice que son soluciones hegemónicas? Porque la democracia liberal representativa, que se presenta como única válida, encubre una forma de explotación:

...otro debate se articulaba al de los requisitos estructurales de la democracia, el relacionado con las virtualidades redistributivas de aquella. Tal debate partía del presupuesto de que al tiempo que ciertos países ganaban la batalla por la democracia, éstos pasaban a usufructuar, junto con la forma de gobierno, de una cierta propensión distributiva caracterizada por la llegada de la social democracia al poder (...) Habría, por lo tanto, una tensión entre capitalismo y democracia, la cual, una vez resuelta a favor de la democracia, colocaría límites a la propiedad y redundaría en ganancias redistributivas para los sectores sociales desfavorecidos. Los marxistas, por su parte, entendían que esta solución exigía la descaracterización total de la democracia, una vez que en las sociedades capitalistas no era posible democratizar la relación fundamental en la que descansaba la producción material, la relación entre capital y trabajo.²⁶

El presupuesto de la pertinencia de la democracia partió, entonces, de un presupuesto falso: la democracia política puede democratizar los beneficios económicos. Es decir, la democracia podría no solo repartir equitativamente el poder, sino que también obraría en el reparto de los beneficios económicos generados por los capitalistas. Tristemente, el destino dio cuenta de la equivocación del diagnóstico.

La consecuencia directa del anterior argumento es que la democracia liberal sirve a intereses de clases, es decir, la gobernanza neoliberal carece de una legítima base social, porque, en los hechos, solo reconoce a ciertos

²⁶ De Sousa Santos, Boaventura, *Democracia de alta intensidad, apuntes para democratizar la democracia*, trad. Martha Cecilia Herrera, Corte Nacional Electoral de Bolivia, 2004, p. 10.

agentes —no a todos— como representantes sociales, excluyendo, a través de sus propios procesos de legitimización, a los actores que no pertenecen a las élites del Estado. Los actores subalternos no son reconocidos como interlocutores válidos, y terminan siendo excluidos del sistema legal hegemónico.

Consecuentemente, el Estado deslegitima a ciertos actores, pero, su repentina legitimación, legitima a otros desde el momento en que los incluye como decisores en el poder formal e informal.²⁷ Las fuerzas sociales progresistas tienen un papel estrictamente marginal, porque no son reconocidas como interlocutores válidos, y la movilización es el único camino para hacer escuchar frente a la hegemonía.

La exclusión en la toma de decisiones genera tensión social y crisis de representatividad,²⁸ que degenera en:

- La pérdida de la importancia de la ciudadanía, y
- La mercantilización de las relaciones entre los gobernados.

La gobernanza ha importado nuevas formas de opresión que no distinguen clases sociales y sobrepasan las fronteras económicas de las relaciones de producción. Estos son problemas universales: la guerra, la polución, el machismo, el racismo, el productivismo...²⁹ Esta problemática no surgió sino hasta finales del siglo XX. ¿Qué factores les dieron lugar? La causa más importante son las concentraciones de la riqueza y la producción surgidas a partir del inmenso tamaño y peso de los actores económicos, que degeneró en el estancamiento de uno de los factores de la producción: el trabajo. Esto significa que si antes los trabajadores tenían una relativa libertad para contratarse con el capitalista que más ventajas les ofreciera, ahora esta situación se ha estrechado sobremanera, resultando ahora más difícil que los trabajadores escojan entre diversos capitalistas, porque no existen muchas opciones: el desarrollo capitalista ha destruido a los competidores y ha degenerado en fenómenos de concentración económica, monopolios u oligopolios, que hacen imposible o difícil la movilidad de los factores de la producción.

Este colapso de expectativas es el colapso de la sociedad misma, el colapso del contrato social, es el contrato de las poblaciones desechables, son procesos de exclusión irreversibles. La gente deja de ser ciudadana, y es el paso de la sociedad civil a los que yo llamo sociedad incivil: tanta gente que vive con

²⁷ De Souza Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, trad. Carlos Morales, México, Anthropos-UAM, 2007, pp. 37 y ss.

²⁸ De Sousa Santos, *Globalización y democracia*, cit. nota 22, *passim*.

²⁹ De Sousa Santos, Boaventura, *Los nuevos movimientos sociales*, Bogotá, OSAL, 2001, p. 178.

desigualdad y donde hay un colapso total de expectativas porque están totalmente dependientes de fuerzas poderosas sobre las cuales no tienen ningún control. Esta capacidad que los poderosos tienen de veto sobre la vida de los débiles y los vulnerables, permite que emerja en nuestras sociedades un fenómeno que he llamado el facismo (sic) social. No es un régimen político: es un régimen social, una forma de sociabilidad...³⁰

¿Por qué hay un colapso social? Porque en su momento histórico la dinámica de los factores de producción generó movilidad, que hicieron posible un relativo ascenso social. Esto coadyuvó a la existencia del individualismo como bandera política y el consecuente reclamo de la ciudadanía como una calidad o estatus que permitía acceder a los clásicos derechos civiles y políticos.

El actual estancamiento del capital como factor de producción clausuró la necesidad e importancia de ser ciudadano para tener una mejor calidad de vida, porque ya no era posible ascender en la escala social; es decir, si de nada sirve tener derechos civiles y políticos ¿para qué pugnar por ellos? Esto es, ¿qué utilidad tiene ser ciudadano?

Al inicio, el contrato social era muy excluyente pero los trabajadores lucharon para tener Derechos y el trabajo era un motor de ciudadanía. Hoy en día, este motor se quedó dentro del marco de la sociedad y la economía nacional, y la economía globalizada ha hecho una cosa muy sencilla: el trabajo es un recurso global, pero no hay un mercado global de trabajo, entonces el trabajo dejó de ser un motor de ciudadanía.³¹

Pero no es ese el único problema. Es posible identificar que las relaciones mercantiles entre los gobernados se han potenciado ante la retirada del Estado como garante de varios satisfactores. Durante el auge del Estado de bienestar este proveyó a los ciudadanos de los medios para allegarse de salud o educación, por ejemplo, sin necesidad de adquirirlos en calidad de mercancía. Debido al desarrollo del capitalismo, este exigió que el Estado redujera su área de influencia social y cediera estos lugares a los capitalistas, permitiéndoles la venta de estos satisfactores.³²

³⁰ De Sousa Santos, *Globalización y democracia*, cit. nota 22, *passim*.

³¹ *Idem*.

³² "...el Estado ha empezado, a través de la lucha de los obreros, de las mujeres de las clases populares, a crear interacciones no mercantiles entre los ciudadanos. Si estoy enfermo, una de dos: si tengo dinero voy al médico; si no, tengo dos opciones: si hay un sistema público, voy al sistema, o si no hay, me muero. Pero la idea es que en la salud, como en la educación, el Estado creó la posibilidad de una interacción no mercantil entre ciudadanos.

Finalmente, el principio del Estado, que en el período del capitalismo organizado funcionaba mucho más como la plataforma estructurada para la actuación, tanto del principio del mercado como del principio de la comunidad, ahora parece batirse en retirada como si sólo estuviera capacitado para un papel secundario frente a los otros dos principios.³³

El cosmopolitismo impulsa el reconocimiento y la adopción de otras formas de democracia: pluriculturales de alta intensidad por la calidad de sus decisiones las cuales no solo amplían la gama de electores —en el aspecto formal—, sino que también abren el abanico en la toma de decisiones fundamentales. Esto conduce a la democratización de los contenidos sustantivos del derecho por el reconocimiento de la pluralidad social en su formación. Ferrajoli ya lo había planteado:

Hacer verdadera la democracia (...) Y esto significa, a su vez, dos cosas (...) [primero] reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales (...) [segundo] tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de status...³⁴

Entonces, la propuesta del cosmopolitismo va en dos sentidos:

- Un renovado concepto de la representatividad, y
- El reconocimiento de la multiculturalidad en las sociedades.

Así, la apuesta contrahegemónica³⁵ tiene estas premisas fundamentales, que se derivan de los sentidos apuntados:

- a) La globalización neoliberal ha impuesto novedosas formas de fronteras interestatales excluyendo a los inmigrantes del estatus de ciudadano, impulsando intercambios comerciales ventajosos y no equitativos para alguna de las partes, etcétera. El cosmopolitismo pretende superar estas barreras a través del uso de los derechos fundamentales, del anticolonialismo de los movimientos sociales trasnacionales;

Si estoy enfermo hay un sistema de salud que no me obliga a ir al mercado de los servicios médicos. El Estado fue el gran agente de creaciones de interacciones no mercantiles. Pero desde los años 80, la globalización neoliberal ha invertido totalmente esto". De Sousa Santos, *Globalización y democracia*, cit., nota 22.

³³ De Sousa Santos, Boaventura, "La transición postmoderna: derecho y política", trad. María José Añón Roig, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 239 y 240.

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 31 y 32.

³⁵ De Souza Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, cit. nota 26, *passim*.

- b) La hegemonía ha promovido subrepticiamente visiones unívocas propias del liberalismo del Norte-Occidente; es decir, propone como válidas a la política y a la economía liberales. El cosmopolitismo intenta redarguir esto mediante el impulso de interpretaciones contestatarias;
- c) La gobernanza neoliberal es un proyecto creado desde arriba; es decir, diseñado desde las élites en el poder, que en el fondo potencian condiciones de intolerancia, discriminación, miseria, no ciudadanía, explotación económica, opresión étnica, religiosa, etcétera. Desde su trinchera, el cosmopolitismo busca la inclusión social y la derrota de los proyectos desde arriba, adoptando la perspectiva de la víctima, que lucha por la insurrección.

El movimiento contrahegemónico que se explica desde el cosmopolitismo nació como un conjunto de esfuerzos más o menos organizados como respuesta a la globalización hegemónica, representada, en su oportunidad, por la Conferencia de la Organización Mundial del Comercio, celebrada en Seattle, Estados Unidos, en 1999.³⁶ Uno de sus esfuerzos más notorios lo representa el Foro Social Mundial, nacido en 2001,³⁷ que aglutina a toda una serie de movimientos globales contrahegemónicos. Puede decirse que la mayoría de estos esfuerzos luchan por establecer en las agendas nacionales e internacionales sus demandas contra la globalización neoliberal a través de reformas legales que, precisamente, desde abajo, modifiquen las condiciones que excluyen del desarrollo y de la toma de decisiones a grandes sectores de la población. Estos esfuerzos también se valen de lo que se conoce como *uso alternativo del derecho*, que, dependiendo del caso, tiene como objetivo poner en práctica al uso contrahegemónico de los instrumentos legales disponibles.

Este *uso alternativo del derecho* se aprovecha de que la globalización neoliberal es relativamente permeable, porque no cuenta con base social que le deje oponer un frente homogéneo (hay muchos actores y, por tanto, frentes hegemónicos dispersos), lo que permite a los actores subalternos implemen-

³⁶ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min99_s/min99_s.htm (1 de junio de 2008).

³⁷ Su Carta de principios señala textualmente: “El Foro Social Mundial es un espacio abierto de encuentro para: intensificar la reflexión, realizar un debate democrático de ideas, elaborar propuestas, establecer un libre intercambio de experiencias y articular acciones eficaces por parte de las entidades y los movimientos de la sociedad civil que se opongan al neoliberalismo y al dominio del mundo por el capital o por cualquier forma de imperialismo y, también, empeñados en la construcción de una sociedad planetaria orientada hacia una relación fecunda entre los seres humanos y de estos con la Tierra”, en <http://www.forumsocialmundial.org.br/> (1 de junio de 2008).

tar, con cierto éxito, estrategias contrahegemónicas que promuevan beneficios legales. Por eso, buena parte de la acción política apuesta a que la estructura jurídica puede cambiar por la fuerza de la resistencia de las fuerzas contrahegemónicas.

En consecuencia, el cosmopolitismo no solo es una propuesta de interpretación, sino que también es, fundamentalmente, una vía de acción política que gira alrededor de estos ejes:

1. La construcción del derecho se hace mediante la movilización política y el uso de vías legales, no legales, e incluso ilegales, para su construcción, ya que se reconoce que la evolución jurídica no puede obrar únicamente a través de los medios institucionalizados;
2. La innovación jurídica debe ir más allá del alcance de los derechos liberales de autonomía individual e incorporar derechos de titularidad social (derechos colectivos), motivo por el cual la concepción del derecho debe comprender a un mayor número de actores, lo que se consigue a través de la movilidad política y social, que obligue al poder hegemónico a respetar y reconocer estas potestades;
3. La operación contrahegemónica se efectúa en todas las escalas: movilización regional, nacional y local; en todos los ámbitos donde reine el poder hegemónico.

Un punto importante lo constituye la llamada *sociología de lo emergente*, propuesta por De Souza, que intenta contrarrestar la concepción hegemónica de la sociedad a través de la identificación de las acciones que hagan frente a la hegemonía, exitosas o no, aventurando una explicación del posible futuro y evitando desacreditar cualquier opción de lucha contrahegemónica.

Las áreas³⁸ particularmente intensas de confrontación entre hegemonía y contrahegemonía son las siguientes:

- La economía global se funda en el individualismo y en los esfuerzos limitados a obtener beneficios particulares. La lucha contrahegemónica pretende impulsar la construcción de una economía global basada en la solidaridad;
- La construcción jurídica hegemónica es eminentemente institucional y excluye la posibilidad de cambios que obren fuera de los procedimientos formalmente reconocidos; de la misma forma, el régimen jurídico se limita a impulsar políticas libres de influencia y de compromisos internacionales en lo sustantivo. La contrahegemonía

³⁸ De Souza Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, cit. nota 26, pp. 7-22.

impulsa reformas legales que deben gestarse desde abajo por actores no institucionalizados, y consolida un régimen internacional de derechos humanos de carácter multicultural y cosmopolita;

- La hegemonía funda su constitución política en la democracia representativa liberal, que supone que los beneficios corresponderán a los participantes, pero, por definición, en la democracia representativa la intervención popular se limita a seleccionar a estos participantes. Para la contrahegemonía, la democracia debe radicalizarse mediante el establecimiento de fórmulas participativas.

En el ámbito económico, la contrahegemonía pugna por construir una economía de solidaridad fundada en los principios de sostenibilidad ambiental; protección de los derechos laborales contra las pretensiones globalizadoras; un comercio justo entre el Norte y el Sur; lucha contra la exclusión de los inmigrantes, y, sobre todo, en que lo más importante no es maximizar los beneficios económicos que ponderan los agentes económicos, sino ejercer el comercio con sentido social.

En el aspecto jurídico, pretende diseñar un sistema internacional de derechos humanos que tenga como base el reconocimiento de la multiculturalidad; es decir, la tutela de la igualdad, al tiempo que se reconoce la diferencia; la titularidad colectiva de los derechos y la inclusión de la naturaleza como objeto de tutela jurídica; la oposición a que los Estados nacionales sean los únicos actores en los procesos de aplicación y construcción de los derechos fundamentales; aceptar que la necesidad de romper las naturales resistencias al cambio obligan a adoptar estrategias y movilización políticas y no jurídicas, aun cuando estas primeras comprendan componentes jurídicos, reconociendo que el entendimiento del derecho no se agota en lo que se ha denominado el saber jurídico profesional certificado por el Estado.³⁹

En cuanto a lo político, se habla de reformular la concepción de democracia, puesto que la crisis de la representación y participación ha generado una tensión entre capitalismo y democracia, que debe llevar a nuevos contratos sociales más incluyentes y justos. Por su parte, aun cuando el Estado puede ser considerado en varias ocasiones como un enemigo, la contrahegemonía adopta una postura pragmática, ya que reconoce que en ocasiones su funcionamiento puede resultar favorable a los intereses de los desprotegidos. La contrahegemonía no tiene como aspiración la toma del poder, sino cambiar las formas en que este se ejerce, y modificar así su relación con la sociedad y con los actores dominantes.

³⁹ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

También lucha por contrarrestar la apuesta de la hegemonía, que es arribar al gobierno indirecto, definido como aquel que generan “actores económicos poderosos que detentan un enorme control sobre los recursos vitales esenciales para las personas sin estar sometidos a ningún tipo de responsabilidad ante la sociedad...”;⁴⁰ esto es, una autoridad compartida de manera horizontalmente; ahora, cuando el Estado llega a intervenir para regular a los actores económicos, lo hace por la presión política que ejercen otros actores externos (ya sean de alto o bajo perfil); por eso, resulta falso que cuando interviene, lo haga por decisión propia, ya que en realidad lo que hace es abogar a favor de los intereses de dichos actores.

Mi tesis es que en las condiciones objetivas de nuestro tiempo es posible crear una democracia de alta intensidad, combinando y articulando en una complementariedad confrontacional y creativa, la democracia representativa y la democracia participativa. (...) cuál es la distinción entre democracia participativa y democracia representativa. En la democracia representativa los ciudadanos eligen los decisores políticos, en la democracia participativa los ciudadanos deciden las decisiones políticas. Pero no se debe polarizar demasiado esta distinción (...) Primero: En la democracia representativa también hay representación (...) Segundo, los partidos son en muchos países una forma importante de asociación. Pero no son la única (...) Entonces, lo más importante es ampliar la agenda política, y esto no puede venir desde dentro del Estado, porque el Estado está atrapado en su propia estructura, hay que traerlo desde afuera, y ese afuera, a mi juicio, es el de la democracia participativa.⁴¹

V. CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales definen el entramado jurídico del Estado constitucional porque no solo constituyen límites para los actos de la autoridad, sino que también contienen mandatos positivos en los rubros económicos, sociales y culturales. Este conjunto de derechos fundamentales sobrepasa las fronteras políticas del Estado nacional por motivos convencionales, pero también por motivos empíricos, ya que, independientemente del alcance de la competencia del Estado y la justificación intrínseca de los derechos, se ha reconocido que los mismos provienen de un cierto consenso generalizado en la sociedad que les ha otorgado un valor ético.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁴¹ De Sousa Santos, *Globalización y democracia, cit.*, nota 22, *passim*.

El problema formal de la garantía de los derechos; es decir, la tutela de los mismos, ha encontrado un valladar difícil de traspasar a partir de la crisis económica del Estado de bienestar, por lo que las alternativas de solución, amén de ser técnicas, son fundamentalmente políticas.

La gobernanza justifica el abandono estatal en la procura de los derechos fundamentales a partir de la idea de que esa no es su misión, ya que antes de realizar labores de igualación positiva debe impulsar las posibilidades de los agentes económicos en la satisfacción privada de las necesidades colectivas. Enfrente, el cosmopolitismo desenmascara esa forma de hacer las cosas y propone el cambio de paradigma a fin de que el Estado acoja de nueva cuenta sus obligaciones originales.

Resulta de la mayor trascendencia la perspectiva que tiene el cosmopolitismo de los actos que impulsa la gobernanza. En primer lugar, reconoce el papel preeminente de la economía en las decisiones políticas del neoliberalismo; en contrapartida, la postura contrahegemónica no reconoce la igualdad formal de todos los actores de la sociedad, sino que por el contrario, denuncia que la política hegemónica excluye veladamente a los actores más desprotegidos en la toma de las decisiones. En segundo lugar, denuncia la falta de legitimidad democrática en la hegemonía, ya que la exclusión de segmentos sociales marginados acarrea una distorsión política: no todos encuentran representación en el poder público, porque está cancelada la posibilidad de acceder a él. En tercer lugar, el sistema representativo carece de instrumentos eficaces que compartan las decisiones con los electores, generando una concentración en el poder político.

Estos actos, impulsados desde la gobernanza, sirven para propósitos económicos. El primero de ellos es que la exclusión de actores sociales genera el acaparamiento de la propiedad de los medios de producción en pocas manos. En añadidura, esas pocas manos no pertenecen a la estructura estatal, sino a los actores hegemónicos privados, que colocan en el poder público sus intereses, ya sea directamente o mediante actores políticos reconocidos; por ejemplo, los partidos políticos. Una vez secuestrado el poder, las decisiones favorecerán al grupo dominante. La conclusión está a la vista: las políticas económicas favorecen la mercantilización y la pérdida de importancia de la ciudadanía.

El cosmopolitismo intenta poner freno y revertir una situación generalizada de desdén y desprecio a los olvidados por la hegemonía. Su interpretación y vías de acción política prometen generar condiciones que permitan, al menos embrionario, escuchar las voces desde abajo.

VI. RELACIÓN DE FUENTES

1. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000.

CERRONI, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, trad. Arnaldo Córdova, México, Grijalbo, 1975.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Partidos políticos y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, sin fecha, hipertexto.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Los nuevos movimientos sociales*, Bogotá, OSAL, septiembre 2001.

_____ y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, trad. Carlos Morales, México, Anthropos-UAM, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

GARCÍA COTARELO, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado de malestar (la crisis el Estado social y el problema de legitimidad)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL, Miguel (comps.), *Garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, México, Trotta-UNAM, 2005.

LYON-CAEN, Gérard, “Informe de síntesis”, *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*, Madrid, Esade-Facultad de Derecho, 1996.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas de bienestar un estudio sobre los derechos sociales*, pról. Manuel Calvo García, Madrid, Tecnos-Universidad de La Rioja, 1998.

NAVARRO, Vicenç, *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 1997.

PICÓ, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*, México, Siglo XXI, 1987.

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, vol. 1, Barcelona, Folio, 1996.

2. Artículos en revistas científicas

CABO MARTÍN, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado Social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “La transición postmoderna: derecho y política”, trad. María José Añón Roig, *Doxa*, 6, 1989.

—, “Democracia de alta intensidad, apuntes para democratizar la democracia”, *Cuadernos de Diálogo y Deliberación*, trad. Martha Cecilia Herrera, Corte Nacional Electoral de Bolivia, 2004.

3. *Artículos periodísticos*

FUENTES, Mario Luis, “Estado, mercado y adultos mayores”, *Milenio Diario*, 23 de septiembre de 2005, p. 20.

FUNDACIÓN ESTE PAÍS, “¿Libres para elegir?”, *Este País*, México, marzo de 2005, p. 62.

4. *Otras fuentes*

BEVERIDGE, William, *Social and Allied Services (The Beveridge Report)*, 1942, en <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html> (15 de junio de 2008).

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Globalización y democracia*, en <http://www.fsmt.org.co/ponencias2.htm?x=20509> (15 de junio de 2008)

ROSA DE LEÓN, Héctor Iván de la y GONZÁLEZ LARA, José María, *Ciclos económicos*, en http://www.vanguardia.com.mx/diario/noticia/semanario/coahuila/ciclos_economicos/186162 (30 de junio de 2008)

WILLIAMSON, John, *A Short History of the Washington Consensus*, en <http://www.iiie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> (15 de junio de 2008).

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO MEXICANO PARA EL CASO DE ERROR JUDICIAL

José Fernando VÁZQUEZ AVEDILLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. III. *El sistema de responsabilidad patrimonial en México*. IV. *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al sistema de responsabilidad patrimonial mexicano: el caso por fallo judicial*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes bibliográficas, hemerográficas y electrónicas*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que el derecho internacional sigue enfrentando en la actualidad es el relativo a su aplicación, de manera particular el aspecto relacionado con el enfrentamiento que este tiene frente a normas jurídicas locales.

El desconocimiento o el temor han sido la divisa que ha caracterizado la falta de aplicación de disposiciones provenientes de instrumentos internacionales, cuya finalidad ha sido la búsqueda de una mayor integración de los pueblos en el concierto de las naciones, sobre todo ahora que las comunicaciones han terminado por romper las barreras del tiempo y el espacio.

Hoy más que nunca, en que las fronteras de los países están siendo rebasadas por mecanismos mercantilistas y, sobre todo, por el desarrollo de las comunicaciones y la tecnología, es necesario retomar el principio *pacta sunt servanda*,¹ pensado bien como un medio de mejor convivencia entre quienes ocupamos un espacio en este mundo globalizado.

¹ En materia internacional se señala que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales

Es así que aparece en el escenario un sistema mediante el cual el Estado mexicano debe enfrentar la responsabilidad patrimonial por el despliegue de conductas irregulares; sin embargo, la ley no dejó muy claro lo relacionado con la actuación del Poder Judicial; no obstante, es el propio derecho internacional el que facilita una solución a tal inconveniente, estableciendo la vía para resolver dicho problema, tal y como se mostrará en el desarrollo del presente trabajo.

II. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento internacional suscrito en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo con el artículo 74.2 de la propia Convención, cuyo depositario es la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, establece de manera significativa que los Estados miembros de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Del mismo modo, señala que si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacerlos efectivos; para tal efecto se establecieron como medios de protección de los derechos y libertades, dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

México se adhirió a esta Convención el 2 de marzo de 1981, a pesar de que fuera suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, para lo cual realizó los siguientes señalamientos:

o entre Organizaciones Internacionales de 1986). Esta consigna, acuñada en épocas de la antigua Roma y según la cual “los pactos deben honrarse”, es una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma.

DECLARACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62,1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

(Firmado el 16 de diciembre de 1998)

(Declaraciones interpretativas y reserva hechas al ratificar la Convención)

El instrumento de adhesión se recibió en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas y una reserva. Tal reserva se notificó conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. El plazo de 12 meses desde la notificación de la misma se cumplió el 2 de abril de 1982, sin objeciones.

El texto de las declaraciones y reserva es el siguiente:

Declaraciones Interpretativas:

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

Reserva:

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

Con fecha 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo en los siguientes términos:

Declaración interpretativa:

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión “en general” usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Reserva:

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros tratados sobre esta temática respecto de los cuales México es parte, contienen principios, garantías individuales y derechos fundamentales que definen con mayor amplitud que la Constitución muchos derechos individuales previstos en ella.

Del mismo modo, se aprecia que México reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, circunstancia que se aprecia en forma directa en el texto del artículo 2o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.³

Ahora bien, como se dejó claro desde un principio, ha existido una renuencia a la aplicabilidad de ese instrumento internacional frente a disposiciones de naturaleza federal en México. En este sentido, el propio texto

² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#México>:

³ “ARTÍCULO 2. Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado Mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones.

La aceptación y cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior, en su caso, deberá llevarse a cabo por el ente público federal que haya sido declarado responsable; lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda”.

constitucional establece lineamientos específicos para la resolución de este tipo de conflictos.

De acuerdo con el artículo 133 constitucional, la Constitución y las leyes que de ella emanen, así como los tratados internacionales apegados a la misma,⁴ serán la ley suprema en todo el país.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.⁵

Derivado de lo anterior, es dable decir, tal y como reza el texto constitucional, que los tratados internacionales celebrados por México, ratificados por el Senado de la República⁶ y publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, tienen el carácter de ley suprema en el país, y por lo tanto resulta obligatoria su aplicación; es decir, son fuente del derecho mexicano.

Ahora bien, los tratados internacionales enfrentan en su aplicación un problema por cuanto ve el nivel jerárquico de estos frente a las leyes emanadas del Congreso de la Unión; sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de señalar que los tratados se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes federales, circunstancia que nos ayuda a resolver el problema que enfrenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental,

⁴ Los tratados deben ser celebrados por el presidente de la República, y deben contar con la aprobación del Senado.

⁵ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ De conformidad con la fracción I del artículo 76 constitucional.

lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”⁷

En ese sentido, el reconocimiento de la Corte supone tomar todas las medidas necesarias para remover obstáculos que pudieran existir para que

⁷ Tesis aislada con número de registro P. LXXVII/99, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Novena Época, visible en la página 46 del tomo X, noviembre de 1999, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos por la Convención, incluyendo la invocación del propio derecho interno como excusa para la no aplicación del contenido de la Convención, circunstancia que cobra sentido con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969),⁸ en donde se codifica un principio básico del derecho internacional, en el sentido de advertir que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Es así que resultaría significativa la aplicación directa de la Convención Americana en el ordenamiento interno de México a través de la aplicación que hagan tanto los jueces, los magistrados federales y estatales, como los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a casos concretos.

Respecto del tópico de nuestra investigación, resulta procedente hacer mención sobre las disposiciones previstas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, ya que son aplicables directamente a cualquier proceso o procedimiento.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁹

⁸ El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁹ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Como se aprecia del texto trascrito, no se trata solo de proclamar derechos fundamentales de la persona o de protegerlos, sino de la obligación del Estado de respetarlos y de adoptar aquellos instrumentos pertinentes para lograr su plena efectividad.

Para lograr su cometido, el derecho internacional dispone que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, circunstancia que constituye un principio básico de convivencia en el concierto de las naciones. En ese tenor, la Convención Americana no es la excepción, y establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, con el fin de garantizar los derechos en ella consagrados.

Por todo lo anterior, es dable precisar que el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una parte del sistema jurídico interno de cada país, y en tal circunstancia, es plenamente operativo y de aplicación obligatoria para los Estados parte de la Convención, y puede ser invocado por cualquier persona que se encuentre en el supuesto jurídico y ante cualquier autoridad competente.

En ese sentido, la Convención señala lo siguiente:

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

III. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MÉXICO

Para comprender el alcance del tema “responsabilidad” en el marco constitucional mexicano, es preciso partir de lo que se entiende por función pública; es decir, aquel conjunto de actividades realizadas por los trabajadores al servicio del Estado, implicando ello un vínculo o relación laboral entre el Estado y quien presta la función.¹⁰

Partiendo de lo anterior, es válido señalar que en México, la Constitución contiene disposiciones relativas a los tipos de responsabilidades en los

¹⁰ En este sentido, no debe olvidarse lo que la propia Constitución señala respecto de lo que debe entenderse por servidor público: “Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones...”.

que pueden incurrir los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, mismas que pueden ser de carácter civil, administrativo, político y penal.

Cuando se utiliza la palabra “responsabilidad”, se está haciendo referencia a una obligación de pagar las consecuencias de un acto; es decir, responder por una conducta realizada.

Constitucionalmente, la base en materia de responsabilidad de servidores públicos se encuentra en el título cuarto de la propia Constitución federal, tal y como lo señalaron las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982; esta temática se ubica entre los artículos 108 a 114 constitucionales.

De acuerdo con los artículos antes mencionados, el sistema de responsabilidades en México se conforma de dos maneras:

Una relativa a los servidores públicos, la cual se subdivide en

- a) La responsabilidad civil de los servidores públicos se refiere a aquellos actos que con motivo de su cargo causen algún daño al propio Estado o a los particulares, manifestándose con la obligación de la reparación o indemnización.
- b) La responsabilidad penal¹¹ deriva de la comisión de algún delito que se encuentre sancionado por la ley penal, y será aplicable solo después de una declaración de procedencia.¹²
- c) La responsabilidad administrativa¹³ se da cuando algún funcionario, en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, “no se ajusta a las obligaciones previstas en la ley”, y por los actos u omisiones que afecten los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público.
- d) La responsabilidad política,¹⁴ objeto del juicio político, se refiere a actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, con independencia de que las mismas configuren o no algún delito sancionado en la legislación penal común. La sanción en el juicio político se concreta a la destitución y/o inhabilitación del servidor público responsable.

En este sentido, el sistema de responsabilidades reposa en el principio de autonomía, donde para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias (aunque algunas de

¹¹ Artículos 111 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² Desafuero.

¹³ Artículos 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

¹⁴ Artículos 110 y 114 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

estas coincidan desde el punto de vista material), de modo que un servidor público que actuó de manera irregular puede ser sujeto a varias responsabilidades, y, por lo tanto, es susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.

La otra forma de responsabilidad está relacionada con la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual es directa y objetiva. Tras la reforma al artículo 113 constitucional,¹⁵ se incorporó la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, y se estableció la necesidad de adaptar la legislación federal y estatal a los parámetros establecidos por la reforma constitucional. En este sentido, solo el Congreso de la Unión y algunas legislaturas estatales¹⁶ han cumplido con esa encomienda.

Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2002 se reformó el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁷ y a través de esa reforma la se incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva.

Como consecuencia directa de la reforma constitucional, no es sino hasta el 31 de diciembre de 2004 cuando se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la ley reglamentaria de este dispositivo constitucional, y la que fue denominada como “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”.

Bajo este nuevo marco legal, la responsabilidad patrimonial del Estado procede en el caso de que cualquiera de los poderes de la Unión cause daño

¹⁵ El decreto de reforma constitucional entró en vigor el 1o. de enero de 2004.

¹⁶ Ejemplos de entidades federativas que han incorporado la responsabilidad patrimonial a su propia legislación local son: Jalisco, Guanajuato, Tamaulipas, Veracruz, Colima, Nayarit, Baja California.

¹⁷ “Artículo único transitorio.- El presente Decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y

b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer al debido cumplimiento del decreto, se contaría con el periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del Decreto y su consiguiente publicación, el citado periodo no sería menor a un año ni mayor a dos”.

a los bienes y derechos de los particulares por el despliegue irregular de su actividad administrativa.

En este sentido, el propio legislador federal estableció en la exposición de motivos de la reforma constitucional, lo siguiente:

No se niega que se pueda causar daños por actos legislativos, o incluso judiciales; ésta es la razón de que en algunas legislaciones extranjeras se contemple la responsabilidad del Estado por error judicial; sin embargo, la naturaleza y caracteres de los actos legislativos y judiciales nos lleva a excluirlos, cuando menos por ahora, de la responsabilidad patrimonial.

La anterior, de alguna manera viene a limitar la aplicación de esa responsabilidad, pues la circunscribe únicamente a la actividad administrativa, y deja de lado la implementación de la responsabilidad por error judicial y por omisión legislativa. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 10 la figura del derecho a indemnización por error judicial, lo que nos lleva a sostener que no obstante la exclusión expresa por parte del legislador de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, la responsabilidad se encuentra vigente en nuestro país de manera operativa y obligatoria, en virtud de lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, cabe recordar que México se adhirió a este instrumento internacional el 2 de marzo de 1981, y depositó la documentación correspondiente el 24 del mismo mes y año.

Debido a lo anterior, el objetivo de este breve trabajo es mostrar la aplicación práctica del contenido del artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para los casos en los que se demuestre que se dictó una sentencia en la cual se incurrió en error judicial.

El texto de la reforma plasmado a través de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece varios puntos torales a considerar:

El primero, relacionado con el caso de procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado.

ARTÍCULO 1. La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones se-

ñalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia...¹⁸

El segundo, el señalamiento de qué debe entenderse por actividad administrativa irregular.

...Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.¹⁹

El tercero, lo relacionado con el ámbito competencial de aplicación de la Ley, por cuanto ve a qué autoridades pueden ser consideradas como responsables de una actuación irregular.

Artículo 2o. Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal...²⁰

Del artículo primero antes trascrito, por cuanto ve a la cuestión indemnizatoria, se maneja la idea de causar un daño a los bienes o a los derechos de los particulares; es decir, un daño patrimonial, lo que debe interpretarse no en el sentido estricto de la palabra, sino como una afectación económica al patrimonio de un particular.

Ahora bien, resulta relevante puntualizar lo relacionado con el carácter objetivo²¹ y directo²² de la responsabilidad en la que incurre el Estado a tra-

¹⁸ Artículo 1o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

¹⁹ *Idem*

²⁰ *Ibidem*, Artículo 2.

²¹ “Responsabilidad objetiva significa que, independientemente de que la conducta del servidor público que ocasione la lesión haya sido lícita o ilícita, regular o irregular, legítima o ilegítima, la lesión causada debe indemnizarse en tanto que tal acción —u omisión— conculta un derecho a la integridad patrimonial que se contempla previamente como garantía, y que ahora se ha elevado a nivel constitucional”.

²² “Responsabilidad directa significa que es el Estado quien responde al reclamo de indemnización que le formulan los particulares cuando la actuación de los servidores públicos les ocasionan lesiones en sus respectivos patrimonios, en la inteligencia de que el Estado se

vés de la actuación irregular de sus agentes. En este sentido, la calificación considera a la actividad administrativa irregular como un elemento inseparable al concepto de patrimonio dañado y no a la conducta ilícita, irregular o ilegítima que produce el daño, circunstancia que nos ratifica el carácter objetivo de la responsabilidad, dejando de lado el aspecto netamente subjetivo.

IV. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL MEXICANO: EL CASO POR FALLO JUDICIAL

En primer término es preciso señalar qué debe entenderse por error judicial, puesto que es la premisa bajo la cual recae la responsabilidad patrimonial del Estado.

La función jurisdiccional es una de las tres funciones torales del poder estatal; su peso recae en hombres y mujeres, de carne y hueso, que a pesar de su conocimiento y experiencia pueden equivocarse, y de hecho así sucede, ya que todos los días somos testigos del actuar irregular de las autoridades judiciales, ya sea por motivos imprudentes o mediando un total dolo motivado por diversas circunstancias. El hecho es que jueces y magistrados, incluyendo a su personal operativo, incurren de fallos que en muchas ocasiones vulneran no solo la esfera patrimonial de las personas, sino que van más allá, pues afectan la parte moral, y al final termina redundando en un daño estrictamente patrimonial.

El máximo anhelo de una sociedad es contar con seguridad jurídica que traiga consigo una serie de elementos que posibiliten el mantenimiento de un estatus de vida digno. En ese sentido, la impartición de justicia constituye, sin duda alguna, uno de los espacios del ejercicio del poder público, que, al menos en teoría, debe garantizar al gobernado el acceso a mecanismos certeros que posibiliten la restauración del orden jurídico, y con ello alcanzar esa seguridad, que es base del desarrollo de toda sociedad.

Para David Cienfuegos, el error judicial “se concibe como la equivocación de un juez o magistrado, cometida en el ejercicio del servicio público de administración de justicia, generadora de un daño”.²³

reserva el derecho de repetir lo pagado contra los servidores públicos que con su actuar (o no actuar, tratándose de una conducta omisiva) hayan incurrido en falta o infracción grave”

²³ Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 62, agosto de 2000, p. 19. También en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/263/pr/pr7.pdf>, consultado el 4 de noviembre de 2011.

Como se puede apreciar del posicionamiento de David Cienfuegos, el error judicial evidencia el actuar de una autoridad judicial, el cual se caracteriza por ser evidentemente injusto y contrario a derecho, y en consecuencia causa un daño a la esfera personal o patrimonial de un gobernado, el cual no tiene la obligación de soportarlo.

Del mismo modo, también se entiende por error judicial toda aquella actuación o resolución de los juzgados o tribunales que han sido dejadas sin efecto por cauces legales; es decir, mediante la vía habitual de los recursos ante los órganos que corresponda. Cuando un órgano judicial superior revoca la sentencia de otro inferior, implícitamente está declarando que la sentencia revocada es errónea en algún aspecto.²⁴

Según Luis Alberto Razo García, “por error entendemos toda equivocación, inadvertencia, falta de atención, la falsa apreciación de la realidad, y dicho error puede derivar de un comportamiento intencional, imprudente, o sin él; por lo que el error judicial se puede dar tanto en el funcionamiento normal o anormal de la administración de justicia”.²⁵

Partiendo de lo anterior, debemos entender por responsabilidad por error judicial la obligación que tiene el Estado, de indemnizar a un particular por los daños y perjuicios que se le hayan causado en su esfera patrimonial por una sentencia dictada erróneamente. El fundamento de la responsabilidad aparece con el principio general de que cuando se causa un daño nace una obligación respecto de su reparación, e incluso una sanción para el responsable.²⁶

Atento a lo anterior, “la responsabilidad del Estado por error judicial se da cuando una persona es condenada en primera instancia y luego absuelta, o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente”.²⁷

En este sentido, el artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece:

Artículo 131. Serán causas de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación:

²⁴ Hernández Martín, Valeriano *et al.*, *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Madrid, Civitas, 1994, p. 77.

²⁵ Razo García, Luis Alberto, “El error judicial en materia penal”, *Concordancias*, año 5, núm. 8, mayo-agosto de 2000, p. 209.

²⁶ Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, tercera época, año VI, núm. 62, agosto de 2000, pp. 12 y 13.

²⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2. La defensa del usuario y del administrado, 6a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, capítulo XX, p. 28.

- I. Realizar conductas que atenten contra la independencia de la función judicial, tales como aceptar o ejercer consignas, presiones, encargos o comisiones, o cualquier acción que genere o implique subordinación respecto de alguna persona, del mismo u otro poder;
- II. Inmiscuirse indebidamente en cuestiones del orden jurisdiccional que competan a otros órganos del Poder Judicial de la Federación;
- III. Tener una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar;
- IV. Impedir en los procedimientos judiciales que las partes ejerzan los derechos que legalmente les correspondan en los procedimientos;
- V. Conocer de algún asunto o participar en algún acto para el cual se encuentren impedidos;
- VI. Realizar nombramientos, promociones o ratificaciones infringiendo las disposiciones generales correspondientes;
- VII. No poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura Federal cualquier acto tendiente a vulnerar la independencia de la función judicial;
- VIII. No preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo propios de la función judicial en el desempeño de sus labores;
- IX. Emitir opinión pública que implique prejuzgar sobre un asunto de su conocimiento;
- X. Abandonar la residencia del tribunal de circuito o juzgado de distrito al que esté adscrito, o dejar de desempeñar las funciones o las labores que tenga a su cargo;
- XI. Las previstas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, siempre que no fueren contrarias a la naturaleza de la función jurisdiccional, y
- XII. Las demás que determine la ley.

Es precisamente en este sentido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado a través de una tesis emitida por el Pleno en los siguientes términos:

NOTORIA INEPTITUD O DESCUIDO COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. El referido precepto, en la fracción aludida, dispone que será causa de responsabilidad para los servidores públicos de dicho Poder, actuar con notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar. El sustento de la notoria ineptitud es el error inexcusable, el que deberá valorarse tomando en cuenta los antecedentes personales, profesionales y laborales del agente, tales como su preparación, honorabilidad, experiencia y antigüedad tanto en el ejercicio profesional en el Poder Judicial de la Federación y, específicamente, en el órgano jurisdiccional en que labore; asimismo, resulta relevante para llegar a

la calificación del error inexcusable, apreciar otros factores, como lo son, la carga de trabajo con que cuente el juzgado o tribunal; la premura con que deban resolverse los asuntos, dados los términos que para ese fin marca la ley; la complejidad de los mismos, sea por el volumen, por la dificultad del problema jurídico a resolver o por ambas cosas; y en general, todas aquellas circunstancias que tengan relación con los elementos materiales y humanos con que cuente el juzgador para apoyarse en su actividad como tal; pues sólo así se podrá llegar a una conclusión que revele precisamente la ineptitud o descuido del funcionario en virtud de la comisión de errores inexcusables. Es preciso señalar que la notoria ineptitud o descuido inexcusable puede manifestarse en cualquier etapa o faceta de la actividad judicial, bien sea en la meramente administrativa o de organización del órgano jurisdiccional, al sustanciar los procedimientos a su cargo, o al dictar las resoluciones con que culminan dichos procedimientos.²⁸

Del mismo modo, la Corte ha sustentado el siguiente criterio:

NOTORIA INEPTITUD O DESCUIDO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. CUANDO SE TRATA DE DELITOS GRAVES, EL JUZGADOR DEBE TENER ESPECIAL CUIDADO AL DICTAR SUS RESOLUCIONES PARA EVITAR INCURRIR EN ESA CAUSA DE RESPONSABILIDAD. Cuando un Juez de Distrito o Magistrado de Circuito conoce de asuntos donde se impute al inculpado la comisión de delitos calificados por la ley como graves, las características y naturaleza de estas conductas provocan que la decisión que se emita sea de especial significación social, situación que lo obliga a ser especialmente escrupuloso en el dictado de la resolución correspondiente, porque la realización de esta clase de ilícitos es susceptible de producir graves daños a la sociedad, por lo que si uno de los deberes de tales juzgadores consiste en preservar y proteger los intereses generales con independencia de los de carácter personal, a la luz de la observancia de la ley, la comisión de un error inexcusable al resolver este tipo de asuntos, determinado con base en datos objetivos que no dependan de un criterio personal, actualiza la causa de responsabilidad por notoria ineptitud o descuido en el ejercicio de la función jurisdiccional, prevista por el artículo 131, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.²⁹

²⁸ Tesis P. CXLVII/97, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 188 del volumen VI, octubre de 1997, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

²⁹ Tesis P. XLIV/2000, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 101 del tomo XI, marzo de 2000, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Resulta por demás evidente que cuando un tribunal de alzada señala que el inferior cometió un error, y en consecuencia la sentencia es revocada, se actualiza la hipótesis contemplada en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como se aprecia de lo antes expuesto, el error judicial constituye un tema digno de estudio y consideración, puesto que el particular afectado por una resolución dictada erróneamente puede verse perjudicado en aspectos tan sensibles como lo son la libertad personal o el patrimonio.

Esto es así, debido a que el sustento de la notoria ineptitud es el error inexcusable, tal y como lo señala el texto de la tesis antes presentada, y debía tenerse en cuenta que los imparidores de justicia también son administradores de justicia.

De todo lo anterior vinculado con la idea de error judicial, es claro que existen una serie de características determinantes del error judicial, a saber:

1. Aplicación incorrecta o incompleta de un precepto legal (ya sea por caso de inexistencia, caducidad o ilegalidad).
2. Interpretación manifiestamente errónea de la norma jurídica aplicable al caso concreto y controvertido.
3. Inclusión de equivocaciones evidentes y perceptibles.
4. Falta de atención respecto de datos cuyo carácter sea incuestionable, sin que ello pueda dar pauta a una nueva instancia.

Entonces, las causas más frecuentes que originan un error judicial son las siguientes:³⁰

- Errónea apreciación de los hechos.
- Equivocada subsunción de circunstancias fácticas a la hipótesis normativa.
- Utilización errónea de normas legales.
- Incompetencia técnica.
- Falta de experiencia.
- Ausencia de prudencia.
- Precipitación.
- Deshonestidad.

³⁰ Moreno González, Rafael, *op. cit.*, nota 68, p. 40; Tawil, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, pp. 50 y 52; Razo García, Luis Alberto, “El error judicial en materia penal”, *Concordancias*, año 5, núm. 8, mayo-agosto de 2000, p. 209.

La demanda de indemnización por daños causados por un error judicial ha de presentarse ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, instancia que de acuerdo con la ley de la materia³¹ es la competente para conocer de los casos de indemnización. Ahora bien, ya se ha explicado que la ley en comento no establece dentro de su contenido relación alguna respecto del fallo judicial como causal para el pago de una indemnización; sin embargo, también ha quedado abordado el hecho de que es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos³² la que establece de manera puntual tal situación, y que por ser un tratado al que México se adhirió cubriendo los requisitos constitucionales se le considera ley aplicable en el país.

En cuanto a las normas procesales aplicables al caso, se entiende que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa debe aplicar las reglas previstas por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, a fin de determinar el monto de la indemnización, siendo posible considerar como normas complementarias el Código Civil Federal, la Ley Federal del Trabajo y los propios precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³³ que son de aplicación directa a cualquier caso, se contemplan fórmulas por las cuales se puede determinar el monto de una indemnización.

V. CONCLUSIONES

1. La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado prevé de manera tangencial la posibilidad de indemnizar a un particular con motivo de una actuación irregular por parte del Poder Judicial de la Federación, bajo el criterio de lo que hoy se denomina “fallo judicial”. En este sentido, quedó aclarado en el texto del artículo el hecho de que el artículo segundo de la ley en comento establezca dos puntos esenciales:

- Que el Poder Judicial de la Federación se considera como un ente público sujeto a la aplicación de la ley.
- Que el contenido de la ley debe cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

³¹ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

³² Artículo 10.

³³ Ver a manera de ejemplo los casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís y Godínez Cruz, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/bus_temas.cfm

aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieren a pago de indemnizaciones.

2. Si bien es cierto que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado habla exclusivamente de la “actividad administrativa irregular”, es el artículo 10 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos el que clarifica por completo el asunto, al establecer la posibilidad de reclamar una indemnización con motivo de los daños causados a un particular por un “fallo judicial”.

3. Hoy la actuación del Poder Judicial de la Federación no solo queda bajo la vigilancia interna del Instituto de la Judicatura Federal, sino que la actuación de jueces y magistrados es observada por organismos internacionales, cuyas resoluciones son vinculatorias, debido a que México a signado sendos acuerdos, como lo es su adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, HEMEROGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografía*

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

CIENFUEGOS SALGADO, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, tercera época, año VI, núm. 62, agosto de 2000.

DAMSKY, Isaac Augusto *et al.*, *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, IIJ-UNAM, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, CIDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001

GONZÁLEZ PARÁS, José Natividad, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, INAP, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo tomo 1. Parte general*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____, *Derechos humanos*, 4a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano *et al.*, *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Madrid, Civitas, 1994.

LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, México, Porrúa, 2003.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “La responsabilidad administrativa de los servidores públicos y el medio ambiente”, *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, México, Pemex-UNAM, 1998,

MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*, México, SCJN, 2001.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Derecho administrativo*, 5a. ed., México, Oxford, 2006.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1992.

VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

2. *Hemerografía*

CASTRO ESTRADA, Álvaro, “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 8, enero-junio de 2003.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo, “La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XL, núms. 172-173-174, julio-diciembre de 1990.

3. *Medios electrónicos*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y LA RECONFIGURACIÓN
DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
A LA LUZ DE LA RECENTE REFORMA
CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Luis. E. AVENDAÑO GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*. II. *Naturaleza y modelos de estudio de los derechos fundamentales. Una breve referencia a la tesis de Luigi Ferrajoli*. III. *El principio de supremacía constitucional y la reconfiguración de los tratados internacionales en la dinámica nacional*. IV. *La internacionalización de los derechos fundamentales y la construcción de una jurisprudencia constitucional internacional*. V. *Conclusiones*. VI. *Relación de fuentes documentales y electrónicas*.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional, inició un proceso de diseño, conformación y aprobación de un número importante de instrumentos y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos. En principio el objetivo era enunciar y promover los derechos humanos internacionalmente aceptados; sin embargo, las pretensiones evolucionaron para que la comunidad internacional tuviera facultades para vigilar e incluso exigir su cumplimiento.¹

En nuestro país, desde que el derecho internacional fue insertado como parte del nacional en el artículo 133 de la Constitución federal, se incrementó por vía de hecho y de derecho el apartado de derechos fundamentales, no solo como una necesidad de positivación, sino como una posibilidad de la ampliación a través de la interpretación constitucional. Tal circunstan-

¹ Martín, Claudia *et al.* (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Distribuciones Fontamara, 2004, p. 9.

cia supone hallarnos en presencia de un canon “internacionalista”,² donde el parámetro de validez de los derechos fundamentales lo otorguen las normas y los criterios de interpretación emanados de sentencias, de opiniones consultivas y de informes de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos.

Al día de hoy el impacto del derecho internacional ha tenido particularmente en dos resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ejemplos paradigmáticos de esa internacionalización; el primero de ellos, el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, en donde el quejoso demandó del Estado mexicano la imposibilidad jurídica de poder contender como aspirante presidencial en el proceso constitucional, y por ello la violación de sus derechos no solo políticos, sino como consecuencia de ellos. El segundo caso lo constituye el conflicto relativo a *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en donde se denunció la desaparición forzada por elementos del ejército mexicano destacados en el municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero, en los años setenta. La resolución que fue turnada al Pleno de la Suprema Corte en nuestro país para su debido cumplimiento, circunstancia que desató una serie de debates para definir el alcance de la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de dicha sentencia, así como determinar, de igual forma, el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado mexicano al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En el mismo sentido, es necesario resaltar que ambas resoluciones han provocado la aceptación y reconocimiento del derecho internacional en el marco nacional, destacadas particularmente del decreto del 10 de junio de 2011, por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y respecto al cual se modifica la denominación del capítulo primero del título primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado

² En términos de Ferrajoli, la base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra además en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia, se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la cual, junto con la Carta de la ONU, suponen el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”.

B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último, constituye propósito de este trabajo el evidenciar la mutación de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales en nuestro país, a través de la internacionalización de los mismos, ya no reservados únicamente al ámbito descriptivo nacional, sino condicionados y modificados de conformidad con su inserción global. En el mismo sentido, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte constituyen una pieza fundamental en la redefinición no solo de un capítulo positivado de los derechos fundamentales en nuestra Constitución, sino la configuración novedosa del principio de supremacía constitucional y su construcción discursiva a cargo del Poder Judicial Federal en México.

II. NATURALEZA Y MODELOS DE ESTUDIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA BREVE REFERENCIA A LA TESIS DE LUIGI FERRAJOLI

1. *Una distinción entre derechos fundamentales, derechos humanos y garantías constitucionales. La aproximación a un concepto*

Constituye un hecho recurrente el que los conceptos derechos fundamentales, derechos humanos y garantías individuales suelan confundirse tratando de construir un mismo significado. Los primeros constituyen una expresión básica de las conquistas históricas, políticas y jurídicas que el hombre ha construido a lo largo de su vida, y que han sido codificadas en vía de reconocimiento o adopción a los textos jurídicos, y que por su naturaleza se consideran inherentes a la propia persona, por tener dicha cualidad; los derechos humanos se circunscriben a un concepto que en la práctica pudiera parecer redundante, pero que constituye la base del mismo; es decir, son derechos de los “humanos”, el cual, no es un concepto cualquiera, ya que los mismos entroncan “con dos asuntos de permanente actualidad y de la mayor importancia: la justicia y la legitimidad política de los Estados”.³

³ Álvarez Ledesma, Mario A., *Acerca del concepto derechos humanos*, México, McGraw-Hill, 1998, p. XI.

Por último, las garantías constituyen el instrumento jurídico-constitucional por virtud del cual se hacen efectivos esos derechos consagrados y regulados positivamente en el texto constitucional a favor de los sujetos con la calidad de “humanos”.

Es propósito del presente trabajo adherirse a la primera expresión en cuanto a la figura prevista en el texto constitucional en nuestro país. Así, podríamos sintetizar que la naturaleza de un derecho fundamental [humano] debe ser definido como aquella exigencia ética de importancia fundamental que se adscribe a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.⁴

2. Modelos de estudio de los derechos fundamentales en Ferrajoli

Las tesis del profesor Ferrajoli han permitido soportar algunas de las resoluciones más importantes por la Suprema Corte en nuestro país, entre las que podemos destacar la relativa a la despenalización del aborto⁵ o en su caso la no discriminación de militares contagiados del virus del VIH,⁶ así como las novedosas determinaciones en materia de género e igualdad jurídica a los gobernados, que permiten jurídicamente contratar en matrimonio.⁷ Dichas resoluciones en cuanto a las formas propuestas por Ferrajoli y asumidos por la Corte para la construcción y definición de los derechos fundamentales [humanos] deben recaer en dos modelos básicos: el modelo axiológico y el modelo jurídico. El primero, referido a exigencias de justicia y legitimidad política, regido por las reglas del discurso ético; y el segundo, referido a su inserción y funcionamiento en los sistemas de derecho positivo.

⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁵ Acción de Inconstitucionalidad número 146/2007 y su acumulada número 147/2007 relativas a la despenalización del aborto en el D. F.

⁶ MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN Y MILITARES. EL RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH Y LA CONSECUENTE CESACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS, EXTENSIVA A SUS FAMILIARES CONTAGIADOS, DEBE RESOLVERSE CONFORME AL MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS, A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

⁷ <http://www.equidad.scjn.gob.mx/>

En el mismo sentido, la tesis garantista sostenida por el autor define a los derechos fundamentales [humanos], para quedar como sigue:

Constituyen aquellas expectativas de prestaciones o no lesiones que se atribuyen, de forma universal e indisponible, a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar⁸ este tipo de derechos, fundamentales, que hacen referencia tanto a aquellos derechos consagrados en las constituciones de los estados respectivos (perspectiva formal), como los derechos inherentes a la persona humana (perspectiva material).⁹

En el mismo sentido, son derechos de los individuos, según Ferrajoli, aquellas situaciones de ventaja que el derecho positivo reconoce a las personas en relación con tres diferentes estatus: persona, capacidad de obrar y ciudadano. Los derechos fundamentales de los individuos tienen origen en el previo reconocimiento, por parte del derecho objetivo (positivo) de los estatus en cuestión; mas, de hecho, sucede que no a todos los individuos se les reconocen, lo que determina, en consecuencia, que tampoco se les reconozcan determinados derechos, que existen en razón de tales estatus.

Por lo tanto, el reconocimiento de los estatus de persona, capacidad de obrar y ciudadanía, así como la combinación de posibilidades de que ellos se reconozcan solo parcialmente, dan origen a una interesante tipología de derechos, en una perspectiva teórica. Ciudadanía y capacidad de obrar, por el hecho de que no se reconocen a todos los individuos, pueden dar origen a dos grandes divisiones de los derechos. La primera, entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, y la segunda, entre derechos primarios y derechos secundarios. La primera denota derechos que pertenecen a todos o solo a los ciudadanos, mientras que la segunda se refiere a derechos que pertenecen a todos o solo a las personas capaces de obrar, y combinándolas se generan cuatro clases de derechos. Los derechos humanos, que son derechos primarios de las personas, que pertenecen a todos los individuos por el solo hecho de ser personas, y que incluyen el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de conciencia, el derecho a la salud y a la instrucción.

⁸ Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 9-17 y 287-381.

⁹ Al respecto, Gregorio Peces-Barba también refiere que los derechos fundamentales encuentran sustento en un sistema de valores previo (dimensión material), y solo alcanzan su plenitud cuando: 1) una norma jurídica los reconoce, 2) de tal norma se desprenden un conjunto de facultades o derechos subjetivos y, 3) los titulares pueden contar con el aparato coactivo del Estado para la protección de tales derechos.

Los modelos y conceptos descritos por Ferrajoli, aplicados a las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia, obedecen entre otros factores a un reconocimiento específico en un tiempo y lugar determinados; así, responden a una vigencia, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de coordenadas espaciales y temporales determinadas también, responden a una serie de aspiraciones y mutaciones morales, éticas, sociales, culturales, económicas y de carácter eminentemente político.¹⁰

III. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA RECONFIGURACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA DINÁMICA NACIONAL

1. *El principio de supremacía constitucional*

La estructura del sistema jurídico ha cambiado de forma notable en las últimas décadas, tanto en México como en otros países. La extensión y progresiva implantación del modelo del Estado constitucional ha supuesto mutaciones interiores y exteriores para el mismo. Al interior del sistema ha cambiado la noción tradicional de validez, el papel de las antinomias y las lagunas, las técnicas por medio de las cuales los jueces interpretan el ordenamiento jurídico y la relación entre derecho y moral;¹¹ entre otras cuestiones, la Constitución condiciona, en el modelo de sistema jurídico que se está describiendo, la validez del resto de normas del ordenamiento. La estructuración del ordenamiento en grados o escalones jerárquicos hace posible que algunas de sus normas puedan estar vigentes, pero no ser válidas.¹²

Así, desde los estudios del derecho positivo generados por John Austin, H. A. L. Hart y Hans Kelsen, se han presentado diversas formas de abordar el estudio y clasificación de derecho y la producción normativa a través de la leyes que produce un Estado Así, la Constitución mexicana y sus jueces adoptaron en un momento importante de su historia el *sistema de validez* de este último, al condicionar la producción jurídica, y exigir con ello satisfacer dos condiciones *sine qua non* para su eficacia: *el que la norma sea creada por una*

¹⁰ En todos los Estados democráticos los derechos fundamentales se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit de legitimidad de ejercicio.

¹¹ Vazquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 55-60.

¹² Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2005, pp. 9 y 10.

autoridad material y formalmente competente, y que al efecto se haya seguido el procedimiento previsto por la norma jurídica fundante o prima facie. Por lo anterior, el sistema de jerarquía normativa ha sido construido en distintas formas tanto por la Constitución federal como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de las diversas interpretaciones al artículo 133 de la Constitución federal, que dispone en cuanto a su literalidad lo siguiente:

Artículo 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.¹³

El principio de supremacía constitucional mexicana¹⁴ descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de este, contiene las normas primarias que deben regir para todos dentro de un país, sean gobernantes o gobernados; dichas normas primarias constituyen al propio tiempo la fuente de validez de todas las demás normas, que por eso se han llamado secundarias, y que componen el derecho positivo en general.

Así, la definición del principio de supremacía constitucional en nuestro país tiene entre otros objetivos la extensión y progresiva implantación del modelo de Estado constitucional de derecho, el cual ha supuesto mutaciones al sistema jurídico. Dicha evolución se hace manifiesta en los últimos quince años, para quedar como sigue:

a) HASTA ANTES DE 1999, EL CRITERIO QUE PREVALEcía RESPECTO A LA JERARQUÍA DE LEYES EN NUESTRO PAÍS COLOCABA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, POR ENCIMA DE LAS LEYES INFRA CONSTITUCIONALES Y COLOCANDO EN UN PLANO DE IGUALDAD A LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y A LAS LEYES FEDERALES, en tercer nivel a las leyes locales y por último al resto de disposiciones jurídicas.

b) Entre 1999 y 2007, el criterio fue modificado para quedar como sigue: la CONSTITUCIÓN FEDERAL SEGUÍA PREVALECIENDO POR ENCIMA DE LAS LEYES INFRA CONSTITUCIONALES Y COLOCANDO EN UN PLANO DE SUPERIORIDAD A LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y LAS LEYES LOCALES, QUE SE UBICAN EN UN PLANO DE IGUAL-

¹³ México: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículo 133.

¹⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2006, p. 21.

DAD y por último al resto de disposiciones jurídicas. A partir de entonces surge la tesis denominada: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

c) Por último, el criterio se modificó para quedar como sigue: la CONSTITUCIÓN FEDERAL SEGUÍA PREVALECIENDO POR ENCIMA DE LAS LEYES INFRA CONSTITUCIONALES Y COLOCANDO EN UN PLANO DE SUPERIORIDAD A LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES Y COLOCANDO EN UN PLANO DE IGUALDAD A LAS LEYES FEDERALES Y LAS LEYES LOCALES, y por último al resto de disposiciones jurídicas. A partir de entonces se desprende un concepto jurídico novedoso, el cual lo constituye el de “Leyes generales”, como concepto integrador del principio de Supremacía Constitucional, TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.¹⁵ Las tesis que secundaron a los criterios anteriores fueron: LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

De las consideraciones anteriores, es necesario precisar la posición o sujeción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el orden jurídico nacional. Así, es posible, en términos del derecho comparado, hacer referencia a cinco modelos constitucionales:¹⁶

¹⁵ Con la nueva interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no solo se reformula la interpretación del artículo 133 de la Constitución federal, sino además se reconoce un grupo más de leyes, a las cuales se les denomina “generales”, y que consisten en un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituyan la “Ley suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales; esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales, que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el poder revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a este a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

¹⁶ La clasificación de los tratados internacionales es propuesta en Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 319 y 320.

1. Tratados sobre derechos humanos supraconstitucionales.
2. Tratados sobre derechos humanos equiparables en rango a la Constitución.
3. Tratados sobre derechos humanos infraconstitucionales, supralegales.¹⁷
4. Tratados sobre derechos humanos equiparables en rango a las leyes nacionales, cuyos conflictos se resuelven con base en el criterio de especialidad.
5. Tratados sobre derechos humanos en un plano de igualdad jerárquica en relación con las leyes nacionales.

Al respecto, y refiriendo que el sistema jurídico-político nacional descansa sobre los criterios señalados en el punto que dispone “Tratados sobre derechos humanos infraconstitucionales, supralegales”, es necesario precisar tres características fundamentales del mismo:

1. La Constitución prevalece sobre los tratados internacionales.¹⁸
2. Los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes nacionales.¹⁹

Con respecto a este criterio, en fechas recientes el Poder Judicial Federal ha resuelto diversos asuntos asumiendo una posición similar, aunque con base en distintos razonamientos.²⁰ La posición mayoritaria del alto tribunal consiste en entender que la Constitución general de la República, los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella y las leyes generales del Congreso conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional,²¹ por debajo del cual, a su vez, se

¹⁷ Este modelo constitucional es el que se aplica actualmente en el sistema jurídico-político mexicano. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Ubicado en Registro No. 192867, 9a. época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; X, noviembre de 1999, p. 46; [T.A.];

¹⁸ TRATADOS INTERNACIONALES. VALIDEZ DE LOS. Ubicado en Registro: 806,117, Quinta época. Instancia: Primera Sala, *S.J.F.*, XCVI. Tesis: pagina: 1639, Amparo penal en revisión 7798/47. Vera José Antonio. 11 de junio de 1948.

¹⁹ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. Ubicada en Tesis aislada. Materia (s): Constitucional. octava época. Instancia: Pleno, Fuente. *S.J.F.*, Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. C/92. Página: 27. Amparo en revisión: 2069/91. Dicha tesis fue superada por la ya referida TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, citada anteriormente.

²⁰ SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Ubicada en 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; XXV, Abril de 2007; pág. 6; [T.A.];

²¹ TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERA-

ubicarían las leyes federales y locales,²² y, por supuesto, en un escalón normativo inferior, los reglamentos y las normas administrativas.

3. El conflicto entre una ley y un tratado es una cuestión indirecta de constitucionalidad de leyes.²³

Cabe señalar que la reciente reforma constitucional dispone en el artículo primero, la posibilidad de facto de colocar nuevamente en un plano de igualdad o incluso de superioridad a los tratados internacionales, respecto al texto constitucional. Dicho artículo dispone:

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(…)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

LES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Ubicada en 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; XXV, abril de 2007; Pág. 6; [T.A.];

²² SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. LA IMPUGNACIÓN DE SU REGLAMENTO POR INFRACCIÓN A UN PRECEPTO DE LA LEY RESPECTIVA, CONSTITUYE UN PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD QUE ES COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE AMPARO. Ubicada en 9a. Época; 2a. Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; XIV, Noviembre de 2001; Pág. 37; [J].

²³ REVISIÓN, RECURSO DE INCOMPETENCIA DEL PLENO SI EN LOS AGRAVIOS NO SUBSISTE PROBLEMA DE INCONSTITUCIONALIDAD (TRATADOS INTERNACIONALES). Ubicada en 7a. Época; Pleno; *S.J.F.*; 193-198, Primera Parte; Pág. 161; [T.A.].

De lo anterior podemos inferir que los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados y que se celebren por el Estado mexicano podrán tener la cualidad de norma suprema; es decir, colocarse al mismo nivel jerárquico que la propia norma fundante, e incluso por encima de las determinaciones. Lo anterior provoca la sujeción del Estado mexicano al principio de convencionalidad; es decir, sujetarse a los acuerdos en materia de tratados internacionales que tutelen derechos fundamentales. Para tales efectos, es necesario describir los acuerdos que actualmente el Estado mexicano reconoce como vigentes para la defensa y protección de los derechos humanos:²⁴

Materia	Tratados generales
De carácter general	11
De asilo	4
De derecho internacional humanitario	9
De desaparición forzada	2
De personas con discapacidad	3
De discriminación racial	4
De educación y cultura	2
De esclavitud	3
De genocidio	1
De medio ambiente	31
De menores	8
De migración y nacionalidad	3
De minorías y pueblos indígenas	2
De mujeres	13
De penal internacional	5
De propiedad intelectual	26
De refugiados	2
De salud	3
De tortura	5
De trabajo	30

²⁴ En www.scjn.gob.mx

De los tratados que el Estado mexicano ha suscrito en materia de derechos humanos podemos describir veinte rubros y más de 166 tratados internacionales, mismos que en vía de aplicación provocaran no solo interpretaciones encontradas en vías de construir un nuevo modelo de derechos “los derechos fundamentales [humanos] internacionales”, sino particularmente una nueva forma de deducir el principio de supremacía constitucional, en vías de construir “un constitucionalismo global”.

2. *La interpretación por principios en términos de la reforma constitucional*

La doctrina académica materializada en el pensamiento de Dworkin²⁵ ha realizado una distinción relevante entre reglas y principios. Tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos dicen lo que debe ser. Sin embargo, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, pues responden a la idea tradicional de norma jurídica; así, constan de *un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica*. De manera que en caso de que se produzca el supuesto de hecho, debe aplicarse necesariamente la *consecuencia jurídica*; es decir, una técnica *subsunción*. A diferencia de las *reglas*, los *principios son mandatos de optimización* de un determinado valor o bien jurídico. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes, por lo cual se han concebido como mandatos de optimización, que están caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferente grado. La aplicación de los principios se realiza mediante la *técnica de la ponderación*, que se plantea en términos de más o menos. Se trata de optimizar el valor o bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible, según las circunstancias del caso. Ejemplo de ello conceptos tales como la vida, el honor, la intimidad personal, etcétera.²⁶

En términos de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se dispone en el párrafo segundo del artículo 1o.:

Artículo 1o. “...sic...

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 13-15.

²⁶ Ejemplo de la presencia y relevancia de esa distinción entre reglas y principios se encuentra, por ejemplo, en el Amparo en revisión 1595/2066 resuelto por la primera. Sala de la Suprema Corte el 29 de noviembre de 2006, en el que se estableció que la prohibición de censura previa es una regla, a diferencia de la libertad de expresión, que puede entenderse como principio, lo que genera que el estudio de los planteamientos de inconstitucionalidad de leyes por uno u otro motivo sean distintos.

Esta consideración trae como consecuencia la aplicación de los principios constructores de derechos humanos, y que cito de manera enunciativa: a) principio de unidad de la Constitución y/o de concordancia práctica;²⁷ b) principio de interpretación conforme a la Constitución²⁸; c) principio de interpretación progresiva,²⁹ d) así como la validez de las Constituciones locales en tratándose de tutelar el derecho a la vida; e) principio de proporcionalidad.³⁰ De forma particular refiero los principios denominados “de efectividad” y/o *pro homine* y de interpretación de la Constitución en coherencia con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El primero de ellos consiste en la obligación de los poderes públicos, de interpretar la norma constitucional y legal aplicable en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos del hombre.³¹ Este principio dispone jurisprudencialmente las siguientes características:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. EL PRINCIPIO PRO HOMINE QUE IMPLICA QUE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA SIEMPRE DEBE BUSCAR EL MAYOR BENEFICIO PARA EL HOMBRE, ES DECIR, QUE DEBE ACUDIRSE A LA NORMA MÁS AMPLIA O A LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA CUANDO SE TRATA DE DERECHOS PROTEGIDOS Y, POR EL CONTRARIO, A LA NORMA O A LA INTERPRETACIÓN MÁS RESTRINGIDA, CUANDO SE TRATA DE ESTABLECER LÍMITES A SU EJERCICIO, SE CONTEMPLA EN LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y 5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, PUBLICADOS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL Siete Y EL VEINTE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UNO, RESPECTIVAMENTE. AHORA BIEN, COMO DICHOS TRATADOS FORMAN PARTE DE LA LEY SUPREMA DE LA

²⁷ CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ. Número de registro 233,476. Tesis aislada. Materia: Constitucional. Séptima Época. Instancia. Pleno. Fuente: *SJF*, Tomo: 39I, primera parte. Tesis: Pagina: 22.

²⁸ CONSTITUCIÓN, SUPREMACÍA DE LA. Número de registro 335,158. Tesis aislada. Materia: Común. Quinta Época. Instancia. Segunda Sala. Fuente: *SJF*. Tomo: XLVI. Tesis: Pagina: 6020 y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. Novena época, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXXII, Diciembre de 2010, Página: 646, Tesis: 2a./J. 176/2010.

²⁹ CATEOS. TELEFONOS INTERVENIDOS. Número de registro 245,021. Tesis aislada. Materia: Penal. Séptima Época. Instancia. Sala Auxiliar. Fuente: *SJF*, Tomo: 217-228, séptima parte. Tesis: Pagina: 75.

³⁰ DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA. No. Registro: 182,852, tesis aislada. Materia (s): Administrativa, común. Novena época. TCC, Fuente: *SJF*, Tomo: XVIII, noviembre de 2003, página: 955.

³¹ PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. Novena época, instancia: TCC, XXI, febrero 2005. Página: 1744. Tesis aislada. Materia: administrativa. Amparo directo: 202/2004.

UNIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ES CLARO QUE EL CITADO PRINCIPIO DEBE APLICARSE EN FORMA OBLIGATORIA.

Por cuanto ve al segundo, relativo a la interpretación del principio de supremacía constitucional y la inserción de los tratados internacionales al derecho nacional,³² se ha convertido en un presupuesto novedoso, al grado de que las reformas constitucionales recientes del 6 y 10 de junio de 2011 han permitido establecer la existencia de ciertos tratados internacionales que tutelen de forma privilegiada a los derechos humanos, los cuales suponen estar equiparados con el texto constitucional y en algunos casos incluso sobrepasar la competencia constitucional, creando así un “derecho internacional de los derechos humanos”.

Al respecto, existen otros principios que también pudieran suponer un estudio específico para la interpretación de los derechos fundamentales; a saber: el principio colombiano de *favor libertatis*³³, el español *favor debilis*, o los nacionales *in dubio pro operario* en materia laboral, *in dubio pro reo* en materia penal y el principio *in dubio pro actione*, que consiste en facilitar al gobernado el acceso a la justicia, también considerado como de accionabilidad, establece que todo ser humano debe tener garantizada la posibilidad de exigir respeto y cumplimiento de un derecho o libertad fundamental a través de instancias imparciales.

IV. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

1. *La internacionalización de los derechos fundamentales*

Los elementos que permiten distinguir la internacionalización de los derechos fundamentales y la construcción de la jurisprudencia nacional e internacional a cargo de la Suprema Corte de Justicia en nuestro país lo constituyen las sentencias emitidas a través de los diversos mecanismos constitucionales de que tiene competencia, pero de forma específica su jurisprudencia. Así, podemos recorrer históricamente dicha construcción con base

³² DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 80., NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y DE ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES. Novena época, segunda sala. Tesis CV/2007. Amparo en revisión 282/2007.

³³ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional. La Corte y sus derechos*. México, Porrúa, 2009, p. 102.

en la clasificación siguiente: 1. El periodo constitutivo (de 1917 a 1927), 2. El periodo liberal (de 1928 a 1934), 3. El periodo socialista (de 1934 a 1940), 4. El periodo estatista (de 1940 a 1994).

A partir de 1994 se tipificaron reformas de los artículos 94 a 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permitieron la conformación de un nuevo modelo en materia de interpretación y argumentación jurídica de los derechos fundamentales.

La nueva codificación supondría el reconocimiento de los derechos adoptados por las convenciones internacionales, así como por los tribunales en la materia. Los mismos supondrían la adopción de los principios, valores y reglas, con los nacionales, a efecto de no producir una contradicción, y con ello antinomias jurídicas.

2. La construcción de una jurisprudencia constitucional e internacional

De las consideraciones anteriores es necesario destacar que si bien los tratados internacionales a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 pueden colocarse a la par o incluso por encima del texto constitucional, y la interpretación de los derechos fundamentales intuyen la internacionalización de los mismos, es necesario destacar como consecuencia de ello la construcción de una jurisprudencia constitucional nacional, o, en otras palabras, la definición de un diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales —Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— e internacionales —Corte Interamericana de Derechos Humanos— en materia de derechos fundamentales.

Lo anterior obliga que no solo los tribunales nacionales apliquen la jurisprudencia internacional, sino que en su justa medida los criterios adoptados nacionalmente encuentren en el ámbito internacional su justa aplicación al interpretar leyes, tratados y la propia Constitución en la materia, generando por tanto dos intérpretes autorizados de la jurisprudencia en el ámbito de sus respectivas competencias, adhiriéndose en consecuencia al denominado “control de convencionalidad” o interpretación de los derechos y libertades acorde a los tratados de que sean parte, con una sola finalidad: la defensa de los derechos fundamentales.

Si bien la Suprema Corte de nuestro país no ha definido un método unívoco de interpretación constitucional, es necesario destacar que debe tomarse en cuenta la utilización del principio *pro persona* como el modelo de base en la construcción del diálogo jurisprudencial referido. Para la construcción de dicho diálogo es necesario tomar en cuenta dos cosas: a) el respeto ante el control de convencionalidad o interpretación acorde a los trata-

dos, y b) avanzar en la incorporación de criterios de órganos internacionales y tratados en las sentencias nacionales con miras a desarrollar los propios.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha significado por la incorporación de tratados como parte de sus resoluciones más significativas. De lo anterior constan las siguiente evidencias:³⁴

Medio de control constitucional	Materia
Acción de inconstitucionalidad 37/2006	La CEDH de San Luis Potosí promovió en contra de los artículos 1o., fracción I, 42652,117 y 119 de la Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, porque consideraba que estos eran contrarios a lo establecido en los artículos 1416 y 18 de la Constitución federal.
Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007	La CNDH y la PGR solicitaron la invalidez de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el D.F., así como la adición de los artículos 16 bis, tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el D. F. Lo anterior, para determinar si la interrupción legal del embarazo era o no compatible con la Constitución, la SCJN realiza un estudio con respecto al derecho a la vida.
Amparos directos en revisión números 2019/2006, 757/2007, 871/2007, 1475/2007, 1624/2008 y 75/2009.	Los temas resueltos obedecen a las materias fiscal, penal y civil. En todas ellas resulta recurrente el que se invoquen criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, relativos a identificar alcances y principios en la materia de los derechos humanos.
Amparos en revisión números 287/2007, 514/2007, 715/2007, 976/2007, 1099/2007, 173/2008 y 220/2008	Los temas resueltos obedecen a las materias fiscal, penal y civil. En todas ellas resulta recurrente el que se invoquen criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, relativos a identificar alcances y principios en la materia de los derechos humanos.
Contradicciones de tesis	147/2006, 160/2006 y 169/2006. Los tribunales invocados fueron: la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y Principios de la ONU a favor de las personas de la tercera edad.
Facultad de atracción	33/2008. Esta solicitud de atracción de ejercicio buscaba que el amparo en revisión 186/2008, que se encontraba en trámite ante un tribunal colegiado, fuera del conocimiento de la SCJN al tratarse de una posible afectación al derecho a la salud contemplado en el artículo 6o. del Reglamento para los Servicios Médicos del ISSSTESON. ³⁴
Impedimento	2/2009.

³⁴ Castilla Juárez, Karlos, “Los primeros pasos para la construcción del diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos: tribunales nacionales-tribunales internacionales”, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 17, México, Universidad de Monterrey, diciembre de 2010, pp. 11-35.

V. CONCLUSIONES

De las consideraciones vertidas es importante advertir que tarea del Poder Judicial Federal en funciones de tribunal de constitucionalidad no debe limitarse a la aplicación de la legislación y de la jurisprudencia nacional, y con ello solo constituirse como órgano revisor de los jueces ordinarios.

Es necesario como tarea de la Suprema Corte, la reconceptualización del catálogo de los derechos fundamentales previstos en la Constitución nacional a la luz del derecho internacional, y construir con ello un discurso internacionalista de los mismos, pero de una forma consolidada, a través de una carga ideológica y jurídica en cuanto a la unidad en la interpretación y sistematización de criterios, y con ello estar en presencia de una jurisprudencia internacional, en donde las resoluciones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos sean parte del derecho nacional.

De lo anterior se infiere la construcción auténtica de una teoría constitucional internacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha de entender que se cuenta con un pensamiento estructurado y continuado de la Constitución, de sus elementos componentes, de la jerarquía de sus normas, de sus criterios de interpretación y de las funciones que debe cumplir respecto de las normas inferiores, primordialmente. En el mismo sentido, la teoría debe ser continuada, en la medida en que la misma haya servido para producir diversas resoluciones o, al menos, fijado la posición del tribunal a lo largo de cierto periodo.

Por último, y a pesar de las inconsistencias del discurso de la Suprema Corte, es de advertirse que este discurso debe construir una dogmática propia, que constituya fundada, válida y democráticamente el discurso constitucional: la dogmática constitucional relativa a la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia en nuestro país.

VI. RELACIÓN DE FUENTES DOCUMENTALES Y ELECTRÓNICAS

1. *Textos*

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario A., *Acerca del concepto derechos humanos*, México, McGraw-Hill, 1998.

CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2005.

CARPIO, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional. La Corte y sus derechos*, México, Porrúa, 2009.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, "Los primeros pasos para la construcción del diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos: tribunales nacionales-tribunales internacionales", *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 17, Universidad de Monterrey, México, diciembre de 2010.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

FERRAJOLI, Luigi y otros. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

MARTÍN *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Distribuciones Fontamara, 2004.

SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, 2006.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

2. Páginas electrónicas

<http://www.equidad.scjn.gob.mx/>
www.scjn.gob.mx

3. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. Otros medios de consulta

Discos ópticos emitidos por la SCJN.

DESEQUILIBRIO, PODER GLOBAL Y CRISIS HUMANITARIA

Salvador VÁZQUEZ VALLEJO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El poder global y la política mundial*. III. *El realismo y la política exterior norteamericana en el Medio Oriente (un caso límite de crisis humanitaria global)*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema moderno de Estado-nación que surgió de la Paz de Westfalia sentó las bases para el entendimiento entre las potencias europeas, constituyendo así una paz fundada en el “equilibrio del poder”. Posteriormente, el Congreso de Viena establecería los fundamentos para una diplomacia que garantizaría un periodo aproximado de cien años de paz precaria en Europa, interrumpida por la primera gran guerra, que cuestionaría los equilibrios geopolíticos prevalecientes.

La Sociedad de las Naciones intentó un modelo de paz mundial sustentado en los principios del derecho internacional y la diplomacia abierta, que muy pronto mostró sus limitaciones, que la hicieron fracasar. No logró el consenso pleno de las potencias europeas ni de sus creadores; la diplomacia resultó ineficiente para detener el encumbramiento de los regímenes totalitarios y los preparativos bélicos que llevarían al mundo a una de sus más oscuras etapas de la historia del género humano.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial se estructuraron las instituciones internacionales a partir del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que fue producto de una mezcla de realismo político e idealismo wilsoniano. El sistema de seguridad colectiva en realidad descansó en un esquema de políticas inicialmente ideado por F. D. Roosevelt, que man-

* Doctor en ciencias sociales con especialidad en relaciones internacionales por la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco; profesor de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Puebla; investigador nacional.

tuvo la unidad entre los aliados para el aseguramiento de la paz mundial. Eventos posteriores, entre estos la muerte de Roosevelt y el distanciamiento de los aliados propiciado por Truman, echarían por tierra el proyecto, y a cambio se daría paso a un sistema de veto y equilibrio bipolar, delimitando una nueva geografía política representativa de la partición ideológica y sistémico-social.

Cada etapa histórica del desarrollo del sistema mundial y sus conflictos se acompañó de repercusiones graves para el género humano; las guerras coloniales o de conquista, las conflagraciones denominadas como mundiales y otros conflictos de menores dimensiones propiciaron crisis humanitarias, que obligaron a políticos, diplomáticos, juristas y estudiosos de la sociedad internacional a buscar mecanismos y normas que permitieran paliar sus devastadores efectos.

En el siglo XXI, correspondiente a la era de la denominada globalización, el mundo no parece más seguro que en 1953 o 1962; todo lo contrario, el mundo hoy es más inseguro, pero no en los términos de la guerra convencional o la posible utilización de armas de destrucción masiva por grupos fundamentalistas, sino por la configuración que se le ha dado al poder global; es decir, estamos ante un fenómeno nunca antes experimentado por el moderno sistema de Estados, la enorme concentración del poder militar en una sola potencia (los Estados Unidos), que por sus capacidades y alcances tecnológicos transforma en asimétricas todo tipo de relaciones posibles en el sistema internacional.

El presente trabajo explora algunas tesis propuestas por diversas corrientes del pensamiento internacional en torno a la caracterización y descripción de los elementos del poder global. Nos remitiremos de manera especial a los caólogos y a los análisis de la hegemonía y la dominación imperial. Sostenemos la tesis de que el poder hegemónico norteamericano fortaleció una visión realista de tercera generación acerca del nuevo orden mundial, implementando una política imperial militarista agresiva, generando una grave crisis humanitaria en las zonas de conflicto global, como Afganistán y el Medio Oriente, de proporciones nunca vistas, debido al amplio margen de impunidad que goza el actor fundamental de los nuevos equilibrios geopolíticos. La construcción de una alternativa para la viabilidad de un nuevo orden mundial requiere de una visión humanista, capaz de estructurar una política global humanitaria.

El orden de la exposición parte de los fundamentos teóricos explicativos sobre la naturaleza del poder global, seguido de un breve recuento de los eventos y condiciones históricas que generaron los equilibrios geopolíticos del Medio Oriente, que como un caso límite muestra los efectos de la crisis

humanitaria producto de la política imperial norteamericana, y finalizamos con algunas consideraciones, que tienen por objeto profundizar el debate contemporáneo sobre el humanismo global.

II. EL PODER GLOBAL Y LA POLÍTICA MUNDIAL

La desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) de manera tan inesperada como rápida planteó a los internacionalistas, múltiples incógnitas derivadas de la incertidumbre cognoscitiva sobre el orden mundial por venir, propiciada por la insuficiencia de las teorías, categorías, instrumentos analíticos y conceptos capaces de dar cuenta de los nuevos acontecimientos internacionales de manera objetiva y rigurosa. Surgieron así interpretaciones disparatadas, como la de Fukuyama,¹ que partiendo de un reduccionismo optimista suponía un mundo guiado hacia su felicidad por la democracia liberal, la guerra y la *realpolitik*. Eran cosas del pasado, cuando mucho expresiones marginales de una geografía por democratizar y globalizar.

Con mayor seriedad científica y política, Robert Reich evalúa la situación económica de los Estados Unidos en la primera fase de la era Clinton. El escenario que nos plantea se delinea entre la disyuntiva de reconstruir la economía norteamericana que había perdido competitividad y potencialidad de crecimiento ante un Japón amenazante, o bien la reconstrucción aderezada con una búsqueda de identidad que cohesionara a la nación americana ante los otros, tan necesaria para la reafirmación unificada una vez desaparecida la amenaza soviética.² Su preocupación por recuperar el predominio norteamericano en la economía mundial globalizada lleva a Reich a desechar las ataduras de la fuerza militar y el poder tradicional centrado en la fuerza como determinantes para el nuevo mundo globalizado; consideraba que la era por venir le daba un nuevo sentido a la economía y a la política internacional.

A mediados de la década de los noventa el debate en torno a la naturaleza del nuevo orden mundial fue tomando otros matices, al mismo tiempo que se exploraban y ensayaban nuevos instrumentos teórico-metodológicos para entender una realidad cada vez más compleja. Los acontecimientos internacionales aún no alcanzaban a prefigurar una posible interpretación integral. La guerra del golfo, la desintegración yugoslava y los conflictos tribales en Ruanda son ejemplos del desorden, las rupturas y la crisis huma-

¹ Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, México, Joaquín Mortiz, 1992.

² Reich, Robert, *El trabajo de las naciones*, Buenos Aires, Javier Vergara, 1993, pp. 291-314.

nitaria que debían resolverse con base en la política internacional en la era de la globalización.

Como un parteaguas en la historia mundial del naciente siglo XXI, así como en la producción teórica, el ataque a las torres gemelas constituye un acontecimiento que redefinirá los fundamentos del sistema internacional, las instituciones internacionales y de la política mundial. Así lo valoramos, dado que este hecho modifica la denominada agenda internacional, estableciendo la seguridad global y la lucha antiterrorista como los asuntos prioritarios sobre los que se debe diseñar la política mundial contemporánea, y simultáneamente define al militarismo norteamericano como el componente básico del nuevo poder global.

El debate sobre el nuevo orden mundial se fue angostando gracias a la figura del terrorismo como el nuevo rival a vencer. La polémica radicó en la definición de los alcances y compromisos de la lucha antiterrorista, pues las potencias son las que habitualmente enfrentan reivindicaciones étnicas, territoriales, nacionales, incluso religiosas; España es quizá el único país que enfrenta algunos de estos problemas sin ser una potencia en el actual escenario internacional.

Zaki Laidi, autor francés de origen hindú, partidario de las corrientes posmodernas, inició una serie de trabajos tendientes a “repensar el mundo después de la guerra fría”, una labor indiscutiblemente fructífera al margen de los resultados teórico-explicativos. Sus investigaciones lo llevan a plantear una sugerente teoría, que parte de lo que él llama una “elucidación conceptual” en torno a la globalización y al excesivo abuso del término para explicar todo y al mismo tiempo nada, y nos dice:

Definiremos la globalización como un movimiento planetario en que las sociedades renegocian su relación en el espacio y el tiempo por medio de concatenaciones que ponen en acción una proximidad planetaria bajo su forma territorial (el fin de la geografía), simbólica (la pertenencia a un mismo mundo) y temporal (la simultaneidad). Este momento común a todas las sociedades humanas es radicalmente ambivalente; por una parte porque no implica un acuerdo sobre la misma visión del mundo; por otra, porque todos los procesos que lo alimentan son por definición ambivalentes.³

Si la globalización es entonces un proceso complejo y ambivalente y no un resultado “del progreso histórico de la humanidad” que se yergue como vencedor de la “maldad” que nos amenazaba, es insuficiente como categoría para ofrecer una explicación consistente sobre el nuevo poder global; en-

³ Laidi Zaki, *Un mundo sin sentido*, 1a. edición en español, México, FCE, 1997, p. 12.

tonces, ¿hacia dónde se dirigen las sociedades mundializadas? La respuesta de Laidi es la de llegar a constituir un sistema social mundial construido por una suma de flujos que se generan entre tres actores internacionales fundamentales: los actores estatales, los actores económicos (los más poderosos de la globalización), las sociedades humanas y asociaciones. Sin embargo, las relaciones que se gestan en el sistema social mundial distan mucho de ser armoniosas.⁴

Si bien es cierto nos ubica a los “actores más poderosos” de la globalización, esto aún es insuficiente para comprender la naturaleza del poder global. El resto de su construcción teórica se orienta a explicar la pérdida del sentido en el sistema internacional y su divorcio del poder, que si bien no desentraña totalmente el curso que tomaría el poder global, sí estipula las premisas de la crisis mundial, que permitirán entender la dominación global norteamericana.

La teoría de Laidi cuestiona la existencia de una teleología y la linealidad en el desarrollo del sistema internacional de la posguerra al recurrir a la caducidad de tales elementos que acompañaron a las relaciones internacionales de la era moderna, es porque se ha dado una pérdida del sentido, es decir, el fundamento, la unidad y la finalidad se encuentran dislocados. Esto se debe a que el mundo de la posguerra fría carece de un principio básico en el que se apoye un “proyecto colectivo” de imágenes dentro de un sistema general coherente, y de una finalidad o proyección, el mercado no puede otorgar el sentido perdido. La crisis del sentido es universal.⁵

El agotamiento del pensamiento moderno que presupone Laidi lo conduce a formular su tesis acerca del poder, y dice:

...En otras palabras, vivimos un divorcio real entre un ritmo del poder que se intensifica y un sentido que, siendo divisible en vez de global acaba por disgregarse, por pulverizarse. El camino para llegar al sentido global se sustrae, a medida que se endurecen y refuerzan las condiciones de entrada y de permanencia en los senderos del poder.⁶

En otras palabras, si ya no hay centralidad ya no hay finalidad; se carece de proyecto para el mundo; no hay utopías que puedan orientar la construcción teleológica del género humano y de una representación simbólica que nos diga quiénes somos; por lo tanto, las naciones se fugan y practican la política de la evitación como una forma de “proyectarse” sin

⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁵ *Ibidem*, pp. 25-27.

⁶ *Ibidem*, p. 29.

“proyecto”.⁷ Ahora bien, si el sistema social mundial desarrolla relaciones no necesariamente armoniosas, la desarmonía no quiere decir que hayamos establecido con claridad quiénes son nuestros enemigos; por el contrario, nuestros conflictos se mueven en las arenas movedizas de la falta de contrincante, y las naciones evitan los compromisos debido a una carencia de identidad.

Ese es el punto neurálgico de la teoría del divorcio entre sentido y poder, pues Laidi sostiene que en esta era ninguna nación toma el timón de los asuntos internacionales, y que las potencias sobrevivientes a la guerra fría son incapaces de crear una nueva trascendencia ideológica. Tal tesis no pasa a nuestro juicio la prueba de los hechos, al menos en su primera parte, pues Estados Unidos asumió la conducción de lo que en su momento se denominó “la arquitectura del nuevo orden internacional”.

En el pensamiento norteamericano el debate tiene un contexto distinto al europeo. La disyuntiva no es modernidad o posmodernidad, sino unilateralismo o multilateralismo en la conducción del liderazgo hegemónico global. Está por demás señalar a la corriente que ha predominado en el diseño de la política exterior norteamericana en los últimos ocho años; sin embargo, en estos momentos de crisis mundial vuelve a tomar aire un multilateralismo menos agresivo.

Para la generalidad del pensamiento internacional norteamericano es claro que la premisa fundamental de sus estudios parte del supuesto real y objetivo de que los Estados Unidos son la potencia vencedora de la guerra fría; en consecuencia, la más importante del mundo y poderosa en términos militares y económicos hasta antes de la crisis de 2008. Es en torno a esa posición dominante sobre la que versan los nuevos estudios que pretenden explicar el poder norteamericano como el poder global.

Para Zbigniew Brzezinski, el mundo vive situaciones inéditas, que colocan a los norteamericanos en el pináculo de la seguridad y los asuntos mundiales; ha reafirmado su portentosa soberanía nacional y es el garante de la estabilidad global,⁸ y como partidario del denominado multilateralismo norteamericano plantea que la disyuntiva actual es: o Estados Unidos promueve la formación de una comunidad global de intereses compartidos, o se enfrentará una situación de caos y constante asedio por parte de sus múltiples enemigos, lo cual terminaría por debilitar su función de estabilizador global. En suma, los Estados Unidos son la primera y la única superpo-

⁷ *Ibidem*, pp. 88-100.

⁸ Brzezinski, *El dilema de EE. UU. ¿dominación global o liderazgo global?*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 11.

tencia global insustituible ante la incapacidad de Europa, el Japón o Rusia para superar su liderazgo.

La preocupación básica de Brzezinski es la de diseñar una política exterior norteamericana que corresponda a una interdependencia global, y para ello debe estipular la naturaleza y las funciones del poder norteamericano como poder global. En otros términos, cómo utilizar la hegemonía y hacia dónde dirigirla.

Por lo tanto, el diseño de política exterior norteamericana de Brzezinski parte del concepto de seguridad nacional para los Estados Unidos en un mundo con múltiples fuentes de conflicto externo que lo amenazan y lo ponen en peligro. Esto es fundamental, porque de la estabilidad de la superpotencia depende la estabilidad del mundo, por lo que deben definirse los asuntos que deben negociar y abordar multilateralmente aquellos que deban hacerse de manera unilateral.⁹

Su tesis central se puede resumir en los términos siguientes: los Estados Unidos enfrentan un mundo que sin su presencia militar y sin su hegemonía viviría en una situación de anarquía y caos global; por lo consecuente, todos los potenciales desestabilizadores y agentes del caos amenazan su seguridad a través de diversas formas, muchas de ellas inusuales en otras épocas, por lo que requieren de una mayor seguridad que otras naciones, incluyendo a sus antiguos aliados. Esa seguridad mayor que requiere le permite actuar casi de manera ilimitada para perseguir y combatir las amenazas externas e internas.¹⁰ Utilizando argumentos basados en suposiciones a veces un tanto improbables, nos dice:

... aunque el papel de Estados Unidos como garante de la seguridad de sus aliados y, de manera más general como sostén de la estabilidad global justifica que trate de buscar más seguridad para sí mismo de la alcanzable en la práctica para otros Estados. La defensa del territorio de los aliados estadounidenses allende del océano *ya no proporciona un escudo a distancia para la propia Norteamérica* (las cursivas son nuestras)... El mantenimiento de una capacidad militar estadounidense integral y sin parangón a nivel mundial e histórico, y la mejora de la capacidad de supervivencia interna, deben quedar fortalecidos a partir de esfuerzos sistemáticos que vayan dirigidos a ampliar las zonas de estabilidad global, eliminar a algunas de las causas más flagrantes de violencia política y favorecer sistemas políticos que pongan acento central en los derechos humanos y procedimientos constitucionales.¹¹

⁹ *Ibidem*, pp. 30-37.

¹⁰ Véase de manera especial el 1, pp. 25-60.

¹¹ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

Los párrafos transcritos son muy elocuentes; las zonas de estabilidad global se establecen como saldos de la guerra fría o como en la mayoría de los casos de manera unilateral, contribuyendo así a la norteamericanización del mundo como una manera ineludible de hacerlo “más seguro”.

Es así como Brzezinski postula su teoría natural de la hegemonía global, que parte del supuesto de que la globalización es la nueva ideología de la élite norteamericana, lo que sirvió para definir el papel de los Estados Unidos en una nueva era, una concentración del poder político y económico legitimada por dominantes y dominados, superioridad militar, primera economía en competitividad, un subyugante hedonismo consumista y una cultura simple, rudimentaria, pero atractiva para las masas. Todo esto hace de la globalización una doctrina e ideología con base nacional. Es la abrumadora superioridad norteamericana, y su etiqueta “made in usa” la que hace de la globalización una doctrina poderosa y controvertida, blanco de ataques y esfuerzos de contrasimbolización por parte de adversarios disímiles y difusos.¹²

El dilema que plantea Brzezinski es parcialmente falso, ya que en realidad lo que plantea de fondo es una búsqueda diplomática del consenso internacional para aceptar el “dominio” norteamericano como un liderazgo hegemónico y sin cortapisas; obviamente, la dificultad operativa radica en la cartera de asuntos en donde el hegemón estaría dispuesto a compartir objetivos y metas con otras naciones de la “comunidad”, y qué asuntos corresponderían al unilateralismo “nacional de la globalización”. La lucha por la legitimidad del liderazgo dependerá de las condiciones qué a la vieja usanza realista determinen las capacidades como poder. La finalizada administración Bush, con sus secuelas económicas y políticas, desmiente las suposiciones del exconsejero de seguridad nacional de Carter, en torno a la globalización y el éxito norteamericanizador. La primera crisis global lo pone en duda seriamente.

Las formulaciones teóricas de política internacional en torno al poder global como relación sentido y poder, o el poder como hegemonía global, han sido confrontadas en el debate contemporáneo por los modelos teóricos inspirados en la teoría del imperialismo y la globalización, de las cuales nos referiremos a dos vertientes para su reflexión: la política norteamericana como el imperio del caos, y el imperio como la posmodernidad del imperialismo occidental.

Las teorías del imperialismo ahora reformuladas como teorías del imperio comparten una matriz común, que recoge la tradición de la lucha

¹² *Ibidem*, pp. 164-175.

anticolonial de la segunda mitad del siglo XX, de los esfuerzos de los países del tercer mundo por construir el nuevo orden económico internacional (NOEI), los proyectos e iniciativas por el desarrollo económico y social, las revoluciones sociales y sus reivindicaciones nacionales, el ideal de la emancipación y la transformación del sistema internacional. Esa matriz es una curiosa síntesis de marxismo, nacionalismo y universalismo, que construyó sus propios instrumentos analíticos, reconceptualizó, recategorizó y construyó imágenes del mundo, demostrando lo polivalente de la política internacional.

Las teorías del imperio aparecen hoy renovadas, después de un *impasse*; una etapa de aturdimiento ante la velocidad de los cambios geoeconómicos y geopolíticos proponen llenar un vacío teórico y político ante un sistema internacional que aún yace en el desorden y la crisis.

El autor francés Alain Joxe propone una teoría a la que denomina “imperio del caos”, considerando dos referencias torales: la globalización económica y la política exterior norteamericana fundamentada en la agresión y en la guerra permanente contra el difuso enemigo externo. Con base en tales elementos, realiza una evaluación de catorce años de política exterior norteamericana en la historia mundial, y de doscientos años de desarrollo del pensamiento político.

La teoría del imperio del caos parte de delimitar el nuevo concepto de guerra. Esta ya no posee las mismas características del siglo XX, ya que la nueva guerra es intemporal; no tiene límites temporales, porque son de carácter continuo. Por otro lado, la nueva guerra deja de ser una violencia interestatal para convertirse en expediciones punitivas norteamericanas, tiene un carácter policiaco, atentatorio contra el derecho internacional y el sistema de Naciones Unidas. El prototipo de estas guerras nuevas es la guerra de Irak, en donde la expedición punitiva norteamericana no concluye con la ocupación; los objetivos iniciales de la expedición se tornan confusos, para dar paso a una situación de caos y desorden, que parece no tener fin.¹³ El autor plantea que

Este tipo de guerras interminables y sin un objetivo claro practican de manera permanente, como todas las guerras, amenazas de escalada, pero no ya pasando de la guerra de clase local o de la guerrilla a la guerra clásica de Estados y a la guerra nuclear entre imperios... La escalada “moderna” trepa sobre una escala que va desde la especulación inmobiliaria a la operación de policía en las esquinas, el asesinato selectivo, la represión paramilitar más insensata, la guerra terrorista con medios detallistas o masivos de destrucción

¹³ Alain, Joxe, *El imperio del caos*, 1a. ed. en español, Buenos Aires, FCE, 2003, pp. 9-25.

total; fundada en la supremacía aérea, la observación satelital precisa y el tiro en tiempo real, vale decir, articulado sin demora en el tiempo de la observación gracias a la revolución electrónica... Aunque basados en capacidades modernas estos ataques suscitan réplicas antiguas como el atentado suicida de venganza y el terrorismo artesanal. Se parecen más a las guerras de la Edad Media o de la Antigüedad por sus asimetrías, sus oropeles religiosos,... y sus tipos de actores.¹⁴

La guerra, como desregulación de la violencia que se desata contra todo lo que desde el siglo XVIII se consideró como progreso, destruye las identidades políticas y culturales por un reagrupamiento de oligarquías belicosas.

Las guerras punitivas norteamericanas, con sus ambigüedades y destrucción, crean ese imperio del caos, por su misma vaguedad de objetivos y la imposibilidad de controlar absolutamente todos los espacios de las actividades humanas, a pesar de su enorme poder militar, institucionalizan el desorden, por lo que el Joxe propone reconstruir el análisis político en torno a la política internacional sin considerar al Estado como el actor principal del sistema, salvo en la actividad diplomática —que por cierto su margen de maniobra se reduce cada vez más—. Esta es una tarea fundamental, ya que las élites globalizantes han debilitado las concepciones políticas, justamente por su naturaleza caótica extraterritorial.¹⁵

Esa reconstrucción del análisis político de la política internacional paralelamente debe acompañarse por una evaluación objetiva del poder norteamericano y su “función protectora” de las naciones sometidas. Joxe considera que los Estados Unidos no tienen la intención de hacerse cargo de tal protección y asumir la responsabilidad por sus aliados. Los Estados Unidos solamente llevan la conducción del imperio regulando el desorden¹⁶ a través de normas financieras y expediciones punitivas.

¿Cómo oponerse al imperio del caos? Con base en una reinterpretación y reconstrucción del pensamiento político de la modernidad, Joxe considera que es viable hallar las bases políticas para la oposición al imperio del caos por las repúblicas; es decir, la legítima resistencia debe gestarse con base en la república social y —con cierto eurocentrismo—; afirma que Europa tiene la capacidad para crear un programa útil y convertirlo en una estrategia de porvenir y no de regresión a las patrias imperiales.¹⁷

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

El imperio del caos desarrolla toda una serie de inconvenientes políticos para las naciones, vulnerando su viabilidad y vigencia histórica. Estos inconvenientes se pueden sintetizar en:

- a) una carrera armamentista orientada a enfrentar las explosiones sociales futuras;
- b) un militarismo imperial que mediante la amenaza letal le da forma al mundo;
- c) una paz global sustentada en pequeñas guerras y la matanza de los débiles;
- d) el desarrollo de dos escuelas imperiales: la gestión del libre mercado y la gestión del choque civilizatorio;
- e) un racismo cultural imperial;
- f) crisis y fracaso del sistema de Naciones Unidas;
- g) ausencia de derecho del más débil.¹⁸

Por su parte, Antonio Negri y Michael Hardt¹⁹ construyen la teoría del imperio, generando un intenso debate en torno a sus propuestas relativas al nuevo orden mundial.

Esta teoría parte de la aceptación del corte histórico modernidad-posmodernidad; por lo tanto, el viejo imperialismo centrado en la soberanía nacional de los Estados ha concluido, pues lo que realmente construyó fue una extensión de la soberanía de los Estados nacionales europeos más allá de sus fronteras nacionales. Su ocaso se deriva de su incapacidad para intercambiar los intercambios económicos y culturales. Los eventos de la economía mundial y de la política internacional así lo demuestran. La nueva era se caracteriza por la declinación de la soberanía nacional de los Estados, ya que el imperio no requiere de un centro de poder y de barreras o fronteras fijas. Constituye un aparato descentrador y desterritorializador.²⁰ La negación de un centro de poder la justifican en los siguientes términos:

No obstante, nuestra hipótesis básica de que ha surgido una nueva forma imperial contradice estos dos enfoques. Estados Unidos no constituye —y en realidad, ningún Estado-nación puede hoy constituir— el centro de un proyecto imperialista. El imperialismo ha terminado. Ninguna nación será un líder mundial como lo fueron las naciones europeas modernas... Por cierto, los Estados Unidos ocupan una posición privilegiada en el imperio, pero este

¹⁸ *Ibidem*, pp. 239-248.

¹⁹ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

²⁰ *Ibidem*, pp. 14 y 19-34.

privilegio no procede de sus similitudes con las antiguas potencias imperialistas europeas, sino de sus diferencias.²¹

Según Hardt y Negri, la noción de imperio ya había sido esbozada por los padres fundadores de la nación americana en su Constitución, y fue madurando a lo largo de los siglos XIX y XX. Ahora solo ha emergido en el espacio de fronteras abiertas por la globalización. Visto así el asunto, los Estados Unidos no tendrían la posibilidad objetiva de manejar hegemonicamente los poderes imperiales de la opresión y la destrucción. Tal hipótesis ha sido muy cuestionada, como la de su afirmación tajante: “la modernidad fue europea y la posmodernidad será norteamericana”.

La siguiente cuestión de la teoría del imperio es la de dilucidar la naturaleza del poder imperial capaz de establecer un orden mundial o algo que se le parezca. Para ello señalan tres elementos característicos del orden imperial: la primera indica que el dominio del imperio no tiene fronteras, abarca al mundo entero; la segunda señala que su dominio va más allá de los límites temporales, y la tercera afirma que el dominio imperial se extiende hacia todos los registros sociales y penetra en lo más profundo del mundo social.

Para implementar el ejercicio del poder y la dominación imperial, los autores nos sugieren un modelo de autoridad imperial. Este modelo le otorga el estatus de nuevo paradigma, consistente en una producción centralizada de normas y una extendida producción de legitimidad que se difunden a lo largo y ancho del mundo; una especie de ejercicio de la autoridad sin gobierno, debido a que arrastra a todos los actores a un orden sistémico. Los conflictos tienden a resolverse por el derecho imperial, que impone los procedimientos, los principios y los acuerdos que conducen a un equilibrio sistémico; es decir, el orden está preconstituido, y es relativamente autónomo de cualquier Estado-nación soberano. El centro que hace posible la respuesta sistémica es un tanto difuso, y hace fluir constantemente una regulación efectiva y en un determinado caso la coerción imperial.²²

El modelo de autoridad imperial quedaría tronco si no se determinara su naturaleza de excepcionalidad; es decir, para poder controlar y dominar las situaciones que fluyen constantemente, la autoridad interviniente define la intervención a realizar, y tiene la capacidad de poner en marcha el mecanismo de la fuerza para resolver las crisis y/o conflictos, y así restaurar el equilibrio sistémico. A este derecho lo identifican con el término de “de-

²¹ *Ibidem*, p. 15.

²² *Ibidem*, p. 30.

recho de policía”. El modelo de autoridad imperial es entonces un modelo policiaco, de terror y opresión en aras del “sistema postmoderno” (¿?).

Pero el modelo de autoridad también requiere de una específica forma de poder, para poder ser viable. Hardt y Negri nos ofrecen una explicación salpicada de visión foucaultiana, al afirmar que el imperio desarrolla la vertiente del biopoder, que es necesario para la existencia de una sociedad de control postmoderna, ya que no se requiere disciplinar al hombre en los términos de la modernidad, sino controlar todos los aspectos de su vida. Al respecto nos dicen:

El biopoder es una forma de poder que regula la vida social desde su interior, siguiéndola, interpretándola, absorbiéndola y rearticulándola. El poder solo puede alcanzar un dominio efectivo sobre toda la vida de la población cuando llegue a constituir una función vital, integral que cada individuo apoya y reactiva voluntariamente... La función más elevada de este poder es cercar la vida por los cuatro costados y su tarea primaria es administrar la vida... El biopoder se refiere pues a una situación en la que lo que está directamente en juego es la producción y la reproducción de la vida misma.²³

Esta forma de ejercicio de poder imperial da paso a la biopolítica, un dominio absoluto sobre nuestras vidas para ajustarlas a los requerimientos sistémicos del orden prefigurado con base en “valores universales”.

A este orden sistémico postmoderno le corresponde una cierta “sociedad civil” global constituida no solamente por las élites globalizantes, sino por un conglomerado de seres humanos al que denominan como “multitud”, que es el sujeto social global capaz de crear las resistencias necesarias para el cambio sistémico global. La “multitud” se redescubre como el sujeto de cambio en el mundo, con una nueva identidad antiimperial distinta a las configuraciones clasistas propias del marxismo de la modernidad.

El conjunto de teorías que hemos revisado brevemente son generalizaciones que pretenden determinar las condiciones y el rumbo del poder mundial y del nuevo orden internacional; las teorías críticas (imperio del caos e imperio) plantean una vertiente más humanista para abordar la política mundial, y la globalización, pues son las únicas que sustentan una propuesta de cambio mundial, solo que de manera ambigua.

Nosotros retomamos los elementos vertidos para plantear que la política mundial o global entendida como la hegemonía imperial de los Estados Unidos y fundamentada en las expediciones o guerras punitivas, sea por intervención directa o en apoyo a sus aliados incondicionales, así como de su credo económico global, impuesto a través de las instituciones multilate-

²³ *Ibidem*, p. 38.

rales, ha aumentado la inseguridad global generando una crisis humanitaria global. Entendemos por crisis humanitaria global, por una parte, el incremento de la inseguridad del género humano, derivado del desmesurado armamentismo con un poder destructivo convencional nunca antes visto, el terrorismo de Estado y el terrorismo de los grupos fundamentalistas, la delimitación geopolítica de zonas de “seguridad global”, que afectan a naciones (como en el caso de Palestina) y la impunidad global de que están revestidas las grandes potencias y algunos de sus aliados; por la otra, como las condiciones de pobreza, desigualdad económica producto de la exclusión globalizadora de los sectores tradicionales, el alto crecimiento de la natalidad, aunado a las condiciones paupérrimas de desarrollo social y, finalmente, el deterioro de los ecosistemas, así como la producción de energéticos alternativos, que han impactado la producción de alimentos y sus precios relativos en el mercado mundial.

La crisis humanitaria²⁴ no es nueva; los imperios coloniales europeos llevaron a cabo prácticas de esclavismo, extinción y explotación de grandes grupos humanos, como los negros e indígenas de América Latina. En el siglo XXI, en pleno auge de la Tercera Revolución Tecnológica, la crisis cobra dimensiones inimaginables en otras épocas. Ya desde finales del siglo XX se plantearon perspectivas humanitarias en la política mundial; por ejemplo: valores primarios, como la justicia social y económica; respeto a la naturaleza humana; imposición normativa a la política mundial para un cambio sistémico o un fuerte componente ético para un gobierno mundial.²⁵

La visión del humanitarismo global estaba llena de un optimismo idealista, que contradecía los hechos que generaban las interacciones de un mundo global. A pesar de plausibilidad, no tuvieron eco en los gobiernos nacionales que entronizaban al nuevo hegémón. Hoy, en tiempos de caos y desorden, que muestran las fallas del orden mundial policiaco, el fracaso del globalismo que vive una crisis profunda, se abre una oportunidad nuevamente para replantear la viabilidad del género humano en un mundo violento. La oposición a la violencia estructural del sistema tendrá múltiples componentes (político, económico, social, cultural y ético-moral) para las relaciones internacionales,²⁶ que deberán ser considerados en la naturaleza de un sistema internacional menos asimétrico que relegate el viejo principio del realismo norteamericano y fomente una interdependencia cooperativa hacia el desarrollo humanista y equitativo.

²⁴ Gurlov, Mel, *Política humanista global*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1990, pp. 13-25.

²⁵ *Ibidem*, pp. 58-95.

²⁶ Cuadra, Héctor, *Reflexiones sobre ética y política internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2008, pp. 31-52.

III. EL REALISMO Y LA POLÍTICA EXTERIOR NORTEAMERICANA EN EL MEDIO ORIENTE (UN CASO LÍMITE DE LA CRISIS HUMANITARIA GLOBAL)

La conformación del orden bipolar y la guerra fría dejó claro el equilibrio del sistema internacional. La Unión Soviética y los Estados Unidos, como potencias preeminentes, implícitamente fijaron los principios en los que se debía estructurar la competencia geopolítica; el conflicto estratégico se estancó en Europa en la década de los años cincuenta, y en la medida en que se volvía improbable la confrontación nuclear, el tercer mundo cobró relevancia como el escenario propicio para que midieran fuerzas, establecieran zonas de influencia, ensayaran nuevas doctrinas militares y delimitaran el alineamiento y realineamiento de las naciones emergentes del proceso de descolonización y las exigencias de un derecho para el desarrollo.

Para la política exterior norteamericana, cada región del tercer mundo poseía un valor geoestratégico (América Latina, África, Asia Central). Si exceptuamos el caso cubano y la crisis de los misiles de los años sesenta, detonada por “razones de seguridad nacional”, ninguna de estas regiones tenía un valor geoestratégico y geoeconómico tan alto como el Medio Oriente. Su valor se definió por varios criterios estratégicos; entre ellos podemos identificar la posesión de la principal fuente de energéticos a nivel mundial, necesarios para el funcionamiento de las sociedades industrializadas, y su posición geográfica para limitar la expansión soviética. Estos criterios aplicados en plena guerra fría hacían de esta región una fuente segura de inestabilidad mundial.

La potencialidad desestabilizadora del Medio Oriente radica al menos en tres factores: cultural, religioso y económico. Su extensión geográfica ha sido cuna de culturas antiguas, pero también la referencia de las tres religiones monoteístas con importante presencia mundial, el islamismo, el judaísmo y el cristianismo, como resultado de la pugna por la verdad eterna. Los choques entre estas tres grandes religiones han determinado a lo largo de la historia, guerras de diferente propósito e intensidad. En el siglo XX estos conflictos sirvieron para encubrir la política de gran potencia y las verdaderas intenciones de las grandes compañías petroleras transnacionales.

El Medio Oriente mostró su capacidad conflictiva vital, al ser receptivo de la presencia soviética a través de Egipto, que al abanderar el ideal de Nasser toca un punto neurálgico de Occidente y desata la primera gran crisis de la segunda mitad del siglo XX, conocida como “la crisis de Suez”, que se aderezaba con los saldos de la imposición armada del Estado judío de 1948.

La presencia soviética en la región se vinculó a las manifestaciones de nacionalismo árabe y su repudio a la presencia francesa y británica; la URSS suministró armamento a los nacientes ejércitos nacionales árabes, que sentían como humillación imperial al Estado de Israel. Pero eso no era todo, ya que por otro lado se volvía insostenible la presencia británica sin el compromiso norteamericano de hacerse cargo de los saldos imperiales europeos. En consecuencia, y en vista del desarrollo de los acontecimientos, los norteamericanos optaron por aplicar en el Medio Oriente la teoría de la contención extendiendo el llamado cordón sanitario.

La crisis se manifiesta tempranamente. El fracaso del Pacto de Bagdad, como mecanismo de contención, en función de la incapacidad de las potencias occidentales para frenar el nasserismo militante y su alineación al bloque soviético. La incomprensión del cambio egipcio y su liderazgo en el mundo árabe se hizo patente en la disparatada estrategia franco-británica-judía, que puso en jaque a la diplomacia norteamericana.²⁷

La decisión de una acción armada unilateral franco-británica-judía para mantener la libre navegación del canal de Suez y revertir el proceso de nacionalización nasseriano se topó con la negativa norteamericana a embarcarse en tal aventura invocando la razón de posición diferenciada en torno a regiones y problemas diferenciados; es decir, respecto de Suez y el problema colonial, los Estados Unidos asumían su no compromiso con los propósitos de los antiguos imperios europeos. Los norteamericanos sellaron así el inicio de la decadencia de la Gran Bretaña y Francia como potencias en el Medio Oriente. Nunca más volverían a ocupar el nicho imperial. Los ingleses perdieron prestigio e influencia sobre los jordanos e irakíes, y mostraron su debilidad, al igual que Francia, al requerir de la ayuda israelí para mantener su presencia.

En suma, la contención en la región no desalentó la presencia soviética; en cambio, la diplomacia norteamericana modificó sustancialmente la presencia occidental menoscabando a los británicos y franceses; es decir, estableció un nuevo equilibrio en la región, que le permitió, en palabras de Kissinger, “una oportunidad de aplicar su verdadera vocación, que era acaudillar al mundo en desarrollo”, que jamás podría hacerse realidad.²⁸

La década de los sesenta resultó demasiado larga y complicada para los norteamericanos. La inestabilidad política de la región y las sucesivas guerras derivadas del conflicto árabe-israelí preparaban para la década siguiente las condiciones para un nuevo equilibrio generado por el cambio

²⁷ Kissinger, Henry, *La diplomacia*, 1a. edición en español, México, FCE, 1995, pp. 510-538.

²⁸ *Ibidem*, p. 522.

del régimen internacional del petróleo, para usar los términos de Robert Keohane.²⁹

La relativa estabilidad hegemónica norteamericana no se quebrantó del todo. En realidad, los soviéticos nunca pudieron consolidar sus alianzas con el nacionalismo árabe, sobre todo después de la muerte de Nasser. Esto quedó demostrado con el cambio radical que asumió Sadat y la paz pactada por Egipto con los israelíes, modificando sustancialmente en tablero estratégico, poniendo en evidencia la solidaridad de los pueblos árabes y transformando la cuestión palestina en un asunto que podía ser negociado sin involucrar directamente los intereses vitales de las naciones árabes.

La crisis petrolera primariamente dejó entrever la pérdida de capacidad por parte de los Estados Unidos para controlar el régimen de precio y de producción petrolera, pues la propiedad de los recursos petroleros se desplazó desde la década de los sesenta, de manera paulatina, de manos de las empresas transnacionales hacia los gobiernos de los Estados propietarios de los recursos petroleros.

La Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) se convirtió en el actor primordial, tal como se evidenció en las negociaciones de Teherán de 1971, y en las decisiones adoptadas en relación con los precios y la oferta petrolera después de la guerra de Yom Kippur, de octubre de 1973. Una retórica ríspida y amenazas latentes acompañaron el periodo, en el que finalmente los Estados Unidos aceptaron límites al embargo árabe, así como las nuevas reglas adoptadas en 1977.

Pero la vitalidad y viabilidad de la OPEP como actor determinante en el Medio Oriente estaba condenada a perecer en el mediano plazo. Los norteamericanos reafirmaron su hegemonía en la región, a la cual jamás renunciaron, alentaron el militarismo israelí, dotándolo no solamente de armamento sofisticado, sino asintiendo la política de colonización judía y la lucha por el espacio vital del Estado de Israel, lo que se tradujo en la invasión y ocupación del sur de Líbano, no importando su destrucción económica y su fragmentación política y territorial.

El equilibrio hegemónico se fue restaurando en los años ochenta con ciertas modalidades y saldos de la década anterior. A la división del mundo árabe se sumó una influencia cada vez mayor de su visión islámica en detrimento del secularismo nacionalista, que había hecho posible el movimiento panárabe; así, las sectas islámicas (chiítas, sunitas, wabitas, etcétera) reivindicaron sus postulados religiosos, revistiéndolos de un carácter teleológico

²⁹ Keohane, Robert, *Instituciones internacionales y poder estatal*, Buenos Aires, GEL, 1993, p. 111.

inevitable para los pueblos que lo asumen en su cosmogonía ontológica; un destino fatalista que rememora las antiguas batallas con el cristianismo del siglo XI y deja de lado las necesidades humanas.

El islam, como civilización, complica el escenario del Medio Oriente, pues con el surgimiento de la República islámica de Irán se fractura aún más la resistencia a la hegemonía occidental. Británicos y norteamericanos rehacen el tablero diplomático-estratégico ante el vacío que deja una URSS cada vez más deteriorada por el abandono que le hacen sus antiguos aliados. Al rehacerlo fortalecen a otros actores regionales para tejer nuevos puntos de referencia geopolítica, y salta al escenario Irak, nación que será la encargada de detonar un nuevo conflicto, pero ya sin la premura por el control del petróleo que tanto aquejaba al mundo industrializado una década anterior.

El conflicto armado Irán-Irak será el ensayo fallido de las potencias occidentales para frenar el crecimiento de la influencia ideológica del islam en la región, fundamentalmente de sus expresiones más radicales, que cuestionan la presencia de los norteamericanos y su influencia decisiva en la conducción de los gobiernos locales y sus instituciones domésticas. El ensayo de esta guerra resultó ser fatal para el género humano, por el número de víctimas en la población civil de ambos bandos, por el uso de nuevas armas químicas, por la carrera armamentista desatada por los beligerantes, por la destrucción de la infraestructura básica y la economía de ambas naciones. El nivel de vida de sus pobladores bajó de manera sensible conjuntamente con sus indicadores de bienestar y desarrollo. Lo más lamentable fue la consolidación de las tendencias fundamentalistas.

En el largo plazo se propició el fortalecimiento militar regional de Irak, sus tendencias expansionistas expresadas a través de sus reivindicaciones territoriales sobre Kuwait y oportunamente, su apoyo decidido a la causa del pueblo palestino, motivo de la solidaridad árabe en el pasado.

El desequilibrio gestado por la denominada primera Guerra del Golfo tuvo a escala global consecuencias inesperadas. La coincidencia de objetivos para salvaguardar la paz en la región de los dos antiguos antagonistas de la guerra fría. Una URSS impotente para identificar sus propios objetivos de política exterior para la región y los Estados Unidos, que asumían la debilidad de su anterior rival.

La política internacional por vez primera adquiría proporciones globales. El equilibrio en el Medio Oriente era una preocupación de estadistas provenientes del conflicto ideológico y estratégico, pero que ahora compartían una visión global de intereses, que resultaban prioritarios para un mundo envuelto en cambios vertiginosos e irreversibles: Gorbachov y Bush pa-

dre se ponían de acuerdo sobre las modalidades de la guerra y las imponían al Consejo de Seguridad de la ONU para cerciorarse de que ningún agente estatal nacional pusiera en peligro los equilibrios que requería la seguridad global. El resto es historia conocida. Las restricciones impuestas al régimen de Saddam Hussein eran el preámbulo para la ocupación y destrucción de Irak bajo un concepto reelaborado de seguridad global unilateral.

La cuestión árabe-israelí dio paso a nuevos episodios en el escenario internacional. El chiísmo sustituyó al nacionalismo árabe, y los fundamentalismos religiosos aderezaron la explosividad regional; los palestinos, que habían resistido los embates de los fundamentalistas, tuvieron que ceder electoralmente ante ellos, y la muerte de Arafat les privó de un liderazgo laico unificador que les permitiera enfrentar la agresión israelí. La doctrina del Estado judío respecto del espacio vital de Israel y su seguridad nacional engarzó perfectamente en la ruta de la seguridad global unilateral citada.

Los norteamericanos pusieron en crisis a las instituciones internacionales del sistema de la ONU al determinar que la región del Medio Oriente era el medio natural para librar la lucha civilizatoria que Huntington³⁰ había anticipado; por lo tanto, también debía de considerarse parte del espacio vital norteamericano, por lo que decidió una guerra unilateral an-glosajona por el petróleo de Irak, vulnerando toda norma existente acerca de la solución pacífica de los conflictos entre los Estados. Quedó definido entonces el contenido y alcance de la seguridad global unilateral.

La administración de George W. Bush enderezó su política exterior hacia la recuperación de los principios del realismo basado en la lucha por el poder entre las naciones, la hegemonía global, la identificación de los enemigos del orden mundial en función de un eje del mal constituido por Estados canallas, a los que debía dirigirse la fuerza militar para su sometimiento al orden y a la seguridad global, ya que representaban una amenaza a la cultura occidental, a sus instituciones y a sus valores democráticos. Ocho años de realismo norteamericano serían suficientes para que el mundo quedara atrapado en una crisis humanitaria de costos desproporcionados.

Los atentados reales o inducidos del 11 de septiembre a las torres gemelas en Nueva York dieron la pauta para la acción militar punitiva global. La estrategia antiterrorista vinculó al Estado judío con la suerte de “Occidente”, de tal manera que asegurar su supervivencia y fortaleza era básico para el equilibrio del tablero regional y global. La retórica antiterrorista se aderezó de consideraciones teológicas y mesianismos judeo-cristianos para sacralizar la cruzada unilateral en contra de la maldad innata del alma

³⁰ Huntington, Samuel, *El choque de las civilizaciones*, Paidós, 1997, pp. 19-94.

humana a la usanza del fundador del realismo norteamericano: Reinhold Niebuhr.

Se llevó a cabo una invasión más a Líbano, al que previamente se había golpeado y desestabilizado de tal manera que se redujera a nada la presencia de Siria, que garantizaba su integridad territorial después de la guerra de los años setenta. La destrucción del sur de Líbano se justificó en la construcción discursiva antiterrorista y del espacio vital global; una vez más se echó a andar la maquinaria de guerra israelí, abastecida por los norteamericanos, y como ya ha sido costumbre, se omitieron en la contienda la observancia de las normas de derecho humanitario, se obstruyó la asistencia humanitaria a Líbano como parte de la estrategia político-militar para destruir al chiísmo militante de Hezbolá, aunado al ataque y bombardeo a la población civil y la destrucción de la infraestructura libanesa. El ejército israelí tuvo que abandonar el Líbano sin haber logrado los objetivos militares, y este fracaso puso en evidencia lo endeble de las expediciones punitivas.

El conflicto en el Medio Oriente demuestra una situación grave, sin control y sin posibilidades de intervención de los organismos humanitarios, el agotamiento y fracaso del sistema de Naciones Unidas, del derecho internacional y, en general, de las precarias instituciones internacionales. Esto ha generado una crisis humanitaria en la región en detrimento de las naciones punibles o castigadas que no ven un panorama claro para el restablecimiento de la paz y la concordia.

El número de muertos en Irak y en Afganistán se incrementaron diariamente sin que sea previsible detener la escalada de violencia estructural (los cálculos más conservadores ubicaron un promedio de cuarenta muertes diarias entre atentados terroristas y “daños colaterales”). Esas naciones han retrocedido en la historia, viven auténticos enfrentamientos tribales y sectarios como efecto de una intervención policiaca, que lleva a cabo una guerra observable solo a través de los medios de comunicación “amigos”. La censura impuesta no permitió conocer exactamente los estragos en la población civil, en la que los niños y las mujeres son las víctimas más comunes.

La censura se extendió a través del régimen de excepcionalidad al que son sometidos los sospechosos de terrorismo, sin que se les llegue a formar proceso. Fueron recluidos en Guantánamo o en prisiones secretas de la Agencia Central de Inteligencia (CIA por sus siglas en inglés) de carácter transitorio o ambulante (por ejemplo, embarcaciones), en plena violación a los más elementales principios del derecho internacional, de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

El último asalto a la franja de Gaza ha sido el último ejercicio punitivo en la región, contando con la anuencia, el apoyo diplomático como en el

Consejo de Seguridad de los Estados Unidos, la indiferencia de las potencias occidentales ante la notoria debilidad del contrincante palestino y el silencio de los foros internacionales. Solo las organizaciones humanitarias internacionales han denunciado el terror, la muerte y la destrucción sembrados por el ejército israelí, como un uso de la sinrazón. Resulta inconcebible que entre las víctimas de los ataques judíos se encuentren las instalaciones de la ONU sin justificación alguna, más que la mera especulación dolosa de ser espacios para planear y ejecutar ataques de la resistencia de Hamas, sin que esto cause la más mínima condena de la “civilizada” comunidad internacional.

El Medio Oriente es un caso límite de crisis humanitaria, aunque no el único; es la región más insegura del mundo, en el que la concentración de armamentos la convierte en un lugar propicio para las prácticas terroristas, tanto punitivas de la política imperial norteamericana como de grupos fundamentalistas; en esa región es en la que se ha producido —usando los términos de Tariq Alí— “el choque de los fundamentalismos”, realismo norteamericano *vs.* islam militante. Es el caso en el que la impunidad internacional es una constante que pesa sobre la población civil, que vive en condiciones paupérrimas con un elevado número de víctimas mortales y saldos de minusválidos. La devastación es sobrecogedora, y la reconstrucción, imposible.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. La naturaleza del poder global, tal y como se ha abordado por los diversos enfoques teóricos, críticos y no críticos, profundiza las asimetrías en las relaciones internacionales, conduce al unilateralismo en los asuntos mundiales, hace más inseguro el mundo del siglo XXI en función de su estructura de seguridad global centrada en la protección de los Estados Unidos.

SEGUNDA. El poder convirtió al mundo en un espacio inseguro, porque su ejercicio en los últimos ocho años se fundamentó en los principios del realismo, que apuntaló la política exterior de superpotencia que afectó el viejo consenso de las potencias occidentales posguerra fría.

TERCERA. El ejercicio del poder global por los Estados Unidos fundado en el realismo fomentó aún más el terrorismo fundamentalista y extendió deliberadamente esta identidad como peligro a la seguridad global hacia los grupos de disidentes políticos y organizaciones humanitarias.

CUARTA. Los ocho años de ejercicio realista del poder norteamericano han propiciado las crisis humanitarias más graves de los últimos cincuenta

años (inseguridad, muerte, destrucción, hambrunas, descuido de los asuntos del medio ambiente, etcétera).

QUINTA. La alternativa a la política realista es la política humanitaria global; es decir, una conducta sistémica por parte de agentes estatales y no estatales fundamentada en la necesidad de preservar al género humano y su entorno en condiciones de inclusión, pluralidad y diversidad cultural, democracia, justicia económica y social, equidad de género, paz mundial y desarme internacional, observancia y respeto al derecho internacional, a los derechos humanos, a la reforma integral al sistema de Naciones Unidas y a las instituciones internacionales; finalmente, prioridad en la atención y solución de los asuntos planetarios del medio ambiente, de tal manera que puedan desarrollarse interacciones de interdependencia, responsabilidad y desarrollo del ser humano.

V. BIBLIOGRAFÍA

CUADRA, Héctor, *Reflexiones sobre ética y política internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2008.

GURTOV, Mel, *Política humanista global*, Barcelona, Ediciones Pomares-Corredor, 1990.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio *Imperio*, traducción de Alcira Bixio, Barcelona, Paidós, 2002.

HUNTINGTON, Samuel, *El choque de civilizaciones*, traducción de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidós, 1997.

JOXE, Alain, *El imperio del caos*, traducción de Víctor Goldstein, México, FCE, 2003.

KEOHANE, Robert, *Instituciones Internacionales y poder estatal*, traducción de Cristina Piña, Buenos Aires, 1989.

KISSINGER, Henry, *La diplomacia*, traducción de Mónica Utrilla, México, FCE, 1995.

LAIDI, Zaki, *Un mundo sin sentido*, traducción de Jorge Ferreiro, México, FCE, 1997.

OROZCO, José Luis, *De teólogos, pragmáticos y geopolíticos*, Barcelona, UNAM, 2001.

REICH, B. Robert, *El trabajo de las naciones*, traducción de Federico Villegas, Buenos Aires, Javier Vergara, 1993.

PARTE IV

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y COMPARADO

ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO: LUCES Y SOMBRAS¹

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN²

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Notas preliminares en torno a la familia internacional.* III. *Normativa convencional.* IV. *Derecho autónomo mexicano en materia de adopción internacional.* V. *Conclusiones.* VI. *Relación de fuentes documentales y electrónicas.*

I. INTRODUCCIÓN

Son muchas las cuestiones que deben dar pie al inicio y, por ende, a la reflexión, de un trabajo relacionado con la familia internacional. Un tema que cobra fuerza y vigor día con día, dada la interactuación con una diversidad de realidades. El cambio es vertiginoso. Si apuntamos, por ejemplo, en materia de adopción a los orígenes que dio pie a esta institución, en donde la clave era perpetuar la estirpe familiar, cuestiones sucesorias o simplemente una cuestión patrimonial cuyo objeto era designar a una persona para que administrara el patrimonio, y lo extrapolamos a la actualidad, en donde la

¹ El grueso de esta contribución corresponde al trabajo de ingreso como miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, presentado el 8 de noviembre de 2008 en el XXXI Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en la Universidad Anáhuac México Sur. Dicho trabajo, en su totalidad, será objeto de publicación con el título “Luces y sombras convencionales y autónomas en materia de adopción internacional. Contexto y proyección en México”, *Revista de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, núm. 2009 (en prensa). La versión que presentamos en esta ocasión es una versión reducida, al no quedar contemplada la Proyección de México ante el Anteproyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado.

² Doctora en derecho. Investigadora titular definitiva en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Distinción Universidad Nacional Autónoma de México Jóvenes Académicos, Investigación en Ciencias Sociales 2008.

adopción es una cuestión del estado civil, y en donde la finalidad es la protección del menor, ya con esa perspectiva vemos el cambio, y por tanto la necesidad de reconceptualizar y normativizar, sin dispersión y en congruencia, una institución como la adopción internacional en la actualidad.

Una cuestión puntual que debemos destacar es la inquietud en México, por parte de una doctrina muy reconocida, de legislar en materia de derecho internacional privado (en adelante DIPr), y prueba de ello lo tenemos desde el momento en el que se idea la configuración de una Ley Federal de Adopción en 1988 o las reformas en materia familiar que se consolidaron en 1998, quizá no todo lo detallado o acertado que la doctrina hubiera querido, pero sí como denotativo del interés por armonizar la legislación en la materia. El momento cumbre, para paliar la dispersidad normativa que caracteriza a México, en parte como consecuencia de su condición de Federación, lo tenemos en el Proyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado impulsado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, y que tomó forma después de las sesiones de trabajo realizadas en su Vigésimo Noveno Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, celebrado en Puebla en noviembre de 2005.

La adopción ha evolucionado significativamente tanto desde el punto de vista internacional como desde el punto de vista interno o nacional; en concreto, en México lo vemos en el incipiente florecimiento de la cultura de la adopción nacional y en la inquietud del cambio de actitud hacia una cultura de la adopción diferente, en donde se reclamen en una solicitud de adopción niños “mayorcitos”, grupos de hermanos o niños con algún tipo de enfermedad y/o discapacidad. Pero necesitamos más; necesitamos seguir avanzando hacia el aterrizaje de la armonización de la regulación normativa (convencional, federal y local) y su aterrizaje en la práctica diaria.

Todas estas son cuestiones que venimos persiguiendo, como objetivo primordial, pero que aún no hemos logrado; cuestiones de extrema urgencia, para que el menor no siga institucionalizado, creciendo en las magníficas casas-cunas y casas-hogares que tenemos en el Sistema DIF o en las casas de asistencia privada, pero al fin y al cabo institucionalizados, sin un papá o una mamá de veinticuatro horas. El objetivo es que en interés superior del menor, cuando el niño no se puede quedar con su familia biológica, se derive al mismo a una familia nacional, y como último remedio de protección del menor se ubique al mismo en una familia internacional. Este es el ducto por el que se conduce el interés superior del menor a través del principio de subsidiariedad cuando de la adopción internacional hablamos.

México es criticado con frecuencia por su práctica de firmar y ratificar, con cierta facilidad y alegría, todos los instrumentos internacionales que se le ofrecen o proporcionan. Para nosotros, esa práctica por supuesto que no es objeto de ninguna “sanción” o “castigo”; no obstante, lo que sí es preocupante es no utilizarlos y armonizarlos con nuestra normativa autónoma mexicana en atención a la protección internacional del menor, y, por ende, en atención al principio toral, que es el interés superior del menor.

México, como país emisor de menores, ha tenido el cuidado de estar atento y presente tanto en los foros de codificación de ámbito universal, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como en los foros de codificación regional, en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, las conocidas por sus siglas como CIDIP, y ha sido prácticamente el primero en firmar los convenios que existen en materia de protección internacional de menores; es decir, en materia de adopción la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 y la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Convenios todos ellos, en materia de adopción, y generalizamos en este momento, que marcan un hito en la materia, y que desarrollan de manera muy especializada tres pilares fundamentales en DIPr, a saber: dichos convenios regulan la competencia judicial internacional; es decir, determinan cuál es el juez nacional competente internacionalmente; el derecho aplicable a dicha figura jurídica, y la cooperación internacional. Tres pilares, como decimos, fundamentales para el DIPr.

Afirmamos con rotundidad que los convenios internacionales son fuente del derecho de acuerdo con artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Tras varias interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (una en 1999 y otra en 2007, con el Amparo en Revisión 1277/2004) sabemos que los tratados están situados en un escalón *infraconstitucional*, pero

supralegal.³ Así, en concreto, estas convenciones citadas deben estar en plena armonía con la Constitución y respetarla, al tiempo que deben guardar armonía con las leyes que se sitúan en un plano aplicativo inferior.

Por otra parte, México, en su carta magna, estipula, a través de sus artículos 124 y 73, que las facultades que expresamente no se encuentran otorgadas a la Federación se entienden que son facultades otorgadas a los estados; concretamente, en materia familiar la jurisdicción es de cada uno de los estados de la Unión; es decir, es competencia local, y así, cada estado tiene su propio código civil y su propio código de procedimiento civil, y de ahí que confluyan 31 códigos civiles más el Distrito Federal y 31 códigos de procedimientos civiles más el Distrito Federal, en donde la dispersidad normativa reina por su presencia, independientemente de que la tendencia de todos estos códigos sea acercarse al Código Civil del Distrito Federal (CCDF) y al Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal (CPCDF), cuestiones que no son muy acertadas, dadas las incongruencias que tenemos en la legislación del Distrito Federal, como veremos más adelante.

II. NOTAS PRELIMINARES EN TORNO A LA FAMILIA INTERNACIONAL

En el apartado anterior hacíamos referencia a los cambios radicales que atravesamos, en pleno siglo XXI, en relación con el derecho de familia en un mundo globalizado. Como ejemplo de esta aseveración, tenemos un nuevo concepto de familia internacionalizado, en donde proliferan los matrimonios mixtos, por razón de la nacionalidad, se demandan derechos de custodia y visita, reclamaciones de alimentos, demandas por secuestro internacional de menores, y de ahí la internacionalización de la adopción.

Cuando nos referimos a la adopción internacional que se da en la actualidad, siempre lo hacemos invocando el carácter de fenómeno social,⁴ dada la dinámica que ha cobrado dicha institución.

³ Por supuesto que ambas tesis, ante convenios internacionales de distinta naturaleza, necesitan de una serie de apreciaciones, hacia la idoneidad o no y la proyección correcta o no, aparejadas en ambas tesis aisladas, que serán objeto de comentarios en las páginas sucesivas.

⁴ Van Loon, J. H. A. , “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger. Document préliminaire 1 d’avril 1990”, *Actes et Document de la Dix-septième session*, tome II, Conference de La Haya de Droit International Privé, 1994, pp. 22-56; Van Loon, J. H. A., “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 214 y ss.; Jametti Greiner, Monique y Bucher, Andreas, “La Dix-septième session de la Conference de La Haya de Droit International Prive”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Europeen*, 1 febrero 1994, pp. 55-102.

Tal y como expresamos en las primeras páginas de este estudio, la evolución en los objetivos y fines de la adopción han sido más que notorios, pasando de la perpetuación de la estirpe a un sistema de protección del menor, en donde se plantea su idoneidad en las diferentes y nuevas estructuras familiares.

Por otro lado, en la actualidad hay que marcar la relación directa que existe entre los países desarrollados/países en vía de desarrollo y su índice de natalidad como una cuestión evidente, palpable. La inversión de la pirámide poblacional en aquellos países con un alto desarrollo es un fenómeno que no asombra, pero no por ello deja de alarmar, así como la juventud de la población de aquellos países en vía de desarrollo. Obviamente, hay una relación directa entre esta situación y el “exceso” o la “falta” de planificación familiar.

Esta situación desnivelada, descompensada de la natalidad, ha provocado, por un lado, la afluencia de niños en situaciones de abandono, niños, en el mejor de los casos, institucionalizados, y por otro lado, familias carentes de hijos que buscan dar un hogar a un niño en una situación de desamparo. Ya no es un caso aislado que ante una familia numerosa con escasez de recursos, educación, etcétera, se desvinculen de los hijos, y tampoco es un supuesto extraño la alternativa de una familia de aumentar la misma vía adopción nacional o internacional.

En aquellos países desarrollados en donde la baja natalidad impide, incluso, la opción de la adopción nacional,⁵ la vía más recurrida es la adopción internacional. Así las cosas, vemos un trasiego transfronterizo en la actualidad de gran envergadura, en donde la interactuación entre los países de emisión de menores, de origen de los niños, y los países de recepción de menores, país de llegada de los menores, es realmente importante, y aun debería serlo más, vía cooperación internacional, derivada de la postura indubitable de darle protección al menor a través de su interés superior.⁶

⁵ Listas de esperas, en adopción nacional, cerradas en las que solo hay la opción en el caso de desear y, además, estar preparados para ello, adoptar a grupos de hermanos, niños “mayorcitos” o niños con algún tipo de enfermedad y/o discapacidad.

⁶ Interés superior del menor (ISM), considerado como uno de los conceptos jurídicos indeterminados, que debe irse perfilando en cada caso concreto que se presenta en la práctica. Su indeterminación necesita ser estudiada caso por caso. Pérez Vera, Elisa, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, esp. pp. 180-182; Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La protección del menor en derecho internacional privado”, *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995, p. 36; Moya Escudero, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 9, los define como un “concepto multiforme y susceptible, en principio, de tantas concresciones como operadores jurídicos, y variable de país a país, con una maleabilidad

III. NORMATIVA CONVENCIONAL

La normativa internacional, a través de importantes convenios de ámbito regional y de ámbito universal, ha prosperado, y de manera paulatina ha progresado en la regulación de la protección internacional de los menores. Instrumentos internacionales que una vez firmados y ratificados por cada uno de los Estados parte pasan a formar parte de su normativa autónoma, y por lo tanto son derecho vigente para cada uno de ellos, y en donde aún tenemos que poner el acento en su conocimiento y eficiencia práctica por parte de todos los interlocutores que intervienen en un caso de adopción internacional; es decir, por parte de las autoridades competentes o centrales, juzgadores, abogados, profesores, asesores, e incluso de la propia ciudadanía, y sobre todo aquella que tiene un punto de mira en la propia adopción internacional.

Con la aparición de los diferentes tratados internacionales de protección del menor se concibe a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar, que permite a los niños, huérfanos o abandonados, beneficiarse de una familia permanente, buscando siempre el interés superior del menor como un principio toral.

En esta contribución pretendemos analizar todos los instrumentos internacionales sobre la materia, firmados y ratificados por México, reflexionando sobre los avances y retrocesos de su regulación internacional, su implementación y armonización en el ámbito autónomo mexicano, para así, finalmente, visualizar su contexto y proyección.

Queremos hacer hincapié en que la estructura que hemos elegido al analizar en primer término, en materia de adopción, un convenio perteneciente al foro de codificación regional, tiene un doble propósito; en primer lugar aprovechamos la razón cronológica para analizar la Convención Interamericana sobre Adopción de Menores, de 1984, como parteaguas y punto de partida de una importante regulación internacional de la adopción; asimismo, destacar que entre los ámbitos regionales y universales no hay una relación de jerarquía; son foros de codificación que se ubican y contemplan en ámbitos diferentes, y cada uno de ellos puede expresar avances dignos de

dad de fuerte acento nacionalista". Véase, asimismo, Navarro Atienza, Manuel Andrés, "La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados", *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997, pp. 177-182; Durán Ayago, Antonia, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis (coord.), *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295 y ss.; González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, 2006.

retroalimentación por parte del otro u otros, tal y como podremos comprobar en las páginas siguientes.

En DIPr, para estudiar de manera rigurosa un tratado internacional se comienza por analizar los tres ámbitos de aplicación; es decir, el ámbito material o personal, el espacial y el temporal, para posteriormente analizar su competencia judicial internacional (en adelante CJI), su derecho aplicable (en adelante DA), y por último el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; o sea, después de ubicar sus ámbitos se procede a ubicar la CJI directa, relacionada con el primer tramo o sector del contenido del DIPr —CJI y DA—, para posteriormente dedicarse a la CJI indirecta; es decir, el reconocimiento, eficacia y validez de las sentencias extranjeras.

1. *Foro de codificación regional*

A. *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores*

a. Generalidades

En esta evolución del marco jurídico de la adopción internacional, en el ámbito regional, debemos mencionar y destacar el esfuerzo realizado en pro de la delimitación, promoción y protección de los derechos de los menores, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs).⁷

En este tenor, en la década de los ochenta y noventa, la necesidad de contar con normas y acuerdos internacionales en materia de adopción internacional propició la firma de distintos convenios, entre los que destacamos, en este caso en el ámbito regional:⁸ la Convención Interamericana

⁷ Siqueiros, José Luis, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, segunda época, núm. 16, 2000, pp. 203-224; Siqueiros, José Luis, “La cooperación judicial internacional. Expectativas para el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Privado*, México, número especial 2000, pp. 139-153, en especial las pp. 151-153; Siqueiros, José Luis, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, pp. 313 y ss.; Miralles Sangro, Pedro Pablo, “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1991, pp. 325-337; Fernández Arroyo, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Beramar, 1994, 445 pp.

⁸ Al respecto, véase González Martín, Nuria, “La protección internacional del menor en el ámbito americano: especial consideración a las CIDIPs”, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI, XIII. Congreso Internacional de Derecho de Familia. Abstracts aceptados*, Sevilla y

sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, aprobada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP-III), y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en México, D. F., el 18 de marzo de 1994 (CIDIP-V).

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (en adelante Convención Interamericana) tuvo su origen en una propuesta del Instituto Interamericano del Niño, que insistió en la necesidad de regular las adopciones internacionales ante el aumento de fenómenos tales como el tráfico ilegal y la migración internacional de menores.⁹ El texto finalmente adoptado responde a un sistema mixto o bipartito de ley uniforme y conflictual, en el que se contempla tanto la competencia judicial internacional y el derecho aplicable, con el que no se trata de uniformar las diversas leyes de los Estados en la materia, sino de ponerlas en armonía, recurriendo básicamente a reglas formales de DIPr. De ahí que se aluda en su denominación a los *conflictos de leyes*,¹⁰ cuestión que abordaremos con más detenimiento en las páginas sucesivas. De esta Convención podemos destacar varias bondades, y así:

- Define la adopción internacional con base en la residencia habitual en Estados distintos entre adoptante/s y adoptado/s (artículo 1);
- Diferencia entre adopción internacional y adopción por extranjeros, tratando de evitar el encubrimiento de ilícito (artículos 20 y 25);

Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, dir. Carlos Lasarte Álvarez, coord. Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, María Fernanda Yance Vivero, Produce Viajes El Monte, Sevilla, España, p. 133 y CD.

⁹ Sobre los antecedentes y características básicas de esta Convención, véase Siqueiros, José Luis, “Contribución de las primeras tres conferencias especializadas interamericanas sobre el derecho internacional privado (CIDIP-I, II y III) al desarrollo del derecho internacional privado”, *XIII Curso de Derecho Internacional*, vol. 7, Secretaría General, OEA, 1987, p. 173; Parra-Aranguren, Gonzalo, “La Tercera Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III, La Paz 1984)”, separata de las *Revistas* núms. 33 y 34, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, año 1984-1985, pp. 11 y ss.; Operari Badán, Didier, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1986.

¹⁰ Entre las características básicas de esta Convención destacaremos las siguientes: se aplica cuando el adoptante y el adoptado tienen el domicilio o residencia habitual en Estados distintos; cubre las distintas modalidades de adopción que pueden contemplarse a nivel interno (plenas o simples), si bien tiende a consagrar a nivel internacional la adopción plena; establece que los derechos sucesorios del adoptado y el adoptante se regirán por la ley aplicable a la respectiva sucesión, sin perjuicio de la norma material que le asigna al adoptado iguales derechos sucesorios que a los del hijo legítimo; y dispone que el vínculo del adoptado con su familia de origen queda disuelto, y que las relaciones entre el adoptado y el adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.

- Asimismo, incluye la adopción plena, dejando abierta la posibilidad de la adopción simple (artículos 1 y 2);
- Establece la ley aplicable a los derechos sucesorios del adoptado y del adoptante (artículo 11);
- El vínculo del adoptado con su familia de origen queda disuelto.

En definitiva, es una Convención con grandes innovaciones para su momento, que si bien no resolvió el problema del tráfico de menores, sí ha constituido un paso firme en la protección internacional del menor, y ha sido parte toral para el desarrollo posterior de convenciones de ámbito universal, y en concreto, para definir con mayor precisión, destacamos la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. No obstante lo anterior, desafortunadamente esta Convención no ha tenido una gran cobertura; es decir, ninguno de los países identificados como de destino, incluidos los Estados Unidos de América y los países europeos, son Estados ratificantes de la misma, lo cual impide una aplicabilidad efectiva de la convención.

Para finalizar, reiterar o subrayar que esta Convención Interamericana es de cobertura bipartita, pues da respuesta tanto a la competencia judicial internacional como al derecho aplicable, dejando fuera al reconocimiento y ejecución de sentencias en el extranjero.¹¹

¹¹ Aprovechamos la ocasión para comentar que México tan solo tiene firmado y ratificado un convenio bilateral en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, pero que dentro de su articulado expresamente descarta la materia familiar, y en concreto a la adopción, al estar esta incluida en el estado civil. Nos referimos al Convenio del 17 de abril de 1989, entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 1992, que de conformidad con el artículo 3 quedan excluidas del ámbito de aplicación material de este convenio de manera genérica las materias fiscales, aduaneras y administrativas, y de manera más específica señala *numeris clausis* con respecto: el estado civil y la capacidad de las personas físicas; divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; pensiones alimenticias; sucesión testamentarias, o intestada; quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; liquidación de sociedades; cuestiones laborales, seguridad social; daños de origen nuclear; daños y perjuicios de naturaleza extracontractual y cuestiones marítimas y aéreas.

Por otra parte, México también tiene suscrita la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 1987. De conformidad con el artículo 1 la Convención, se aplica a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte, a menos que al momento de la ratificación se haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. México realizó una reserva en función del artículo 1, al establecer que limita la aplicación de este convenio a las sentencias de condena en materia patrimo-

b. Ámbitos de aplicación convencional

Tal y como adelantamos, en este trabajo procederemos a analizar los tres ámbitos de aplicación en cada uno de los tratados convencionales, así como aspectos convencionales relativos a la CJI y DA, para culminar con los rasgos de derecho autónomo mexicano.

Así, destacando el recuento de las bondades y peculiaridades que despliega la Convención Interamericana, creemos conveniente, presentar la conformación de la misma a través de sus tres ámbitos de aplicación mencionados; es decir, el ámbito de aplicación material-personal, el espacial y el temporal. Tres requisitos acumulativos que debemos analizar en todos y cada uno de los convenios y que se deben dar para poderse aplicar dicha convención en un determinado país.¹² Así tenemos:

a) Ambito de aplicación material-personal. El artículo 1 de la Convención Interamericana determina que el ámbito material se circumscribe a las adopciones de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen el adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida.¹³

Por su parte, el artículo 2 permite hacer una declaración a la hora de firmar, adherirse o ratificar este instrumento, en el sentido de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción.

nial dictadas en uno de los Estados parte. La Convención, asimismo, permite extender su contenido a las resoluciones que terminen en el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito. Igualmente, esta Convención establece en este artículo 1 que se aplicará en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

¹² En caso de no cumplirse uno o varios de dichos ámbitos aplicativos convencionales, será necesario recurrir a la aplicación de la normativa autónoma del Estado en cuestión para dar respuesta al supuesto de hecho planteado.

¹³ Artículo 1 del Convenio Interamericano. Calvo Caravaca y Carrascosa González justifican el ámbito de aplicación material, al expresar: “2o. lo que califica como peculiaridades jurídicas, es decir, los Estados implicados deben hacer frente a estos problemas, solucionando inconvenientes como pueden ser entre otros, las adopciones claudicantes, es decir, válidas en un país e inválidas en otros, o las dificultades en el plano de la extranjería para que el adoptado pueda entrar y residir en el país de los adoptantes”. El 3o., que sería la existencia de un interés de los Estados de origen de los menores adoptados en mantener un seguimiento de estos con posterioridad a la adopción. Finalmente, como cuarta justificación destacan “la necesidad de impedir ciertas prácticas siniestras que puedan surgir al amparo de la adopción internacional”. *Cfr. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis et al., Derecho internacional privado*, vol. II, 2a. ed., Granada, Comares, 2000, p. 141.

En este sentido, México hace una declaración interpretativa, en la que afirma que “los Estados Unidos Mexicanos declaran que hacen extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano” (*D.O.F.* del 21 de agosto de 1987). A este decreto de promulgación le sigue una fe de erratas, publicada en el *D.O.F.* el 13 de julio de 1992, en la que se afirma que “en la página 3, primera columna, séptimo párrafo, cuarto renglón dice: adopción a que se refieren los Artículos 12 y 20 debe decir: «adopción a que se refieren los Artículos 2 y 20»”.

El artículo 20 convencional, a la letra expresa:

Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción.

Por lo que se refiere al artículo 20, la declaración interpretativa que realiza México afecta tanto al ámbito de aplicación material-personal como al ámbito de aplicación espacial, este artículo 20 amplía ambos criterios de aplicabilidad. En este sentido, se aplicará esta cuando estemos ante el mismo Estado de residencia habitual para el adoptante y para el adoptado, y reiteramos “cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción”.¹⁴

En este punto podemos preguntarnos si este artículo no se convierte en una vía para esconder un fraude en la constitución de una adopción; la doctrina no es unánime en este posicionamiento, y así, la duda está servida. Para Berraz, este artículo 20 es una clara materialización de la figura del fraude a la ley.

Para otro sector doctrinal, no siendo tan pesimistas y radicales, se afirma que significa *a priori, y salvo prueba en contrario*, la materialización de una generosa bondad en la constitución de las adopciones, nacionales o internacionales. Obviamente, la mala utilización de este artículo, ocultando o si-

¹⁴ Artículo 20, que hay que poner en relación con el artículo 25: “las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante (o adoptantes) y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado Parte, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante (o adoptantes)”.

mulando la constitución de un nuevo domicilio en otro Estado parte, puede desembocar en la materialización de un fraude a la ley.¹⁵

Así, sin quitar el dedo del renglón, afirmamos que no es una presunción general el que materialice este un fraude a la ley, y tampoco podemos confiar en una postura idílica de que no se pueda usar para conseguir un fin distinto, el del fraude a la ley. En este sentido, afirma nuevamente Berraz, que

... de acuerdo con la formulación de la norma (...) se trata de lograr que no se concrete la pretendida evasión del adoptante o adoptantes de la ley del Estado Parte que le resultaría aplicable por tener allí su domicilio, al intentar sustituirla por la del Estado Parte al que se mudaría, obviamente por resultarle no sólo más favorable a sus intereses sino, fundamentalmente, menos favorable a los intereses del menor.¹⁶

De cualquier forma, estemos o no ante esta figura de fraude, podemos señalar que la prueba de su existencia es realmente difícil. Si bien el requisito material u objetivo de la consecución de dos o más puntos de conexión se constata sin problemas el requisito subjetivo o volitivo; es decir, la intención, es realmente complicado de probar. Como afirmábamos en líneas anteriores, sin generalizar que este artículo materialice un fraude a la ley, sí advertimos dicha posibilidad. Dos casos idénticos, en concreto de residentes en México del adoptante y del adoptado y con un cambio de domicilio a un Estado parte, pueden ser tratados de manera desigual. Lo anterior, debido a que un caso se puede considerar como nacional y el otro como internacional; esto deriva del hecho de que queda a juicio de la autoridad que conoce considerar el cambio de domicilio a un Estado parte, como elemento de internacionalidad o no.¹⁷

Nos queda claro que si es una adopción nacional, el cuerpo normativo aplicable será el derecho autónomo mexicano, tanto para la determinación de la competencia como del derecho aplicable; ahora bien, si la adopción es considerada como internacional, aplicaremos la norma conflictual mexicana, sea esta de génesis autónoma o convencional; dicha normativa

¹⁵ Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 137 y ss.

¹⁶ Berraz, Carlos, *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, UNL, 2000, p. 26.

¹⁷ Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado...*, cit., p. 137.

conflictual, de necesaria aplicación al supuesto de adopción internacional, determinará la norma material que dé respuesta al fondo. Esta norma material puede ser, con el mismo porcentaje de posibilidades, la mexicana o la de un Estado extranjero. A todo ello añadimos que no es muy probable que el derecho material mexicano disponga los mismos requisitos que el derecho material extranjero a la hora de constituir la adopción (capacidades, edades, consentimientos, etcétera), y así podría calificarse la adopción como nacional o internacional, de conformidad con el resultado aplicativo de la normativa material.

Lo anterior se agrava por el hecho de no establecerse lo que se considera un plazo prudente para la constitución de un nuevo domicilio en un Estado parte. Esta posibilidad, si bien no nos parece que deba obsesionarnos, sí debe estar presente por las posibilidades de aparición y uso no querido de dicha disposición. Hubiera sido muy recomendable establecer un plazo, siquiera recomendatorio, para que se produjera el cambio de domicilio, piedra angular de esta declaración interpretativa.¹⁸

Todo ello hay que ponerlo en clara sintonía con el principio de subsidiariedad, el cual pende sobre la adopción internacional, y que supone que tendrá preferencia la adopción nacional frente a la internacional en aras del respeto a la identidad y cultura original del menor; este criterio, establecido en el artículo 20, puede ser utilizado en función de lo que más convenga a las partes. Nuestra preocupación es saber en qué casos los jueces mexicanos considerarán que el cambio de domicilio de los adoptantes constituye la adopción en internacional y cuándo no, qué plazos consideran prudenciales para dicha caracterización.

El temor que se levanta ante esta declaración es la posibilidad de que los adoptantes elijan un tipo de adopción en función de la flexibilidad y rapidez de los trámites en la constitución de la adopción, así como en el seguimiento postadictivo, y ello convierta a la declaración interpretativa en un vehículo “lícito” para transformar la adopción en un supuesto “ilícito”, un supuesto de tráfico.

Derivado de todo lo anterior, señalamos que no nos sorprende esta actitud de desconfianza ante esta declaración interpretativa, pues existen un cúmulo de factores poco agraciados que permiten el levantamiento de estas sospechas.¹⁹

¹⁸ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en el marco de la adopción internacional. Contexto mexicano*, México (en prensa).

¹⁹ *Idem*. Al respecto, puede consultarse la obra Rodríguez Jiménez, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos

Por otro lado, con respecto al ámbito personal, destacamos que la Convención Interamericana no determina la categoría de “menor” en términos cuantitativos, suscitando una “relatividad de soluciones”, que no siempre es deseable. Esta ausencia terminológica deja en manos de la normativa de cada Estado que tenga la residencia habitual del menor, la determinación de la minoría de edad. Así, el artículo 3 señala que “la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo”; es decir, para la norma mexicana, se entiende que es menor quien no haya cumplido dieciocho años. Esta deducción deriva de los conceptos autónomos, ya que tanto del artículo 3 citado como del artículo 4 se remiten a la normativa material de cada Estado parte de la residencia habitual del menor. Es cierto que al no determinarse en el articulado de la convención la categoría de “menor” deja en manos, como decimos, de la normativa de cada Estado la determinación de la minoría de edad, evitando así que surja una cuestión de calificación, aunque no nos deja de sorprender, porque no es común dejar este amplio margen de actuación, cuestión que no ocurre en otras convenciones interamericanas que versan sobre alimentos o restitución, por ejemplo.

b) Ámbito de aplicación espacial. Los países que han ratificado esta Convención Interamericana son; Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Panamá, y firmada por Bolivia, República Dominicana, Ecuador, Haití, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

El primer país que la ratificó fue México, en 1987, seguido por Colombia, en 1988, y teniendo en cuenta la fecha de su firma (1984), se destaca que no fue una convención que tuvo una acogida rápida. Asimismo, de los datos aportados vemos que no ha sido una convención ratificada de manera masiva, a pesar de las bondades, por regla general, que venimos marcando sobre ella.

Por otro lado, en este ámbito de aplicación espacial, subrayamos que nos encontramos ante un silencio convencional, en el que nos inclinamos por pensar que estamos ante una convención *inter partes*, y la deducción viene del artículo 1, que establece: “el adoptante (o adoptantes) tengan su domicilio en un *Estado parte* y el adoptado su residencia habitual *en otro Estado Parte*” (las cursivas son nuestras). Hay una exigencia de que la relación se dé entre Estados parte, eliminando la posibilidad de aplicación *erga omnes*.

c) Ámbito de aplicación temporal. El artículo 26 establece: “(...) entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado

el segundo instrumento de ratificación”; es decir, para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya sido depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Por lo que respecta a este requisito aplicativo, debemos señalar que esta Convención, en el mencionado artículo 26, contiene una “cláusula tipo” del foro de codificación de la CIDIP, al repetirse de manera coincidente la misma regla para la entrada en vigor en todas las convenciones de este foro regional.

Esta Convención guarda silencio sobre su retroactividad o irretroactividad, lo cual nos hace pensar en afirmar su carácter irretroactivo. Lo anterior supone que solo las solicitudes presentadas con posterioridad al 26 de mayo de 1988 (fecha de entrada en vigor para la República mexicana) podrán regirse por las disposiciones de este instrumento; *a contrario sensu*, las acciones ejercidas con anterioridad a esa fecha crítica deberán someterse a lo dispuesto por la normativa autónoma mexicana; es decir, por el código de procedimientos civiles vigente en cada entidad federativa, para la determinación de la competencia judicial internacional, y a los distintos códigos civiles para el señalamiento del derecho aplicable.

a. Competencia judicial directa: competencia judicial internacional y derecho aplicable

Como adelantamos, hay que hacer referencia, en este momento, para tener una visión amplia del contenido y proyección de la Convención Interamericana *in commento*, que en relación con el sector del DIPr que marca la competencia directa, es decir, competencia judicial internacional (CJI) y derecho aplicable (DA), tenemos que decir que del título de la propia Convención Interamericana vemos que se hace referencia expresa al derecho aplicable o norma de conflicto, pero también, de su articulado visualizamos normas referentes a la competencia judicial internacional. Así las cosas, vemos que estamos ante un convenio bipartito en el sentido de que regula dos de los tres sectores de DIPr, excluyendo en esta ocasión el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.²⁰

²⁰ México, al no tener firmada ni ratificada ninguna convención, ni de ámbito universal ni regional, que se encargue del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, tendrá que dirigirse a su normativa autónoma para dar solución al caso; en concreto, para el Distrito Federal tenemos el artículo 599 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que a la letra dice: “el juez ejecutor que reciba exhorto con las inserciones necesarias, con-

Con relación a la CJI;²¹ es decir, la determinación de cuál es el juez nacional internacionalmente competente, los artículos 15 a 17 de la Convención Interamericana establecen un claro foro de protección del menor adoptado de manera general. No obstante, del articulado de la Convención Interamericana extraemos puntualizaciones:

1. Será competente para el otorgamiento de la adopción, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado (artículo 15);
2. Será competente, igualmente, para decidir sobre su anulación o revocación, la autoridad de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (artículo 16, primer párrafo);
3. Será competente, por otra parte, para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o la del Estado donde tenga domicilio el adoptante, o la del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (artículo 16, segundo párrafo);
4. Será competente para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de este, los jueces (autoridades) del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (artículo 17).

Destacamos como foro de protección del menor adoptado indubitable, los supuestos de constitución y revocación considerados como supuestos más delicados, dejando para el resto, es decir, conversión y relaciones familiares, foros alternativos en el primer caso, o domicilio del adoptante en el segundo. Definitivamente, la residencia habitual del menor es sin duda el punto más real y conectado a su esfera de desarrollo.²²

forme a derecho para la ejecución de una sentencia u otra resolución judicial, cumplirá con lo que dispóngale juez requirente, siempre que lo que haya de ejecutarse no fuere contrario a las leyes del Distrito Federal". Véase, asimismo los artículos del 599 al 608 del CPCDF.

²¹ En el caso de México, y en concreto para la CJI, recomendamos la lectura de Rodríguez Jiménez, Sonia, capítulo cuarto, "Competencia judicial internacional", en González Martín, Nuria (coord.), *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 139 y ss.

²² Aquí ponemos el acento sobre la posibilidad de constituir adopciones internacionales en el Estado de recepción del menor; como por ejemplo, se establece en el Acuerdo bilateral hispano-filipino, estipulado a tenor del artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, dejando al menor en una clara situación de desprotección. Remitimos a los comentarios

Con relación al derecho aplicable, esta Convención Interamericana hace honor a su título, y regula con detalle esta parcela de norma conflictual.

Así las cosas, el artículo 3 convencional expresa que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptados, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecos necesarios para la constitución del vínculo.

A su vez, el artículo 4 establece la ley del domicilio del adoptante o adoptantes que regirá la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuera el caso, y los demás requisitos para ser adoptante. Además, en la parte final de este artículo 4 se establece una especie de cláusula de cierre, una cláusula de salvaguarda, denotativa de la prioridad hacia la protección internacional del menor, al expresar que “en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sea manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste”. Dígase de paso que esta cláusula de salvaguarda se estableció a iniciativa de la delegación mexicana, cuestión que marca claramente el conocimiento y sensibilidad de la misma desde su negociación hasta su culminación.

El artículo 9, en relación con las adopciones plenas, la legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante, se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. No obstante, el artículo 9, párrafo b, estipula: “los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio”.

El artículo 11, por su parte, se refiere a los derechos sucesorios, y así, determina que se regirán por las normas aplicables a las sucesiones de cada una de las partes.

El artículo 13, relativo a la posibilidad de la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, establece que dicha conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión.

Por último, el artículo 14 cubre el supuesto de la anulación de la adopción, la cual se regirá por la ley de su otorgamiento.

B. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores

a. Generalidades

Por lo que se refiere a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en México, D. F., el 18 de marzo de 1994 (*CIDIP-V*), tenemos que expresar que tuvo su origen en el artículo 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989,²³ que impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños, para cualquier fin o forma”.²⁴ Aunque no es un convenio específico de adopción internacional, sí se hace necesario su comentario dada la relación existente, lastimosamente, entre adopción y tráfico.

En el caso concreto de México, debemos realizar un comentario en el sentido de que a pesar de ser país anfitrión de la CIDIP’s V, conferencia que dio cabida a tan importante Convención Interamericana sobre Tráfico, e incluso fue promotor indiscutible de la implementación de esta Convención, la ha firmado, pero no la ha ratificado, y por lo tanto no ha entrado en vigor, y no es parte de nuestro ordenamiento jurídico.²⁵

²³ El artículo 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha sido el antecedente directo del artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, que dice literalmente lo siguiente: “Se deberán establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuere necesario, que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños”.

²⁴ Sobre los antecedentes y características básicas de esta Convención, véase Uriondo de Martinelli, Amalia, “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores-CIDIP V, México, 1994”, *Revista de la Facultad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 3, núm. 1, 1995, pp. 174 y ss.; Siqueiros, José Luis, “Reseña general sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado CIDIP-V”, *Cursos de derecho internacional. El derecho internacional privado en las américa (1974-2000)*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2002, pp. 509 y ss.; Rodríguez Martínez, Elí, “Nuevas consideraciones en torno a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y su aplicación en México”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, México, vol. V, diciembre 1997, pp. 102-125.

²⁵ Hay un sector doctrinal, entre los que se encuentra Mansilla y Mejía, María Elena, “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 16, 1995, pp. 100 y ss. La autora de referencia afirma que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores ha sido ratificada por México, pero lo cierto es que no aparece publicada su ratificación en el *Diario Oficial de la Federación*. Lo que tenemos en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de mayo de 1996 es el “Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, y no su promulgación.

Las bondades se marcan desde que los acuerdos internacionales relacionados con esta materia (tráfico internacional de menores), se habían centrado en los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, en el ámbito de las relaciones familiares. Esta Convención tiene como objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, regulando los aspectos civiles y penales del mismo e instaurando un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte para asegurar la pronta restitución del menor;²⁶ no obstante, aunque refleja la explotación sexual, laboral, etcétera, no atiende la explotación sexual por Internet; obviamente, por el año en el que fue realizada esta Convención, 1994, en donde la internet no era un instrumento común y no se visualizaba, en toda o en parte de su extensión, la posibilidad de este tipo de explotación.

El cúmulo de una serie de factores, tales como la falta de marcos jurídicos sólidos y confiables, la existencia de guerras y conflictos militares y el debilitamiento de estructuras políticas y sociales de los Estados, han propiciado una situación que presenta a los menores más vulnerables que nunca.

A pesar, como vemos, de que en la actualidad quedan desbordados los distintos supuestos de tráfico internacional de menores, este instrumento internacional posee multitud de bondades, entre las que destacamos, en estas líneas dedicadas a las generalidades, que posee foros alternativos y el establecimiento de autoridades competentes para solicitar, por ejemplo, la restitución.

b. Ámbitos de aplicación convencional

Con relación a sus tres ámbitos de aplicación, tenemos lo siguiente:

a) Ámbito de aplicación material-personal. Tal y como hacíamos referencia, la Convención se destina a regular el tráfico internacional de menores en sus dos vertientes: la civil y la penal, a través de la prevención y sanción. De esta manera, su artículo 1 expresa: “El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo”. Se subrayan varios principios torales, como el interés superior

Tampoco aparece su ratificación como tal en la página oficial de la Organización de Estados Americanos, ni tampoco en la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores en México.

²⁶ La Convención trata de alcanzar este objetivo mediante una estrecha colaboración entre los Estados, a través de sus autoridades centrales.

del menor y la cooperación internacional, para derivar así hacia la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional. Asimismo, se conceptualiza “menor”, “tráfico internacional de menores”, “propósitos ilícitos” y “medios ilícitos” (artículo 2).

En cuanto a su ámbito personal, son los menores, y de acuerdo con su artículo 2, inciso a), es menor quien no haya cumplido la edad de dieciocho años.

b) Ámbito de aplicación espacial. La Convención ha sido ratificada por Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay, y ha sido firmada por México y Venezuela.

La Secretaría de la Organización de Estados Americanos actúa como depositaria de las firmas, ratificaciones y adhesiones.

Está abierto su ámbito espacial a todos los países del sistema interamericano, así como a cualquier otro Estado, una vez que haya entrado en vigor. Por otra parte, la convención estipula que el menor debe encontrarse o residir habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor (artículo 2); es decir, junto al ámbito espacial (Estado parte) se determina un criterio temporal (la comisión de un acto de tráfico). Por otra parte, y siguiendo con los comentarios relativos al ámbito espacial, se establece de manera más que adecuada, en sintonía con la protección del menor, el criterio de la residencia habitual, y, así se determina, por una parte, un criterio de aplicabilidad y, por otra, un criterio de atribución de competencia. Por último, hacer hincapié, tal y como expresa el artículo 4, que se incluye la interactuación con los Estados no parte. De esta manera, no se requiere que los Estados implicados, es decir, el de origen, el de destino del menor y/o el de tránsito, sean parte de este instrumento; lo contrario sería inviable si hablamos de una verdadera cooperación internacional para llegar al fin último de protección de la minoridad.

c) Ámbito de aplicación temporal. La Convención no tiene un artículo que especifique este ámbito de aplicación; por lo tanto, rige con carácter irretroactivo;²⁷ es decir, las solicitudes presentadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor se rigen por las reglas de este instrumento, y las solicitudes ejercitadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor se realizarán de acuerdo con la normativa autónoma del país concreto.

²⁷ Recordemos que México ha firmado la Convención, pero no la ha ratificado. Lo anterior significa que no constituye a la fecha un compromiso internacional para México la aplicación del contenido de este instrumento. Véase lo comentado en la nota a pie de página número 22.

c. Competencia judicial directa: competencia judicial internacional y derecho aplicable

Con relación a la CJI de este Convenio Interamericano, dividiremos la misma en el ámbito penal y en el ámbito civil.

En el ámbito penal, la Convención señala, en el artículo 9, que los foros competentes, sin estar ordenados jerárquicamente, y, por lo tanto, no se establece un orden preferencial, serán:²⁸

- a) El Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita, *locus delicti comissi*;
- b) El Estado parte de la residencia habitual del menor;
- c) El Estado parte en el que se hallara el presunto delincuente si este no fuera extraditado, y
- d) El Estado parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Son, como decimos, foros alternativos, en igualdad de competencia, en donde la elección deriva de la presentación de la solicitud —como principio de protección integral y efectiva del menor—²⁹ Es más, para no tener posibles conflictos de competencia, este artículo 9 expresa *in fine* que “tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito”, es decir, primero en el tiempo, primero en derecho —*prior in tempore potior in iure*—. Ante este panorama, difícilmente tendremos que invocar un foro de necesidad o una denegación de justicia, ni tan siquiera un foro exorbitante, en donde la tónica general es la obtención de una eficacia extraterritorial.³⁰

Con relación al ámbito civil, y en este caso se circunscribe a la localización y restitución del menor, el artículo 12 expresa que “corresponde a aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor”.

Ante esta redacción, tenemos: legitimación procesal del acto ilimitada, y competencia judicial indirecta, al remitir a la legislación de los Estados cuando en ellos concurra la residencia habitual del menor.³¹

²⁸ Uriondo de Martinoli, Amalia, “Convención Interamericana...”, *cit.*, pp. 179 y ss.

²⁹ Dreyzin de Klor, Adriana (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996, pp. 128 y ss.

³⁰ Mansilla y Mejía, María Elena, “La Convención Interamericana...”, *cit.*, pp. 100 y ss.

³¹ En el caso de los convenios de Restitución y Sustracción, Interamericano y de La Haya respectivamente, manejan una norma material directa que determina que los legitimados son los padres, tutores o guardadores o cualquier institución que ejerza el derecho de custodia u otro similar. Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, 2006, p. 228.

La competencia en este ámbito civil queda establecida, a tenor del artículo 13 de la Convención, a opción de los reclamantes, y así tenemos:

- a) Las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de la residencia habitual del menor;
- b) Las del Estado parte donde se encuentre o se presuma que se encuentra retenido, y
- c) Cuando existan razones de urgencia,³² a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

Al igual que en el ámbito penal, es poco probable la posibilidad de un foro de necesidad, y tampoco una denegación de justicia, así como la inexistencia de foros exorbitantes.

Para redondear y perfilar los comentarios en torno a esta Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, con relación a la tramitación de las solicitudes, los requisitos son los siguientes:

- a) Que se tramite por medio de las autoridades centrales o directamente ante las autoridades judiciales o administrativas señaladas como competentes;
- b) Que sea fundada y promovida dentro de los ciento veinte días de conocido el acto ilícito;
- c) Las solicitudes transmitidas vía consular o diplomática o por medio de las autoridades centrales no requerirán de legalización;
- d) Deben ser traducidas al idioma o idiomas oficiales del Estado parte al que se dirijan, y
- e) Por último, se hace mención, en el artículo 14, que “las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva”, y así se vislumbra una tendencia de libertad total a la hora de formular la solicitud.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores solo recoge los aspectos de CJI, tal y como acabamos de presentarlo, sin dejar contenido al DA. Cuando nos encontramos ante esa situación, la solución es acoger el derecho autónomo, y así dar respuesta al supuesto concreto de tráfico internacional de menores. En estos casos damos cobertura a la cooperación internacional, cada vez más creciente y necesaria,

³² Ya habíamos hecho referencia en páginas anteriores al concepto de “urgencia” que la Convención plantea; un concepto que no se encuentra definido; es decir, un concepto jurídico indeterminado que debe ser definido en cada caso concreto al variar este de un supuesto a otro.

y en donde la instauración de cooperación entre autoridades tanto en la localización como en la restitución del menor o menores viene aparejada del castigo a los infractores, dando así cobertura a una mayor protección de los menores.

La cooperación, a través del establecimiento de autoridades centrales, se fija en el traspaso de información, artículos 8.b), 16 y 17; en el reconocimiento y ejecución de las sentencias penales emitidas, artículo 23, con relación al artículo 7.

En definitiva, estamos ante una convención de gran acierto y éxito desde que la temática era necesaria regularla, un tema de máxima actualidad, dado no solo la globalización del derecho familiar, sino la movilidad y el trasiego transfronterizo tan comentado, así como la crisis de la institución familiar, que detona acciones como la sustracción del hijo en común por parte de uno de los progenitores, con la única y casi rutinaria orientación hacia el castigo que supone “arrebatar” un hijo al otro progenitor, además de otras cuestiones que vienen implícitas por la situación de los matrimonios mixtos, en razón de la nacionalidad y la voluntad de retornar al país de origen de uno de los consortes acompañándose de la prole. Estos ejemplos son solo algunas de las causales del denominado tráfico internacional de menores; otras son las proyectadas para el abuso laboral, sexual, tráfico de órganos, etcétera.

No obstante el acierto y éxito señalado de la temática, no podemos ni debemos dejar de subrayar la poca eficacia y/o eficiencia que en la práctica se produce al invocar o ejecutar esta Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, cuestión, por otra parte, que no es exclusiva de la convención.

2. *Foro de codificación universal*

A. *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989*

a. Generalidades

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños de 20 de noviembre de 1989 (en adelante Convención Naciones Unidas de 1989)³³

³³ Este convenio salió a la luz el 20 de noviembre de 1989, después de diez años de negociaciones, y siempre rodeado de muy buenos augurios. Antes de que esta convención entrara en vigor se auguraba que “cuando entre en vigor, esta Convención establecerá normas para la protección de la infancia acordadas universalmente y proveerá un marco

es una convención toral en el marco de la protección del niño, ratificada prácticamente por la totalidad de la comunidad internacional; es decir, es una convención de una gran aceptación y de gran éxito.³⁴

Este instrumento convencional es el marco en el que debe inspirarse toda la norma que pretenda regular relaciones jurídicas privadas internacionales con relación al niño. Lo anterior, con absoluta independencia de que se trate de normas de carácter autónomo o convencional.

Además, en esta Convención de Naciones Unidas de 1989 se establecen reglas uniformes referidas a la adopción, por el tema que nos interesa en este momento; se establecen condiciones para adoptar, así como reglas, genéricas y específicas, concretamente para la adopción internacional.

En cuanto a las reglas generales para adoptar, se puede mencionar:

1. El artículo 21 expresa que el interés superior del menor será la condición primordial;
2. Se exige una adopción ajustada a derecho; es decir, tramitada ante autoridades competentes y con asesoramiento adecuado de los protagonistas. Cada Estado debe velar por la aplicación de las leyes sustantivas y procesales que existan. Además, se precisa una adecuada información respecto al niño, a los padres y a las demás personas, e incluso considerar, en los casos procedentes, los consentimientos requeridos.

Antes de abordar las particularidades que recoge la Convención con relación a las figuras de la adopción y del tráfico, creemos oportuno formu-

inestimable para la defensa de los niños y de su familia, así como para la elaboración de políticas y programas destinados a garantizar un porvenir más sano y seguro para la infancia mundial". Véase López Echeverry, Ovidio, "Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño", *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 12.

³⁴ Si uno de los parámetros para medir el éxito de un instrumento convencional es el número de Estados (criterio cuantitativo) que lo incorporan en sus ordenamientos jurídicos, sin duda, estamos ante uno de los convenios internacionales más exitosos. Según García Dilcya S., "Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil", *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, p. 328, el elevado número de ratificaciones se ha convertido en una "de las fortalezas morales" de esta Convención. Igualmente, como señala la doctrina, "ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos han tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención". Bellof, Mary, "Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular", *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006 p. 84. De parecida idea encontramos a Amar Amar, José Juan *et al.*, *Infancia, familia y derechos humanos*, Barranquilla, Colombia, Ediciones Uninorte, 2005, p. 30.

lar en estas generalidades una breve, pero necesaria interrogante, la cual versa sobre la jerarquía aplicativa que tiene este instrumento convencional. Ya afirmamos que los convenios son fuente del derecho, en concreto, y de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política mexicana.³⁵ Tras varias interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (una en 1999 y otra en 2007, con el Amparo en Revisión 1277/2004) sabemos, como ya se ha mencionado que los tratados están situados en un escalón *infraconstitucional*, pero *supralegal*.³⁶

Este instrumento tiene no solo la etiqueta, sino también la fuerza de un convenio internacional, lo cual pone cierta distancia respecto a la Declaración de 1959. Lo anterior, desde que el convenio tiene carácter vinculante y obligatorio, fuerza coercitiva, una vez firmado y ratificado, mientras que la Declaración es una sencilla formulación de principios sobre la protección de los menores sin efecto vinculante ni coercitivo. En este sentido, se ha afirmado que “se trataba de un instrumento jurídicamente vinculante”.³⁷ Así, con

³⁵ Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1934.

³⁶ Véase la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 que resolvía el amparo en revisión 1475/98 del Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo, tesis 192,867 “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”, y actualmente las sesiones de 12 y 13 de febrero de 2007, en donde se da vista a 14 casos de amparos en revisión, en donde ante tratados internacionales de diferente naturalezas (tesis de 1999 y 2007) se ratifica un mismo orden jerárquico, no se analizan los casos concretos y se agrega un factor que es introducir, sin definir, conceptos como leyes generales o constitucionales *vs.* leyes federales. La única novedad destacable es que aún ratificando y manteniendo el mismo orden jerárquico establecido por la tesis de 1999; es decir, los tratados internacionales están en un nivel *infraconstitucional*, pero *supralegal*, ahora en 2007, el asunto ha vuelto a debatirse, pero se introdujo un matiz conforme al cual los tratados y las leyes generales son superiores a las leyes federales. Las primeras, se dijo, preceden a las segundas, porque desarrollan normas de la Constitución. En definitiva, la SCJN ratifica la misma jerarquía, pero subrayando que tratados internacionales y leyes generales se encuentran en el mismo nivel. Valadés, Diego, “Una saludable reforma”, *El Universal*, México, 28 de febrero de 2007, en <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36902.html>

Hay una opinión casi unánime en el sentido de manifestar que el criterio adoptado por la Corte en febrero de 2007 no solo no aporta nada, sino que vuelve a incidir en una discusión que aún no está terminada, poniendo nuevamente en la mesa los términos relativos a leyes generales o constitucionales y leyes federales, no conceptualizados ni en la Constitución ni en las leyes, ni siguiera en la jurisprudencia. La discusión se pierde en la retórica y en lo abstracto, y no se centra en el caso o casos concretos. Esta nueva tesis de 2007 de la SCJN agrega problemas para el ordenamiento jurídico nacional, porque, tal y como expresa Diego Valadés, a la difícil cuestión del conflicto de normas agrega el de la jerarquía entre iguales.

³⁷ González Contró, Mónica, “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de

la ratificación de este convenio por parte de la República mexicana llega el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas o no, que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones enumeradas en este instrumento convencional, entre ellas, adherirse a otros convenios que garanticen la cooperación internacional y la protección de los menores.

b. Especificidades

Por lo que se refiere a las reglas específicas exigibles a la adopción internacional, tenemos que:

1. El artículo 3 dispone lo que a continuación se transcribe:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En este orden de ideas, sostenemos que este artículo representa el punto más importante de esta Convención, el cual significa “un salto cualitativo en orden a la concreción del interés del menor”,³⁸ por la inclusión del interés superior del menor como “principio directivo”³⁹ A pesar de que encontramos reiteradas referencias al interés superior del menor, esparcidas a lo largo del contenido del Convenio, es el artículo 3 el que de forma concentrada lo aborda, y el artículo 21 lo centra, el interés superior del menor, al referirse

Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, pp. 427-428, y Amar Amar, José Juan *et al.*, *Infancia, familia..., cit.*, p. 30.

³⁸ García Cano, Sandra, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3a. época, núm. 7, 2004, p. 536.

³⁹ López Echeverry, Ovidio, “Situación, naturaleza...”, *cit.*, p. 18.

concretamente a la adopción, expresando que el interés superior del menor será la consideración primordial.

La primera nota que destacamos en este artículo tercero es la constante falta de definición del concepto de “interés superior del menor”. En este sentido, y como bien señala la doctrina, “la CDN ha consagrado el interés superior del niño como un principio de carácter universal, pero no ha definido ni especificado su contenido. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que la zona de concreción o certeza estará constituida por el núcleo de los Derechos reconocidos en la citada Convención a todos los niños del mundo”.⁴⁰ Aun cuando este concepto sigue estando indefinido y, por ende, su concreta contextualización en manos de los distintos operadores jurídicos, no cabe desconocer que es importante su introducción en este instrumento convencional desde que es el referente máximo de los derechos del niño, al representar su consagración universal.⁴¹ En este artículo nos enfrentamos no solo a la indefinición de esta máxima jurídica, sino al conjunto de medidas que puede llegar a afectar a los menores. El punto principal radica en que “al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés”,⁴² lo cual puede llevar a interpretaciones completamente divergentes por el nacionalismo que pueda impregnar esta figura. En este mismo sentido, encontramos a Durán Ayago, quien señala lo siguiente:

... la CDN no posee efecto directo, lo que implica que sea la legislación particular de cada país la que concrete y determine qué debe entenderse por ese interés del menor. En realidad, más que concreción, esta operación de transposición consiste en integrar este principio en los distintos ordenamientos, de acuerdo al bagaje jurídico, cultural y social de cada país, pero sin alcanzar una concreción plena, ya que ésta sólo se podrá lograr en un momento preciso, ante una realidad determinada y unas circunstancias concretas; tarea que corresponderá a la autoridad competente, que será la que deba valorar, de acuerdo a múltiples factores, cuál es el verdadero interés del menor.⁴³

No solo es loable que no se defina interés superior del menor, sino que se resalta ello justificándose en sus dos principales características, a saber: la

⁴⁰ Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado. Régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2004, p. 89.

⁴¹ González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora...*, cit., p. 47.

⁴² *Ibidem*, p. 47.

⁴³ Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional...*, cit., p. 89.

relatividad⁴⁴ y la movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades.⁴⁵

2. Solo se puede dar ante la imposibilidad de brindar una adecuada protección al niño en la sociedad local a la que pertenece; esto es, el principio de subsidiariedad; es decir, debe considerarse la circunstancia de que el niño pueda continuar en un medio que le evite la transculturación, y si ello no es posible, debe procurarse su adecuada inserción en el ámbito cultural del país de destino.

3. Cuidar que el niño que ha de ser adoptado para emigrar a otro país goce de salvaguardas equivalentes a las que existen respecto a la adopción en su país de origen, de ahí la importancia de la comunicación entre la autoridad central del Estado de recepción y el Estado de emisión, acerca del menor y, por ende, la salvaguarda de su interés superior.

4. La adopción no debe dar lugar a “beneficios indebidos para quienes participan en ella”, y de ahí deriva directamente la prohibición de un lucro cuando de la adopción hablamos, para evitar así un negocio en torno al mismo. Esta cuestión la vemos muy directamente aplicada en la Convención de La Haya de 1993 sobre Cooperación y Protección en Materia de Adopción Internacional, que analizaremos a continuación.

5. Todos estos objetivos marcados deben promoverse mediante la concreción de convenios bilaterales o multilaterales, y ha de procurarse, dentro de ese marco, que la colación de niños en otro país se efectúe por intermedio de las autoridades y organismos competentes. Invocamos nuevamente el Convenio de La Haya de 1993 sobre Cooperación y Adopción Internacional en el que se marca, como veremos seguidamente, puntualmente esta necesidad de la concreción de acuerdos bilaterales en la materia en el marco, concretamente, del artículo 39.2 convencional.

Como exponíamos al principio de este rubro, tenemos un convenio de ámbito universal de una gran aceptación, solo que hay que ver el número de Estados parte del mismo, que si bien se caracteriza por su generalidad y en la proyección de un cúmulo de buenas intenciones, sí es cierto que es un convenio que inspiró o inspira a otros tantos convenios, de ámbito universal

⁴⁴ “Al interpretar el interés del menor haya que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se establece dónde se sitúa el interés del menor ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del menor y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean”. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 62.

⁴⁵ *Idem*. Este concepto debe “ir ceñido en el mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afectan a su ‘circunstancia’”.

o regional, que desarrollan la protección del menor, ya sea en materia de adopción internacional, ya sea en materia de alimentos, sustracción/restitución o tráfico internacional de menores.

Tal y como venimos estructurando el presente trabajo, a continuación le tocaría el turno a los ámbitos de aplicación convencional. En esta Convención de Naciones Unidas de 1989 no entraremos, por cuestiones de acotamiento, a dar parte de cada uno de los ámbitos aplicativos convencionales, ya que si partimos, por ejemplo, del ámbito de aplicación material-personal, entraríamos a analizar todos y cada uno de los derechos del menor, lo cual extendería sobremanera nuestro trabajo, y además no es exactamente el objeto del mismo, a saber: circunscribirlo a la materia de la adopción. Sí es importante, por supuesto, conocer la cobertura de este instrumento convencional, con la finalidad de aplicarlo correctamente, con el propósito de dar pleno sentido a su artículo 2.1 y 2.2, el cual establece lo siguiente:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales...
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.⁴⁶

Hay que destacar que en este Convenio se concibe al menor como un sujeto pasivo al que hay que proteger; no lo concibe como una carga para la sociedad; por el contrario, lo concibe como un ser humano al que se le atribuye un papel activo a desempeñar en la sociedad en la que vive y en la que debe crecer; un ser humano al que se debe respetar su dignidad.

⁴⁶ En este sentido, se ha llegado a afirmar que “Las disposiciones de la Convención se basan en el principio de la no discriminación. Se aplican a todos los niños independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición”. Véase López Echeverry, Ovidio, “Situación, naturaleza...”, *cit.*, p. 16. De parecido pronunciamiento encontramos a O’Donnell, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, p. 135. El autor de referencia sostiene que “tradicionalmente, la legislación sobre la familia contenía normas discriminatorias con respecto a los niños nacidos fuera del matrimonio”.

nidad y al que se le reconoce la necesidad de asegurar “su bienestar y su desarrollo”.⁴⁷

Si nos proyectamos, por ejemplo, al ámbito temporal, y a lo anterior añadimos que su ratificación por los veinte países que era necesario para su entrada en vigor se produjo en menos de un año, garantiza que estamos ante un texto convencional, como decimos, realmente exitoso, de indudable trascendencia social y jurídica. En este sentido, se ha llegado a afirmar que estamos ante el convenio que “más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos”.⁴⁸

Siguiendo con la cuestión estructural del trabajo, también debemos expresar que la Convención de Naciones Unidas de 1989 no hace referencia alguna a la competencia judicial directa; es decir, ni a la CJI ni al DA; tampoco se refiere a la competencia judicial indirecta, como lo es el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

B. Convenio de La Haya, del 29 de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional

a. Generalidades

Siguiendo con el ámbito universal, destacamos la proyección que tiene el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional⁴⁹ (en adelante Convenio de La Haya de 1993), como primer convenio especializado en la materia que ha generado un modelo de actuación, facilitando una norma mínima como pauta de referencia sobre la que normaliza la mayoría de las actuaciones.

El Convenio de La Haya de 1993 reúne una serie de principios fundamentales que hacen del mismo un sistema de garantía en la tramitación de las adopciones internacionales. Nos referimos a:

1. La designación de autoridades centrales en cada uno de los Estados parte coordinadas entre ellas;

⁴⁷ Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional...*, *cit.*, p. 168.

⁴⁸ Bellof, Mary, “Protección integral...”, *cit.*, p. 84.

⁴⁹ El 29 de mayo de 1993 se concluyó en La Haya, Países Bajos, la Convención elaborada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su Décimo Séptima Sesión. Firmaron el acta final de la Convención, 36 países miembros y 30 países no miembros, que fueron invitados a participar en la conferencia diplomática. La totalidad de ellos firmaron el acta final que contenía el texto definitivo. El instrumento quedó abierto a la firma de los Estados participantes el mismo día.

2. El establecimiento de un procedimiento de cooperación;
3. Un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes, y
4. Un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones.⁵⁰

Con estas premisas, reforzamos y reiteramos la idea del grado de especialización que tiene el Convenio de La Haya de 1993; como ejemplo de ello, tenemos dos cuestiones, que destacan sobremanera del articulado del Convenio de La Haya de 1993, y son:

- La práctica mediadora, a través de las entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAI),⁵¹ ya que el Convenio de La Haya de 1993 incorpora *ex novo* la posible delegación de competencias de las autoridades centrales en organismos privados debidamente acreditados por los respectivos Estados parte, aunque la intervención de estos no sea imperativa,⁵² y
- Los acuerdos o protocolos bilaterales de acuerdo con el artículo 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, instrumentos que nacen de la inquietud, de uno o de los dos Estados parte involucrados, en dar un margen más de seguridad, transparencia y cooperación en materia de adopción internacional. Estos acuerdos contribuyen, además, a una posible solución con respecto al tráfico de menores, siempre en clave de cooperación.⁵³

⁵⁰ Sobre el tema sugerimos la lectura de Calvo Babío, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, 463 pp.; Ballesteros de los Ríos, María, “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, núm 6 (junio), 1999, pp. 13-33; Espinar Vicente, José María, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *AC*, núm. 32, 1997 (8 a 14 de septiembre), marg. 757-771.

⁵¹ Véase en González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora...*, cit., pp. 268-274, el anexo VI. Esquema del procedimiento a seguir para una adopción internacional en México, y el anexo VII. Expediente completo de adopción internacional con México.

⁵² Los Estados partes pueden optar entre los diferentes modelos que ampara la norma convencional: 1. Sistema de autoridades participativo con intervención imperativa de organismos acreditados, 2. Sistema articulado exclusivamente a través de autoridades públicas, 3. Sistema dualista, que prevé ambas opciones, adoptado *ad. Ex.* por España. Pérez Beviá, José Antonio y García Cano, Sandra, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords.), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 474 y 475.

⁵³ Las condiciones, concretas, que deben cumplir los acuerdos para que se consideren elaborados de conformidad con el artículo 39.2 del Convenio de La Haya, son: 1. Han de ser posteriores a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1993 en los Estados parti-

En este estudio no atenderemos cuestiones procedimentales en materia de adopción, por desbordarse del objetivo marcado que es, estrictamente, cuestiones enmarcadas en los tres sectores del DIPr. Todas aquellas cuestiones relativas al procedimiento de una adopción internacional —ya sea una adopción internacional independiente o adopción internacional privada a través de una ECAI—, requisitos, etcétera, lo derivamos a otras contribuciones, que ya han sido publicadas, y que se detienen concretamente en esos aspectos puntuales.⁵⁴

De manera paralela, queremos subrayar que si bien el Convenio de La Haya de 1993 solo se aplica entre países que lo han ratificado, sus principios inspiran las relaciones con los organismos competentes de otros Estados, e inspiran también los protocolos de carácter institucional, como los que tiene, por ejemplo, España con ciertos Estados para la coordinación de la tramitación de las adopciones internacionales.⁵⁵

Como manifestamos, el marco jurídico que regula, de forma muy especializada, la adopción internacional es el comentado Convenio de La Haya de 1993, el cual se aplica en los casos de adopción internacional; es decir, en

cipantes; 2. Deben tener como objetivo favorecer la aplicación del mismo en las relaciones recíprocas, así como no afectar reglas fundamentales de procedimiento, y 3. Se establece de forma imperativa el deber de transmisión de estos acuerdos al depositario del Convenio para que pueda darles publicidad según el artículo 48, inciso e), del Convenio de La Haya de 1993.

Para los dos temas enunciados, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales, véase González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica..., cit.*, pp. 77-126.

⁵⁴ Para no dejar al lector en la incertidumbre, tómese por ejemplo el detalle de los requisitos exigidos por la autoridad central mexicana para iniciar un trámite, o el detalle de los documentos que deben conformar un expediente de adopción internacional, en el que destacamos el documento principal; es decir, el certificado de idoneidad emitido por la autoridad central del Estado de recepción del menor o la viabilidad emitida por el Estado de emisión del menor. Asimismo, todos aquellos aspectos relacionados con el procedimiento de una adopción internacional, como decimos, por no ser objeto estrictamente del presente trabajo, invocamos su lectura a otras publicaciones que ya tenemos sobre el tema; tómese como ejemplo, González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica..., cit.*

⁵⁵ Nos referimos a los protocolos o acuerdos que nacen con una clara vocación de niveler los desequilibrios demográficos y socioeconómicos del mundo actual. La administración española ha suscrito protocolos o acuerdos en materia de adopción internacional con Rumanía, del 2 de abril de 1993; Perú, del 21 de noviembre de 1994; Colombia, del 13 de noviembre de 1995; Ecuador, del 18 de marzo de 1997; Bolivia, del 29 de octubre de 2001, *BOE* núm. 304, del 20 de diciembre de 2001 (este último convenio de Bolivia sustituye a dos acuerdos anteriores del 5 de abril de 1995 y de 21 del mayo de 1997), y Filipinas, del 12 del noviembre de 2002, *BOE* núm. 21, del 24 de enero de 2003. Véase González Martín, Nuria, “Agreements on intercountry adoption subscribed between Spain and Romania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia and the Philippines”, *Mexican Law Review*, México, IIJ-UNAM, núm. 5, January-june 2006, en <http://www.juridicas.unam.mx>.

aquellas adopciones en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. En este tenor, el artículo 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993, expresa lo siguiente:

1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.⁵⁶

De esta manera, se pronuncia una doctrina mayoritaria, que entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual⁵⁷ fuera del territorio nacional, independientemente de que sean ciudadanos de otro país o no. Bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional. Este concepto certero e indubitable que se da en el artículo 2, párrafo primero del Convenio de La Haya de 1993, previamente había sido contemplado en la Convención Interamericana de 1984, denotativo, por cierto, de la retroalimentación que ha tenido, en este caso concreto, un convenio de La Haya de uno de corte interamericano.

Debemos destacar, por otro lado, que hay un sector doctrinal con una clara tendencia a conceptualizar a la adopción internacional teniendo en cuenta todos y cada uno de los elementos internacionales que están aparejados a la misma (nacionalidad, ciudadanía, residencia, etcétera).⁵⁸ Así, tenemos, según dicho sector doctrinal, que la “adopción será internacional,

⁵⁶ Véase en cuanto a la constitución de la adopción, a Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “Globalización y adopción internacional”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2000, pp. 23 y ss.

⁵⁷ En cuanto a los puntos de conexión, y en concreto al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia legislativa en derecho internacional privado, véase Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 17 y ss.

⁵⁸ Bouza Vidal, Nuria, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 921, la autora, por ejemplo, llega a contabilizar hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional autorizadas por autoridad española en España (al margen de las adopciones consulares y de las autorizadas por autoridad extranjera y reconocidas posteriormente en España). En todos estos supuestos, los elementos “extranjeros” que la autora combina son la nacionalidad y la residencia de adoptante y adoptado. Cit. por Adroher Biosca, Salomé, “Menores privados de su medio familiar”, en Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, p. 408.

y por ello relevante para el derecho internacional privado, cuando exista un elemento de extranjería en la relación, que puede ser: o bien la nacionalidad extranjera de una de las partes, o que alguna de ellas tenga su domicilio o su residencia en el extranjero, o que algunos actos ocurran en el extranjero".⁵⁹ Se considera que cualquier diferencia, ya sea de nacionalidad, de domicilio o de residencia entre las partes supondrá la internacionalidad de la institución. La idea es, parece ser, no basarse solo en los elementos personales, sino que, atendiendo al lugar de celebración de los actos, baste con que alguno de ellos, no todos, se hayan celebrado en el extranjero, para que la adopción se considere internacional. Por lo tanto, se considera que la adopción será internacional cuando se determine la nacionalidad extranjera, o el domicilio o residencia en el extranjero, del adoptante, del adoptado, o de ambos.

Esta postura, digamos, de apertura de la pluralidad de elementos de internacionalidad para conceptualizar la adopción internacional, ha sido acogida, recientemente, en España por la Ley 54/2007, del 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional;⁶⁰ un criterio que no compartimos, porque no atiende un logro y un avance que no fue fácil de conseguir, dejando abierta y desprotegida esta figura de la adopción internacional.⁶¹

La Convención de La Haya de 1993, expresamente dice —y esa es nuestra opinión— que se dirige a adopciones que establezcan exclusiva-

⁵⁹ Groffier, "L'adoption en droit international privé comparé", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973, p. 604; Verwilghen, "La filiation adoptive en droit international privé belge. Étude des règles de conflits de lois introduites à l'article 344 du code civil par la loi du 21 mars 1969", *Revue du Notariat Belge*, p. 164, nota 8; Delupis, *International Adoptions on the Conflict of Laws*, Estocolmo, Almqvist Wiksell International, 1975, p. 11. Cit. por Briosi Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 5.

⁶⁰ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *La ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, 319 pp.

⁶¹ González Beifussm, al reseñar la obra arriba indicada de Calvo y Carrascosa, expresa textualmente que "si la Ley de Adopción Internacional —española— se aplica a todas las adopciones internacionales, de entrada hay que suponer que rige para todas ellas el artículo 4.1 b) de la misma, que establece que no se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. Aplicar, sin embargo, dicha regla a la adopción de un niño de nacionalidad marroquí residente en España y nacido en España llevaría con toda probabilidad a impedir la constitución de la adopción, pues al no reconocer Marruecos la institución de la adopción tampoco existiría autoridad competente y aún habiéndola no necesariamente aceptará intervenir si el niño ha nacido en España y ha residido siempre en España. Y aún si aceptara, no es probablemente lógico que una autoridad tan alejada del niño pueda impedir la constitución de la adopción". *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2009.

mente un vínculo de filiación para el niño que va a ser desplazado a otro Estado contratante. La idea subyacente es tan solo restringir el ámbito de la Convención a esas clases de adopciones, pero sin negar la eficacia o ignorar otras posibilidades para el cuidado de los niños.

b. Ámbitos de aplicación convencional

Por lo que toca a los tres ámbitos de aplicación, con relación a este Convenio de La Haya de 1993, tenemos que expresar lo siguiente:

a) Ambito de aplicación material-personal. A grandes rasgos, y con el ánimo de no reiterar los principios fundamentales que rigen esta normativa internacional, el Convenio de La Haya de 1993, a través de la cooperación, fundamentalmente, trata de garantizar la correcta institución de la adopción internacional, evitando el tráfico ilícito, y además pone el acento en un complemento indispensable, que supone el reconocimiento y ejecución de dicha constitución, evitando el otorgamiento de adopciones claudicantes.

Así, en su artículo 2.2 se establece el ámbito de aplicación material, al establecer que son “las adopciones que establecen un vínculo de filiación”, enlazando, asimismo, con el artículo 3, que expresa: “el convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

Con relación a este ámbito de aplicación material, hay que hacer la observación de que a tenor del artículo 40, que a la letra dice: “(...) no se admitirá reserva alguna al Convenio”, una cuestión que va paralela al ámbito de aplicación material. La imposibilidad de realizar reserva alguna implica una ventaja y una desventaja. La ventaja puede derivar en la unificación y armonización de la materia, al no haber reservas por ningún Estado parte. La desventaja es que no se puedan alegar, por ejemplo, cuestiones de orden público, una cuestión que no siempre es conveniente.

b) Ambito de aplicación espacial. El Convenio de La Haya de 1993 solo se aplicará entre aquellos países que lo hayan ratificado, y hasta la fecha los Estados parte de este Convenio son: Alemania, Albania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Brasil, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Lituania, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Rumania, Sri Lanka, Suecia y Venezuela.

Siempre la balanza se desnivela hacia la ratificación de aquellos países que son, por excelencia, países de recepción de menores,⁶² frente a los países de emisión de menores; salvo alguna honrosa excepción, como es el caso de México, país de emisión de menores, que firmó y ratificó la Convención en primer lugar.

La política convencional debería derivarse precisamente en nivelar la balanza, para que la interactuación entre los países de emisión y de recepción se den las condiciones precisas para crear un trasiego transfronterizo transparente, lícito y gratuito. En la actualidad, los países latinoamericanos que son parte de la Convención, son de emisión: Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

c) *Ambito de aplicación temporal.* El artículo 46 de la Convención establece la entrada en vigor del mismo, y el artículo 41 dispone la irretroactividad.

Por lo que se refiere a la entrada en vigor del citado instrumento jurídico, el artículo 46 establece lo siguiente:

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 43.2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor: a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente de la expiración de un periodo de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Por otra parte, el artículo 41 del instrumento que nos ocupa establece que “... el Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción”.

Por otra parte, aunque no directamente conectado con los ámbitos de aplicación, debemos expresar que este Convenio de La Haya de 1993 no establece ninguna cláusula de compatibilidad entre instrumentos internacionales que abarcan una misma materia; en este caso vemos el solapamiento

⁶² En el que destacamos, desde abril de 2008, la entrada en vigor para los Estados Unidos de América, país que está a la cabeza de la recepción de las adopciones internacionales.

de materias con el presente instrumento, el Convenio de La Haya de 1993, y la Convención Interamericana sobre Adopción de Menores, de 1984. La ausencia de cláusula de compatibilidad es uno de los puntos débiles que debemos marcar en La Convención de La Haya de 1993 desde que esta tenía que haber previsto su compatibilidad respecto de la existencia de un instrumento convencional anterior; así las cosas, no podemos achacarle a la Convención Interamericana la inexistencia de esta cláusula de compatibilidad desde que es un instrumento anterior en el tiempo, y no podía prever la creación posterior de un convenio. De esta forma, la solución de la compatibilidad entre ambos instrumentos quedaría de la siguiente forma: para los Estados que tienen ratificada la Convención Interamericana se aplicará este instrumento y, para aquellos que tienen ratificado el Convenio de La Haya se aplicará este. Hasta aquí no parece haber complicaciones, pero ¿cómo solucionamos los Estados que coinciden en la ratificación de ambos instrumentos?; la solución, a nuestro juicio, pasa por aplicar aquel instrumento que resulte más favorable para la constitución de una adopción.

c. Competencia judicial directa: competencia judicial internacional y derecho aplicable

El Convenio de La Haya de 1993 es un convenio que no regula, exactamente, ninguno de los sectores relativos a la competencia directa del DIPr, ni la CJI ni el DA, tal y como expresábamos de la Convención Interamericana, no tiene ese carácter bipartito al que hacíamos referencia con relación a la Convención.

Hay un sector doctrinal que relaciona la CJI en el Convenio de La Haya de 1993 con su capítulo III, relativo a las “Autoridades centrales y organismos acreditados”,⁶³ y no está del todo mal encaminado si acogemos el concepto de jurisdicción, según la cual esta es “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria”.⁶⁴ Esa aptitud legal, aptitud global, puede ser referida a los órganos jurisdiccionales o autoridades públicas en general, y no solo con relación a los órganos jurisdiccionales del Estado; es decir, puede venir referida por parte de notarios o registradores y/o de los jueces; puede venir

⁶³ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores...*, cit., pp. 129 y ss.

⁶⁴ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado...*, cit., p. 71.

entonces derivada de la autoridad central en materia de adopción internacional y/o de los jueces en materia familiar. No obstante, la referencia expresa que hace el Convenio de La Haya en su capítulo III se refiere no tanto a la CJI, sino a la cooperación internacional, una figura que ha ido tomando vigor en los últimos años, y que en esta Convención concreta toma un significado de primer orden; en este sentido, no confundamos la CJI con la cooperación internacional, cooperación que ya se denomina, por parte de una doctrina importante, como el cuarto pilar del DIPr⁶⁵ (junto a la CJI y DA —CJ directa— y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras —CJ indirecta—).

La importancia de este cuarto pilar, o, si se prefiere considerarlo como el anexo del tercer sector, CJ indirecta, es reafirmar una situación actual de la preponderancia de la cooperación entre autoridades, eje fundamental en materia familiar internacional, ya que de no existir la cooperación entre autoridades, tanto administrativa como judicial, no se le podría dar sentido pleno al DIPr actual, en donde hay una proliferación, tal y como venimos manifestando, de situaciones de adopción internacional, sustracción/restitución de menores, reclamo de alimentos para los menores y otros familiares, divorcio, nulidad matrimonial, etcétera.

d. Efectos, reconocimiento y ejecución

La Convención de La Haya de 1993 expresa que cada Estado deberá reconocer el vínculo entre el niño y sus padres adoptivos, y la ruptura de la filiación preexistente del niño y sus padres biológicos, así como la responsabilidad que asumen los padres adoptivos; además, en su artículo 29 se impide todo contacto entre los padres adoptivos y los biológicos, salvo casos excepcionales.

Otra cuestión importante a destacar es que los efectos o relaciones sucesorias entre adoptante y adoptado y entre este y los familiares del adoptado, concretamente en la adopción plena, se regulan por la ley que rige la sucesión, no por la que rige los efectos de la adopción, aunque tal vez puedan coincidir. La Convención de La Haya de 1993 autoriza la conversión de la adopción semiplena en plena, siempre que los consentimientos otorgados en el Estado donde se constituyó la adopción se hubieran expresado en tal sentido (artículo 27), aunque la práctica demuestra, tal y como se instaura en el Convenio de La Haya de 1993, que la adopción internacional sea plena.

⁶⁵ Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional...*, cit., pp. 25 y ss.

En cuanto al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, México la reconoce sin necesidad de realizar ningún trámite; es decir, reconocimiento automático, y no se requiere el procedimiento de *exequatur*. En este orden de ideas, la Convención de La Haya expresa que la adopción constituida en un Estado parte deberá ser reconocida en los demás Estados parte, salvo que se estime contraria al orden público, “teniendo en cuenta el interés superior del menor”.

También es reconocida la adopción constituida ante un cónsul si se cumplieron las leyes del Estado acreditante y acreditado, y ello debido a que México es parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que da la posibilidad a los Estados para que sus cónsules realicen todo tipo de actos de estado civil, condicionados a la aceptación del Estado en el cual sean recibidos los cónsules y que les permitan realizar ese tipo de actos.

Por otro lado, México no tiene normativa que permita a las autoridades revisar la ley aplicada en el extranjero para constituir la adopción.

Por último, resulta pertinente expresar que la Convención admite el reconocimiento de la adopción:

1. Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
2. De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
3. De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres biológicos, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.⁶⁶

IV. DERECHO AUTÓNOMO MEXICANO EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

México, tal y como enunciamos en la introducción de esta contribución, en su carta magna, a través del artículo 124, señala las facultades que expresamente no se encuentran otorgadas a la Federación; se entiende que son facultades otorgadas a los estados; y concretamente, en el listado *numerus clausus* del artículo 73 constitucional, en materia familiar la jurisdicción es de cada uno de los estados de la Unión; es decir, es competencia local, y así, cada estado tiene su propio código civil y su código de procedimiento civil, y de ahí que confluyan 31 códigos civiles más el Distrito Federal, y 31 códigos de procedimientos civiles más el Distrito Federal, además del Código Civil Federal y el Código de Procedimiento Civil Federal, en donde la dispersidad normativa reina por su presencia, independientemente de que la

⁶⁶ Péreznieta Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2006, pp. 286 y ss.

tendencia, y así lo manifiesta un sector doctrinal, de todos estos códigos sea acercarse al Código Civil del Distrito Federal (CCDF) y al Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal (CPCDF),⁶⁷ cuestión ni muy acertada ni muy lógica, ya que no representa un modelo correcto a imitar.

Si realizamos un rápido, pero necesario recorrido histórico, durante la vida independiente de México, vemos que no se ha dado una regulación integral del sistema de DIPr. La codificación que se produjo en el siglo XIX —códigos civiles para el D. F. de 1870 y 1884 que fueron seguidos por las entidades federativas— introdujo algunas disposiciones tomadas, en gran medida, del código napoleónico, sin que parezca que sus redactores tuvieran conciencia de la importancia del DIPr; además de que ni la experiencia en el foro y tribunales judiciales parecieron haber demostrado su viabilidad y adecuación a las necesidades del país. La codificación de 1928 —Código Civil Federal y para el Distrito Federal— similar en su proyecto a la codificación del siglo anterior, pero diametralmente opuesta en lo que fue aprobado, sin ningún enfoque del DIPr, quedó desde entonces inmerso en un aislacionismo jurídico.⁶⁸

Quizá en este momento es cuando debamos expresar que en México ha habido varios intentos en torno a la regulación propia de DIPr, y de ahí a la implementación de leyes, para el caso concreto de la materia de adopción, y el antecedente más inmediato sea la propuesta de Abarca Landero, en 1988, de un proyecto de Ley Federal de Adopción Internacional,⁶⁹ que no fue admitido por problemas de constitucionalidad; no perdamos de vista, como acabamos de ver, que la materia familiar es de ámbito local.⁷⁰

Poco después, en 1992, otra iniciativa, ahora de Vázquez Pando y Péreznieto, dio lugar a un anteproyecto de ley para modificar el capítulo relativo a la adopción establecido en el CCDF, en donde se recogían los principios rectores de la normativa convencional firmada y ratificada por México hasta ese momento, en donde se contemplaba, por supuesto, la adopción internacional, adopción plena, e incluso la adopción por parejas homosexuales. El proyecto tuvo buena aceptación, hasta el punto que fue aprobado

⁶⁷ Péreznieto Castro, Leonel, “Algunos aspectos de derecho familiar en México y otros países de latinoamérica”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Castellanos Ruiz, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 14 y ss.

⁶⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, Palabras de inauguración del XXIX Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (inédito).

⁶⁹ Abarca Landero, Ricardo, “La Ley Federal de Adopción Internacional”, *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1989, pp. 183 y ss.

⁷⁰ Péreznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial...*, cit., p. 267.

en 1998, con ciertas modificaciones, que según los autores no fueron muy atinadas, al no captar el legislador “el sentido armónico de un derecho uniforme moderno en la materia”.⁷¹

Volviendo a la idea principal, cuando hablamos del tema toral de este apartado, la adopción internacional, se entiende que cualquier juez local mexicano tiene jurisdicción para aplicar directamente las convenciones en la materia; es decir, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a la Adopción de Menores y a la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Dado el carácter infraconstitucional, pero supralegal, de los tratados internacionales, aquello que no se regula a través de los mismos, para darle cobertura, se acude al derecho autónomo.

En esta explicación acerca del derecho autónomo mexicano debemos comenzar por exponer dos puntos, que no dejen dudas al respecto. El primero es con relación a la competencia judicial internacional (CJI) en México, y concretamente en el Distrito Federal —y que, por cierto, será el ámbito regulado en este momento por acotarnos a una entidad federativa— a través del artículo 156 del CPCDF, en donde se atribuye, por una parte, competencia a los jueces mexicanos y, por otro lado, determina quién es el juez nacional competente internacionalmente. El segundo punto que debe quedar fijado de manera indubitable es que la materia de adopción la podemos encuadrar en la categoría de jurisdicción voluntaria.

Con estas premisas, el artículo 156, fracción VIII, del CPCDF estipula que “es juez competente: VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria el del domicilio del que promueve...”; es decir, la normativa autónoma mexicana determina que en materia de adopción internacional, el juez competente es el del domicilio del adoptante.

A primera vista nos surge ya una inquietud, que deriva de los instrumentos internacionales que venimos analizando, en el que llegamos o concluimos en un punto toral, claro y necesario, en donde se estipula que la residencia habitual del menor es el punto de conexión idóneo para determinar, en este caso, la CJI, y la razón no es otra que la protección del menor; es decir, determinar un foro de protección del menor que no le deje en la indefensión.⁷² Si la normativa autónoma expresa otro punto de conexión,

⁷¹ *Ibidem.*, pp. 267 y 268.

⁷² Esta misma opinión la sostienen Pereznieto Castro y Silva Silva, y la vemos cuando expresan: “... la legislación por lo general continúa prescribiendo que es juez competente el del domicilio del que promueve, que normalmente es el adoptante, y la balanza se inclina a favor de éste y no se abre la posibilidad de que el juez pueda ser otro que quizás significara mayores ventajas para el menor, como sería el caso del juez de la residencia de éste”. Y van

como es el caso al determinar el domicilio del adoptante, ya tenemos una incongruencia que corregir; no olvidemos tampoco que la autoridad del lugar donde vive el menor es la que conoce las costumbres, la cultura y las aspiraciones de la comunidad concreta, y es esa autoridad la que puede elegir, en principio, lo que más conviene a los intereses del menor.⁷³

En ese sentido, para corregir o disipar la dualidad de puntos de conexión, que claramente se contraponen, y que dejan desprotegida a la parte más débil, en este caso a los menores, podemos atender lo enunciado en el mismo cuerpo normativo mexicano, al expresar en su artículo 156, fracción IX, que “es juez competente: IX. En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de estos, para la designación del tutor, *y en los demás casos el del domicilio de éste* (las cursivas son nuestras”); es decir, se estipula, dejando abierta la relación —… *en los demás casos*—, y en donde bien podríamos encuadrar a la adopción, que será juez competente el de la residencia del tutor, y, de manera lógica, el domicilio del tutor coincide con el domicilio del menor. Esta interpretación está claramente inclinada hacia la postura que tenemos de determinar como punto de conexión, en la materia, la residencia o domicilio habitual del menor, como foro de protección del mismo, pero no dejamos de destacar que de la lectura simple del artículo no se desprende una situación que se caracterice por la claridad de objetivos.

Al seguir analizando la CJI, también destacamos del reiterado artículo 156 CPCDF, su fracción IV, que a la letra dice: “juez competente: IV. El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio… de acciones personales o del *estado civil* (las cursivas son nuestras)”. Con relación a la mención del estado civil, destacamos, a su vez, el artículo 24, CPCDF, que expresa:

las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de este, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, *adopción*, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del registro civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil perjudican aun a los que no litigaron (las cursivas son nuestras).

Como vemos, dentro del estado civil se encuentra, por supuesto, la adopción, y de ahí la derivación del juez competente hacia el domicilio del

más allá, al expresar, asimismo: “el criterio del domicilio del que promueve tiene además otra falla. En la práctica los adoptantes suelen ser extranjeros que vienen al país a adoptar menores a través de jueces mexicanos y según este criterio se les obligaría a adquirir residencia en México, cosa que, de hecho, no sucede”. *Ibidem*, p. 271.

⁷³ *Ibidem*, p. 273.

demandado (artículo 156, fracción IV, CPCDF), en este caso, domicilio del adoptado.

Por supuesto que la afirmación anterior no está exenta de dudas, porque asimilar el domicilio del demandado con el domicilio del adoptado no es una derivación directa, ni mucho menos; pero ante la falta de interpretación del mismo, debemos y tenemos que reforzar esta clara inclinación que derive hacia la congruencia con la normativa convencional firmada y ratificada por México, en sentido directo con el foro de protección del menor.

No obstante todo lo vertido en las líneas precedentes, el resumen de los distintos puntos de conexión determinados por México, en cuanto a la CJI, son los siguientes, si a la letra nos atenemos, y siguiendo la reflexión doctrinal, que expresa lo siguiente:

...para determinar la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos podemos señalar que no se contempla un claro y necesario foro de protección, un punto de conexión que incline la competencia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor. Tenemos: a) domicilio del que promueve (artículo 156, fracción VIII, CPCDF); b) domicilio del tutor (artículo 156, fracción IX, CPCDF); c) domicilio del demandado (artículo 156, fracción IV; CPCDF).⁷⁴

Ante esta situación, la doctrina se decanta en mantener una opinión, acertada, por supuesto, en el sentido de que la determinación de la CJI en México no está regulada para un supuesto realmente internacional, sino meramente interno;⁷⁵ es decir, del artículo mencionado del CPCDF, artículo 156 y sus fracciones VIII, IX y IV, se infiere una regulación puramente interna entre los distintos estados de la Federación mexicana; en otras palabras, una regulación *ad intra*, y no una relación *ad extra* en su relación entre los distintos Estados que conforman la comunidad internacional; ello se corrobora al visualizar, además, que no hay una normativa autónoma que contemple, en específico, la figura objeto de estos comentarios, la adopción internacional, y de ahí la necesidad de incluirla para un supuesto nacional, la adopción nacional.

Este artículo regula por exceso y por defecto la competencia cuando de estas dos figuras se trata. Si bien lo anterior puede parecer contradictorio, nada más lejos de la realidad normativa.

Así las cosas, el artículo 156, CPCDF, regula por exceso la figura de la adopción desde que la misma puede ser encuadrada en tres fracciones

⁷⁴ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores...*, *cit.*, p. 135.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 136.

distintas, con resultados competenciales diametralmente opuestos. Si la encuadramos en la fracción VIII (jurisdicción voluntaria), el resultado competencial es a favor de los tribunales donde se presenten los pretendientes; si la encuadramos en la fracción IX (tutela de menores), será competente el tribunal de la residencia habitual del menor o el del domicilio del tutor; si, por último, la encuadramos en la fracción IV (acciones del estado civil), el resultado será equívoco en su aspecto semántico, es competente el tribunal del domicilio del demandado.

Por otro lado, se regula por defecto desde que no contamos en el CPCDF con un par de fracciones que de modo específico se dediquen al estudio de esta figura, dando un resultado competencial único y certero. Lo anterior contrasta con las previsiones específicas que encontramos en otros códigos de procedimientos civiles de otras entidades federativas, como Jalisco (artículo 161, VIII); Nuevo León (artículo 111, VIII); Chiapas (artículo 158, XIII); Durango (artículo 156, XIV); Oaxaca (artículo 146, XIII) y Querétaro (artículo 154, XIV).

Antes de finalizar esta explicación del derecho autónomo mexicano en materia de adopción internacional, y su CJI, en el que incorporábamos los comentarios sobre la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, al considerar que a través de una adopción fraudulenta se puede dar un acto o conducta ilícita y, por lo tanto, encuadrarla dentro del tráfico de menores, debemos aclarar que en México no hay ningún artículo en ningún código de procedimiento civil de las 32 entidades federativas que dé competencia al tráfico internacional de menores, lo cual genera en el ámbito interno un vacío o laguna, porque no se sabe cuál es el juez competente en materia de tráfico internacional de menores; quizás de la explicación que acabamos de verter se derive que por analogía podamos invocar el artículo 156 del CPCDF, fracción IX, en la que se hacía referencia: “...y en los demás casos...”, o adicionar una fracción que dé cobertura al supuesto concreto o, incluso, como propone un sector doctrinal, ratificar la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la cual México tiene firmada y no ratificada, según consta en las páginas oficiales, tanto de la Organización de Estados Americanos como en la de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, y así que se integre como derecho interno a tenor del artículo 133 de la CPEUM.

En cuanto al derecho aplicable (DA) en el ámbito autónomo mexicano —y también acotándola, como lo hacíamos con la CJI, al ámbito del Distrito Federal—, nos encontramos su regulación en los artículos 12 a 15 del Código Civil del Distrito Federal (CCDF).

De esta manera, encontramos que el artículo 13, CCDF, expresa: “La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas: II. El Estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal”. Al atenernos a lo que dice la letra, encontramos claramente que en materia de adopción internacional debemos contemplar la *lex fori*, sin ninguna posibilidad, en principio, de aplicar derecho extranjero y, por tanto, deja sin efecto el contenido de los siguientes artículos enunciados en el ámbito autónomo; es decir, deja sin contenido o como letra muerta los artículos subsiguientes (14 y 15 del CCDF), al no dejar lugar ni para la cuestión previa ni para el reenvío, etcétera.

Parecida a la problemática que por defecto presentábamos con relación a la competencia judicial internacional, encontramos el sector del derecho aplicable. En este sentido, afirmamos que la actual regulación del artículo 13 del CCDF presenta dos problemas concatenados. El primero es la falta de una fracción que de manera específica y particularizada responda a las figuras que aquí abordamos. Lo anterior nos lleva a encuadrarla en la fracción II bajo el rubro “el estado y capacidad de las personas”, dando una misma fracción la respuesta a dos problemáticas diferentes. La crítica anterior nos lleva a ver que el punto de conexión previsto para determinar la norma material que ha de dar respuesta al fondo de la pretensión no es la más adecuada desde que prevé que sea la ley del Distrito Federal. Ello impide tener en cuenta la posible aplicación de la norma material de un tercer Estado que pueda, de manera más acertada y contextualizada, responder al interés superior del menor.

Por otra parte, la normativa autónoma material aplicable a la adopción internacional —e insistimos en su acotamiento al Distrito Federal⁷⁶— la tenemos en el artículo 410-E CCDF, al definir adopción internacional, el cual constituye el precepto que rige la normativa de la adopción internacional.

Los legisladores mexicanos han acogido un criterio para definir la adopción internacional que difiere del criterio y, en definitiva, del concepto de adopción internacional que nos proporcionan los instrumentos internacionales.

⁷⁶ La adopción internacional, tal y como hemos reiterado, es materia estatal, y no federal, y de ahí la existencia de un amplio abanico de regulaciones estatales, que no siempre se caracteriza por su armonización, aun con la consideración vertida, de que se sigue una clara tendencia hacia la identidad con la regulación emitida por el Distrito Federal. Con todas estas puntuaciones, igualmente debemos reiterar, tal y como lo hacíamos al explicar la CJI autónoma mexicana, que esta dispersidad normativa y falta de armonización puede derivar en un *forum shopping*.

Según el artículo 410-E del CCDF, reformado en 1998 y posteriormente en 2004:

la adopción internacional, es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano bajo el principio de bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.⁷⁷

Es decir, define a la adopción internacional, fundamentalmente, como la realizada por los ciudadanos de otro país que carecen de residencia en el territorio nacional.

El concepto acogido internamente apunta hacia la idea de: 1) los adoptantes se encuentran en el extranjero, y además son “ciudadanos extranjeros”, y 2) el menor se encuentra en México. En este caso, aquellos mexicanos que residen fuera de las fronteras mexicanas no estarían incluidos en el supuesto de adopción internacional, sin tomar en cuenta uno de los presupuestos de mayor importancia, desde el punto de vista psicológico, cultural y social, y es que los menores mexicanos, en caso de ser adoptados por connacionales residentes en el extranjero, no se desarraigán totalmente, porque sus padres siguen siendo mexicanos. Es un error, por lo tanto, que se tome en cuenta la nacionalidad o la ciudadanía del adoptante, para definir la adopción internacional. En el derecho convencional internacional la adopción atiende a la residencia, pero no a la nacionalidad del adoptante, y ello lo constatamos con el artículo 2, párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

Asimismo, el legislador mexicano ubicó al adoptante en el extranjero, y al adoptado en México, y se olvidó del caso inverso. México, al suscribir los tratados sobre adopción, ha aceptado la posibilidad de ambas hipótesis,⁷⁸

⁷⁷ Reformado, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 9 de junio de 2004, Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Hay otra reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 6 de septiembre de 2004, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

⁷⁸ La profesora González Beilfuss opina, en contra, lo siguiente: “Aunque el Convenio (de La Haya de 1993) no impida que un Estado pertenezca simultáneamente a ambas categorías, la vigencia del principio de subsidiariedad que establece que hay que dar preferencia a la colocación del niño en una familia de su Estado de residencia habitual... dificulta que,

lo que significa que una persona residente en México puede adoptar a un menor residente en el extranjero.⁷⁹

México aun cuando es, fundamentalmente, país emisor de menores, no tiene por qué descartar que también pueda ser país receptor de menores.⁸⁰

Por último, en cuanto a la adopción por extranjeros, el párrafo tercero del artículo 410 E del Código Civil para el Distrito Federal expresa lo siguiente: “La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se regirá por lo dispuesto en el presente código”.⁸¹ Se refiere a aquella adopción por parte de extranjeros que residen en el territorio nacional; es la denominada adopción por extranjeros, que se caracteriza por ser promovida por ciudadanos de otro país, pero que tienen residencia en el territorio nacional, cuyo régimen está señalado por el propio Código Civil.

salvo que concurran circunstancias excepcionales, un mismo Estado presente ese carácter bifronte”, González Beilfuss, Cristina, “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, p. 315.

⁷⁹ Para ser congruentes con nuestro argumento “bifronte”, debemos aclarar que en el libro de nuestra autoría, *Adopción internacional. La práctica...*, cit., en el capítulo cuarto, en el que incluimos una propuesta o borrador de convenio bilateral en materia de adopción internacional entre España y México, no contemplamos el procedimiento para las adopciones de menores españoles para residentes en México, por la razón, conocida ya por todos; España en concreto, difícilmente podría proponer a un menor nacional para una adopción internacional cuando tiene una de las tasas más bajas de natalidad a nivel mundial y una lista de espera nacional con amplias dificultades de dar curso a tal demanda. Los residentes mexicanos que pretendan realizar una adopción transnacional tendrían que pensar, definitivamente, en otro país.

⁸⁰ A través de los diferentes informes emitidos por las autoridades centrales mexicanas, en este caso concreto, emitidos por el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia (DIF), e incluso desde nuestra experiencia práctica, vemos que en México hay un crecimiento del número de solicitantes nacionales que desean realizar una adopción. Se ha potenciado la denominada “cultura de la adopción”, y los nacionales que por diversas razones no han podido tener hijos biológicos buscan formar una familia adoptiva. No obstante, y esa es nuestra opinión, se siguen teniendo problemas de integración entre la misma comunidad mexicana. El Instituto Nacional Indigenista nos da un dato de gran relevancia, que es la existencia de 57 etnias ubicadas en el territorio nacional mexicano, todas ellas con claros rasgos indígenas, y nuestra experiencia nos hace pensar que las parejas mestizas no siempre tienen la “voluntad” de recibir en su seno familiar a un menor con estas características, con un fenotípico diferente, y de ahí la existencia de parejas mexicanas que aún teniendo la posibilidad de adoptar en su país de origen, México, vuelven sus ojos hacia la adopción internacional en aquellos países con claros rasgos occidentales.

⁸¹ Con las reformas citadas de 2004, *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 9 de junio de 2004, y *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 6 de septiembre de 2004, el concepto de adopción por extranjeros quedó igual.

En este supuesto, los legisladores mexicanos olvidaron que los extranjeros que adoptan, aun cuando estén residiendo permanentemente en México, podrán retornar a su país de origen o podrán cruzar cualquier otra frontera, y por consecuencia, llevar a su hijo adoptivo a ese país, y, sin embargo, el proceso se realizó como adopción nacional. La exigencia de que los extranjeros tengan “residencia permanente en México” no impide la movilidad de los mismos en un futuro próximo o lejano —y ni tampoco el encubrimiento bajo esta figura de una adopción internacional—, y sin embargo, los requisitos exigidos por la ley interna y el procedimiento no atiende con la misma exhaustividad y escrutinio, de una adopción internacional, buscando siempre el interés superior del menor. El legislador, una vez más, dejó en la anomia una materia de tanta trascendencia.

De toda esta exposición se deriva, de manera rápida y simple, que no tenemos una norma conflictual de DA *per se*, y la idea que debe seguir el legislador es, precisamente, hacia la derivación del punto de conexión hacia el domicilio del menor adoptado, en congruencia con la normativa internacional firmada y ratificada por México.⁸²

V. CONCLUSIONES

1. *Luces y sombras autónomas*

La situación descrita, además de proyectarnos hacia la aprobación de un Código Modelo de Derecho Internacional Privado para México, y de manera paralela nos lleva a visualizar luces a la hora de proponer, en el *ámbito autónomo mexicano*, la adicción al artículo 156, CPCDF —no olvidemos que hay una determinación de la CJI al juez del domicilio del que promueve, el del domicilio del tutor o domicilio del demandado, y nunca se refiere al adoptado/adoptante— de un par de fracciones que determinen la competencia, para adopción y tráfico, en los siguientes términos:

⁸² En donde no haya elementos de extranjería que “distraigan” del fin último de la adopción internacional, que es, en definitiva, la protección del menor. Si llegamos a un punto de consenso en el que se define a la adopción internacional en función de la residencia o domicilio en distintos Estados por parte de ambas partes, adoptando/s y adoptante/s, no podemos bajar la guardia ante una idea, importante, de consenso para acabar con la dispersidad normativa, y retroceder en los avances significativos —por ejemplo la definición de adopción internacional acogida—; véase el caso de la ley española reciente, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. González Martín, Nuria y García Escutia, Laura Magalli, “La ley de adopción internacional española. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 123, septiembre-diciembre de 2008.

El juez del Distrito Federal será competente. I. En materia de adopción internacional de menores cuando la residencia habitual del menor esté radicada en el Distrito Federal. II. Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución los tribunales del Distrito Federal si en ellos coincide cualquiera de los siguientes puntos de conexión: a) la residencia habitual del menor, b) las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido o c) si se produjo el hecho ilícito en el mencionado territorio.

Al igual que nos atrevíamos a proponer una nueva redacción para el artículo 156, CPCDF, para la competencia judicial internacional, creemos que es necesario hacerlo para el artículo 13 del CCDF para establecer el derecho aplicable. La propuesta pasaría por añadir un par de fracciones al mencionado artículo, en el siguiente sentido:

I. Para los casos de adopción internacional se aplicará de forma acumulada la norma material vigente en la residencia habitual del menor para la determinación de los requisitos de capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo y la norma material del domicilio de los adoptantes para la determinación de la capacidad para ser adoptante; los requisitos de edad y estado civil del adoptante; el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste. II. Para los casos de tráfico internacional de menor la norma material aplicable será la de la última residencia habitual del menor.

2. *Luces y sombras convencionales*

Con respecto al ámbito convencional mexicano, tenemos que subrayar una idea que se ha ido reflejando a lo largo de este texto. Nos referimos a que en la actualidad se están dando una serie de cambios culturales, que han supuesto una reorientación de la atención y protección a la infancia. En este sentido, destacamos la necesidad de implementar acciones efectivas en pro de la protección internacional de nuestros menores, asumida como responsabilidad pública, y objeto, por tanto, de una política global que garantice el bienestar de la población infantil, fomentando el desarrollo de sus potencialidades y de sus derechos individuales y sociales.

Estamos ante una proliferación de las relaciones privadas internacionales, producto de una apertura de fronteras, y, en materia familiar se le

agrega, en términos generales, el plus de una gran crisis familiar, que conlleva una multitud de situaciones anómalas, generando supuestos de diversa índole, en donde encontramos en el centro al menor y una indefensión de los mismos ante situaciones desconcertantes.

Por todo ello, la cooperación internacional, fundamento y objetivo del derecho internacional privado, se articula, en buena medida, en torno a la elaboración de convenios bilaterales o multilaterales que disciplinan los distintos supuestos de tráfico externo.

Son muchos ya los tratados, pactos o convenios internacionales que tienen relación directa con la protección de menores; ello es indicativo, como decimos, de la conciencia y de la preocupación internacional hacia la protección de nuestros menores.

En este sentido, México, en materia de adopción ha firmado y ratificado convenios de ámbito universal como el Convenio de La Haya de 1993 y convenios de ámbito regional, como la Convención Interamericana sobre adopción de 1984. Convenios, todos ellos, que han contribuido a la protección internacional de nuestros menores, pero a los que le falta su adecuación a la práctica diaria y su adecuación por los Estados parte. En una palabra, somos un país que con cierta rapidez firmamos y ratificamos instrumentos internacionales, pero no los armonizamos con nuestro derecho interno, y, peor aún, no los adecuamos en pro del interés superior del menor.

Con respecto al Convenio de La Haya de 1993, tal y como lo expresamos, este es un instrumento jurídico de gran relevancia para la ordenación de las prácticas de intervención en el ámbito de la adopción internacional.

México fue el primer país en firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 1993, y ello fue debido a la claridad y visión de sus autoridades para asumir la responsabilidad y el compromiso que comporta ser un país emisor de menores, menores mexicanos dados en adopción internacional.

Del marco normativo de dicho instrumento internacional destacamos, en esta ocasión, los acuerdos o protocolos bilaterales a tenor del artículo 39.2, acuerdos que nacen de la inquietud de uno o de los dos Estados parte involucrados en dar un margen más de seguridad, transparencia y cooperación en materia de adopción internacional. Estos acuerdos contribuyen, además, a una posible solución con respecto al tráfico de menores, siempre en clave de cooperación. Con estos acuerdos o protocolos bilaterales se abre la posibilidad de concluir acuerdos futuros para favorecer la aplicación del propio Convenio de La Haya de 1993, acuerdos que son complementarios y no suplementarios del mismo; así, la negociación y la firma de este tipo de acuerdos con aquellos países con los que tenemos un trasiego transfronterizo en materia de adopción internacional, sería una gran aportación, y

de ahí nuestra propuesta de la formalización de acuerdos de esta naturaleza con aquellos países con los cuales hay una interactuación importante,⁸³ cuantitativa y cualitativamente hablando. Se trata de utilizar y aprovechar aquellas vías que nos proporciona la normativa convencional suscrita por México.

Como contraparte de las luces, tenemos sombras, y así, antes de finalizar, queremos perfilar e insistir en lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Adopción de 1984, al permitir hacer una declaración a la hora de firmar, adherirse o ratificar dicho instrumento, en el sentido de extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional. México toma esta posibilidad, y así, realiza una declaración interpretativa, en la que afirma: “los Estados Unidos Mexicanos declaran que hacen extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano”.⁸⁴

México ha realizado dos declaraciones interpretativas o reservas⁸⁵ a dos convenciones interamericanas: una en materia de adopción —a la que acabamos de verter varias opiniones— y otra en materia de alimentos, una cuestión que no nos deja de sorprender.⁸⁶ En esa dinámica o inercia nos

⁸³ González Martín, Nuria, *Adopción internacional. La práctica...*, *cit.*, *passim*.

⁸⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de agosto de 1987. A este decreto de promulgación le sigue una fe de erratas, publicada en el *DOF* el 13 de julio de 1992, en la página 3, primera columna, séptimo párrafo, cuarto renglón, dice: “adopción a que se refieren los artículos 12 y 20”, debe decir: “adopción a que se refieren los artículos 2 y 20”.

⁸⁵ El derecho internacional público, encargado de estudiar una determinada convención como instrumento de unificación y armonización, no posee una definición de “declaración interpretativa”, pero sí de “reserva”, tomando ambos términos como sinónimos a tenor del artículo 2.1.d) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, expresa que reserva es “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. La cuestión no está muy clara. Nos referimos a la postura de tomar como sinónimos ambos términos, declaración interpretativa y reserva. Hay un sector doctrinal que manifiesta que es difícil su distinción y es fácil camuflarlas y distinguirlas; de hecho, una declaración interpretativa tiene como punto toral el crear un clima de mutua comprensión en relación con la extensión de los compromisos derivados del tratado y su grado de involucramiento; es decir, tiene un carácter o intención *ad extra* con el resto de los Estados parte y no, tal y como se desprende la declaración interpretativa mexicana que estamos comentando, un carácter *ad intra*.

⁸⁶ Por otra parte, para terminar de perfilar lo establecido en la Convención Interamericana sobre Adopción de Menores, tenemos que expresar que México no ha sido el único Estado firmante que ha realizado una reserva o declaración interpretativa. En el caso concreto, Chile presentó reservas a la hora de firmar la Convención, el 17 de enero de 2002, y

preguntamos los motivos que han llevado al Estado mexicano a realizar dicha práctica, que implica, entre otras cuestiones, el alcance y efecto extraterritorial de una sentencia emitida por un tribunal mexicano a la luz, en el caso concreto, de la declaración interpretativa, en virtud del artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984, en el que se da la posibilidad de constituir una adopción internacional aun cuando las residencias habituales de los dos implicados, adoptante/s y adoptado/s, coincidan territorialmente, si “a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante/s se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción”. En otras palabras, a través del artículo 20 convencional se puede dar una adopción internacional con residencia habitual en el mismo Estado, e incluso aun cuando se tenga la *intención* de cambiar de residencia. Todo ello va en la dirección de un claro retroceso en cuanto a la determinación clara e indubitable de la adopción internacional, basada en la diferencia de residencia habitual entre adoptante y adoptado, y sobre todo en clara desprotección del menor.

Como vimos en el apartado correspondiente, surgen muchas dudas e incertidumbres del texto de la declaración interpretativa *in commento*, las cuales resumimos a continuación.

Para comenzar, no establece un límite para constituir domicilio, y puede de caer en un fraude; por ejemplo, ¿qué me interesa más? ¿que sea adopción nacional o internacional? El principio de subsidiariedad, artículos 3 y 4, determina con sumo cuidado la norma material para ver los requisitos para adoptar, y se toma lo que es más favorable al menor, no al contrario, al adoptante/s. La declaración interpretativa induce a alegar o a encubrir un posterior cambio de domicilio del adoptante/s y del adoptado/s después de constituida la adopción. Entonces, nos cabe preguntarnos: ¿qué sanción hay por fraude a la ley? La contestación casi inmediata es: ninguna, por el principio del interés superior del menor.

Estamos ante una situación anómala, que pone en riesgo todos los avances logrados en torno a un concepto claro de adopción internacional, en el que se determina que la connotación de internacionalidad la da la residen-

así declaró lo que a continuación se transcribe: “la República de Chile declara que sólo reconoce la adopción plena u otra institución que produzca similares efectos y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes, por lo cual formula reserva a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto”. Esta reserva tiene también un aspecto importante a vislumbrar, pero no las consecuencias tan radicales que puede llegar a alcanzar la declaración interpretativa realizada por México.

cia habitual en diferentes Estados de adoptante/s y adoptado/s, tratando, precisamente, de evitar un ilícito, un fraude a la ley. ¿cuáles fueron, entonces, los motivos que condujeron a la instauración de esta declaración interpretativa en México? ¿Esta ampliación es válida?

Hemos venido elogiando la Convención Interamericana sobre Adopción de Menores de 1984, como parteaguas definitivo hacia elementos imprescindibles tanto conceptuales como teóricos; así, da un concepto inequívoco de adopción internacional, de adopción por extranjeros, de adopción plena, elementos que han servido para retroalimentar a convenciones de ámbito universal, *v. gr.*, la Convención de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional, que converge, necesariamente, en la adaptación de la misma, armonizando al derecho autónomo; pero nos encontramos con un claro retroceso, al invocar el Estado mexicano, a tenor del multicitado artículo 20 convencional, la posibilidad de *declarar* una declaración interpretativa, que “derrumba” un avance importante en la materia.

No nos podemos posicionar del lado de una doctrina que no ve en esta declaración interpretativa un cúmulo de contrariedades, por decir lo menos.⁸⁷ La esencia, que no la intención, quizá, de esta declaración interpretativa no va en la línea de ser un cúmulo de generosidad, en donde a la hora de constituir una adopción se ofrezca la elección de una adopción nacional o internacional al adoptante/s, ya no solo porque va claramente en contra del interés superior del menor, principio toral de la protección internacional del menor, sino porque da pie, *a priori* y sin dudas, a un fraude de ley, ocultando la verdadera intención de la misma, ya sea una ficción de cambio de domicilio posterior⁸⁸ o ya sea una ficción adoptiva que encubra un tráfico

⁸⁷ Berraz sostiene una posición clara de fraude a la ley a través de este tipo de declaraciones interpretativas. Berraz, Carlos, *La protección..., cit.*, p. 26.

⁸⁸ Imaginemos una pareja que resida en el extranjero, y ante el resultado negativo de la concesión de un certificado de idoneidad —incluso recurrido y denegado nuevamente—, documento imprescindible para conformar el expediente de adopción internacional, emitido exclusivamente por la autoridad central del Estado de recepción; es decir, Estado de residencia habitual de la mencionada pareja decide cruzar fronteras con una característica migratoria x, que implica temporalidad y no la idea de permanencia en el país de emisión de menores; es decir, con una calidad migratoria de no inmigrante, y que solicita una adopción nacional y permanece en el país el tiempo necesario para su constitución, y de inmediato regresa a su Estado de residencia habitual. Esta es claramente una adopción internacional bajo una ficción de adopción nacional, a la cual no se le da seguimiento, y por lo tanto se deja en la desprotección al menor. Los canales de protección concluidos vía convenio internacional quedan en letra muerta. Todo ello tomando en cuenta un ejemplo que transgreda la vía convencional sin ánimo, en principio, de ningún tipo de explotación ni laboral, ni sexual, ni tráfico de órganos, etcétera. ¿Qué ocurre, entonces, si se deja abierta esta vía para posibles ilícitos bajo la adopción?

de menores, dado el negocio tan lucrativo que envuelve a la misma, difícil de probar, pero el foco de atención hay que marcarlo, y no bajar la guardia en ningún momento.

Una posible solución, quizá la más acertada, pudiera ser marcar un plazo para que se produzca el cambio de domicilio o simplemente comprobar que aquella pareja, por ejemplo, de extranjeros, que ingresa en el país con una calidad migratoria que haga dudar sobre la *intención* real de ese traslado de domicilio; viendo obviamente todas las circunstancias de cada caso concreto, dado que este domicilio o residencia habitual se incluye dentro de un concepto jurídico indeterminado. Le toca al órgano jurisdiccional, porque no hay otro canal administrativo, por ejemplo, determinar y discernir cuándo estamos ante una ficción o no, y obrar en consecuencia. El panorama actual, ante el cúmulo de prácticas de tráfico internacional de menores, no nos ayuda a visualizar estas circunstancias de otra manera.

Para no dejar un cabo suelto en donde vemos que hay una mezcolanza entre residencia habitual y domicilio, e incluso una falta de la determinación, en términos de plazos, para considerar domicilio, queremos traer a colación el Convenio Interamericano sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, firmado el 2 de noviembre de 1987 y ratificado por México el 6 de diciembre de 1987, que determina un criterio de máxima importancia a la hora de declarar competencia a la norma internacional o convencional. Así, su artículo 2 expresa: “el domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. el lugar de la residencia habitual; 2. el lugar del centro principal de sus negocios; 3. en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. en su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”.

Si nos atenemos al rango jerárquico de este instrumento internacional, que a tenor de nuestro artículo 133 constitucional los tratados internacionales tienen una posición infraconstitucional, pero supralegal,⁸⁹ deberíamos entender que por cuestiones de armonización, cada uno de los códigos civiles de las 32 entidades federativas deberían asumir el mismo como parte de su normativa interna, y así al reformar sus códigos debieron prestar atención a una norma convencional que, por fin, trata de dar claridad y diferen-

⁸⁹ Véase nota 36.

En torno al tema consultese los diferentes artículos que sobre el tema han escrito Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Loretta Ortiz Alhf, Manuel Becerra Ramírez, Edgar Corzo, Segio López-Ayllón, entre otros. Sobre el orden jerárquico y de reciente aparición enlistamos a Pérezcano Díaz, Hugo, “Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 249-279.

cia a dos puntos de conexión que no son, *stricto sensu*, sinónimos: residencia habitual y domicilio. A grandes rasgos, la residencia habitual se atribuye a los menores, e incluso se maneja como el lapso de seis meses continuados en el mismo lugar, y el domicilio para los adultos y el resto de las manifestaciones que se enumeraron en el artículo 2 trascrito de la Convención Interamericana.

Otra sombra importante a destacar es la ausencia de ratificación del Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional de Menores. México actuó como anfitrión en la ronda de negociación de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP-V, en 1994, la cual desembocó en la conclusión de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Una convención que si bien es muy ambiciosa en su contenido, desde que da respuestas a los aspectos competenciales, civiles y penales, México a la fecha no se ha animado a ratificar. Ello contrasta con Estados como Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, quienes se han atrevido a ratificar este instrumento. No entendemos los argumentos que pueden llegar a justificar la ausencia por parte de México, donde la problemática de tráfico es preocupante y alarmante. Quizá la cuestión es meramente de un olvido o dejadez de las autoridades responsables mexicanas; no obstante, aprovechamos la coyuntura de estas líneas para alentar la pronta ratificación del mismo. Lo anterior beneficiaría al menor y, en definitiva, su interés superior, desde que su localización y restitución se haría por las vías ágiles y certeras previstas por la Convención. La implementación de esta Convención, por parte de la República mexicana, se haría a través de una operación sencilla, y esa es nuestra propuesta, bien destinando recursos personales y materiales existentes en algunos organismos, como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, DIF-Nacional, o como la Procuraduría General de la República (PGR), bien creando un organismo específico que se encargue de la localización y restitución del menor.

VI. RELACIÓN DE FUENTES DOCUMENTALES Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografía*

ABARCA LANDERO, Ricardo, “La Ley Federal de Adopción Internacional”, *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1989.

ADROHER BIOSCA, Salomé, “Menores privados de su medio familiar”, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos.

AMAR AMAR, José Juan *et al.*, *Infancia, familia y derechos humanos*, Barranquilla, Colombia, Ediciones Uninorte, 2005.

BELLOF, Mary, “Protección integral de derechos del niño *vs.* derechos en situación irregular”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006.

BERRAZ, Carlos, *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, UNL, 2000.

BRIOSO DÍAZ, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Ministerios de Asuntos Sociales, 1990.

CALVO BABÍO, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., vol. II, Granada, Comares, 2000.

_____, “Globalización y adopción internacional”, en CALVO CARAVACA Alfonso-Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2000.

_____, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *La ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008.

DREYZIN DE KLOR, Adriana (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Buenos Aires, Advocatus, 1996.

DURÁN AYAGO, Antonia, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis (coord.), *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

_____, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2004.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Beramar, 1994.

GARCÍA, Dilcya S., “Las obligaciones internacionales de México respecto del sistema de justicia penal juvenil”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en el marco de la adopción internacional. Contexto mexicano*, México (en prensa).

_____, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, 2006.

_____, “La protección internacional del menor en el ámbito americano: especial consideración a las CIDIPs”, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Abstracts aceptados, Sevilla y Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, dir. Carlos Lasarte Álvarez, coord. Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, María Fernanda Yance Vivero, Produce Viajes El Monte, Sevilla.

LÓPEZ ECHEVERRY, Ovidio, “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención, sobre los derechos del niño”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.

MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo, “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1991.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.

NAVARRO ATIENZA, Manuel Andrés, “La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados”, *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997.

O'DONNELL, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México-Unión Europea, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006.

OPERTTI BADÁN, Didier, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1986.

PÉREZ BEVIÁ, José Antonio y GARCÍA CANO, Sandra, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (coords.), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Algunos aspectos de derecho familiar en México y otros países de Latinoamerica”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.

— y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2006.

PÉREZ VERA, Elisa, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, “Las declaraciones interpretativas de las convenciones interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, 2007.

—, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, 2006.

SIQUEIROS, José Luis, “Reseña general sobre la quinta conferencia especializada interamericana sobre el derecho internacional privado CIDIP-V”, *Cursos de derecho internacional. El derecho internacional privado en las américa (1974-2000)*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2002.

—, “Contribución de las primeras tres conferencias especializadas interamericanas sobre el derecho internacional privado (CIDIP-I, II y III) al desarrollo del derecho internacional privado”, *XIII Curso de Derecho Internacional*, vol. 7, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1987.

VAN LOON, J. H. A., “Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire 1 d'avril 1990”, *Actes et Document de la la Dix-septième session*, tome II, Conference de La Haya de Droit International Privé, 1994.

—, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII.

2. Hemerografía

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, “La protección del menor en derecho internacional privado”, *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995.

—, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, 1999, núm. 6 (junio).

BOUZA VIDAL, Nuria, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987.

DELUPIS, *International Adoptions on the Conflict of Laws*, Almqvist Wiksell International, Estocolmo, 1975.

ESPINAR VICENTE, José María, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *AC*, núm. 32 (8 a 14 de septiembre), 1997.

GARCÍA CANO, Sandra, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, España, 3a. época, núm. 7, 2004.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y GARCÍA ESCUTIA, Laura Magali “La ley de Adopción Internacional española. *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 123, septiembre-diciembre de 2008.

GROFFIER, “L’adoption en droit international privé comparé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973.

JAMETTI GREINER, Monique y BUCHER, Andreas, “La Dix-septième session de la Conference de La Haya de Droit International Prive”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 1 febrero 1994.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 16, 1995.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, “La Tercera Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III, La Paz 1984)”, separata de las *Revistas* núms. 33 y 34, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 1984-1985.

PÉREZCANO DÍAZ, Hugo, “Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, “Nuevas consideraciones en torno a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y su aplicación en México”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, México, vol. V, diciembre 1997.

SIQUEIROS, José Luis, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, segunda época, núm. 16.

_____, “La cooperación judicial internacional. Expectativas para el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Privado*, México, núm. especial 2000.

_____, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994.

URIONDO DE MARTINELLI, Amalia, “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores-CIDIP V, México, 1994”, *Revista de la Facultad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 3, núm. 1, 1995.

VERWILGHEN, “La filiation adoptive en droit international privé belge. Étude des règles de conflits de lois introduites à l'article 344 du code civil par la loi du 21 mars 1969”, *Revue du Notariat Belge*.

3. Instrumentos internacionales vinculantes

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989.

Convención de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993.

Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, aprobada en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.

Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, aprobada en México, D. F., el 18 de marzo de 1994.

Convenio interamericano sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, del 2 de noviembre de 1987.

Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, del 17 de abril de 1989.

4. Fuentes electrónicas

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Agreements on intercountry adoption subscribed between Spain and Romania, *Peru, Colombia, Ecuador, Bolivia and the Philippines*”, *Mexican Law Review*, México, IIJ-UNAM, núm. 5, January-june 2006, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx>.

VALADÉS, Diego, “Una saludable reforma”, *El Universal*, México, 28 de febrero de 2007, en <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36902.html>.

PARTE V
REGIONALISMO

**CAMBIOS INSTITUCIONALES EN ÁFRICA:
ANÁLISIS DE LA TRANSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN
DE LA UNIDAD AFRICANA (OUA) A LA UNIÓN
AFRICANA (UA)**

Louis VALENTIN MBALLA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los altibajos de la Organización de la Unidad Africana.* III. *La Organización de la Unidad Africana y los entrejuegos de una indispensable mutación.* IV. *Creación de la Unión Africana y sus objetivos.* V. *Una visión compartida: rebasar los planteamientos de la Organización de la Unidad Africana.* VI. *La Unión Africana: una reorientación del enfoque institucional.* VII. *La Unión Africana y el problema crucial de la paz y la seguridad en África.* VIII. *Pasos lentos pero seguros para la eficiencia de la Unión Africana.* IX. *Consideraciones finales.* X. *Relación de fuentes bibliográficas, hemerográficas y electrónicas.*

I. INTRODUCCIÓN

Los cambios ocurridos en el mundo, las perturbaciones y coyunturas que acontecen día tras día en el escenario internacional, suscitan una revisión constante de los elementos de reflexión, de análisis e indagación sobre la dinámica de la sociedad internacional. El cambio institucional que se ha producido en África a principios de este siglo se inscribe precisamente en esta lógica de búsqueda de herramientas para responder a las dinámicas funcionales de la globalización.

En realidad, cada proceso o proyecto que emprende el hombre hoy en día debería estar fundado en una idea de cambio y progreso, aun cuando exista o predomine la tendencia en mantener las cosas como están: la resis-

* Doctor en ciencias políticas y sociales por la División de Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del Seminario Permanente de Estudios Africanos de la mencionada Universidad. Actualmente profesor de ciencias políticas y de relaciones internacionales en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Querétaro, México.

tencia al cambio. Esta perspectiva está fuertemente vinculada con la idea de acción, en donde cada acción tiene una serie de consecuencias, resultados e impactos. La transición de la Organización de la Unidad Africana (OUA) a la Unión Africana (UA) representa el inicio de un nuevo camino hacia el progreso del continente africano.

El presente artículo pretende dar cuenta del modo en que este cambio institucional en África es factor de un rediseño o más bien de una reafirmación de los proyectos de integración iniciados desde la gran ola de independencias en África (década de los sesenta), y al mismo tiempo representa un gran desafío tanto para los países africanos como para aquellos actores que miran a África desde afuera.

La intención de los líderes africanos ha sido la de rectificar el camino equivocado y contraproducente tomado por África desde su encuentro con el agente colonial. Más que nada, se trata de explorar y corregir el modo de actuación de los principales actores que confluyen en África.

A principios del siglo XX nadie podía cuestionar el dominio de Europa sobre África, pero esto se transformó debido al cambio de actitud de los pueblos africanos frente a la situación de colonialismo. Las causas de la decadencia europea como las guerras mundiales, a las que se suma la rebelión en los países colonizados, propiciaron que se estableciera un nuevo orden en el continente africano, en el que siguen vigentes las secuelas de la explotación colonial y neocolonial.

En la actualidad, los discursos referentes a la integración/desintegración de África se fundamentan en la crítica de la herencia colonial, la cual está cargada de ambivalencias y ambigüedades. La colonización fue un sistema de balcanización que los líderes africanos convertidos en mandatarios de los Estados postcoloniales no han cuestionado, ya que eran los principales beneficiarios de las supuestas “independencias”. Esto dejó la impresión de que los primeros presidentes africanos calzaron los mismos zapatos que los colonizadores; se sentaron en el mismo trono para gobernar a los pueblos, que por lo general lucharon para la consecución de las “independencias”. El resultado de ello fue que muy pronto, África se enfrentó a los problemas de un Estado cuyas bases políticas y socioeconómicas estaban casi totalmente erosionadas, con la necesidad de garantizar de alguna manera su supervivencia.

Si bien la organización social y política en África anterior a la presencia de los europeos era el orden étnico-tribal, el nacionalismo creciente en África tomó cuerpo mediante tres reivindicaciones principales: una reforma social, un deseo de confirmar las fronteras físicas de los nuevos Estados y la independencia político-económica con respecto al dominio colonial. Este

movimiento de “rescate” de África se acompañó de un sentimiento supranacional, que cristalizó en 1963 con la creación de la OUA.

Asimismo, hicieron falta cerca de cuarenta años en África para reemplazar a la OUA, único foro de diálogo panafricano, por lo que hoy parece ser una verdadera institución donde convergen lo político y lo socioeconómico: la Unión Africana. En la base de este cambio institucional se puede evocar la “toma de conciencia” de los africanos para coordinar mejor sus esfuerzos frente a los retos que impone la dinámica funcional del sistema internacional.

Esto no significa del todo que la OUA haya fracasado totalmente. Como organización continental, la OUA proporcionó un foro que permitió a todos los Estados miembros adoptar posiciones más o menos coordinadas sobre cuestiones de interés común de África en las instancias internacionales, y defender los intereses del continente.

Sin embargo, la OUA, debilitada por las divisiones político-ideológicas resultantes de la guerra fría y del enfrentamiento Este-Oeste, conoció en los años ochenta la más grave crisis de su historia. Esta había sido provocada por la admisión, en 1984, de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), que había dividido a sus miembros y suscitado el retiro de Marruecos de la organización. Habiendo conseguido superar ese desafío, la OUA vio debilitados sus medios de intervención para el mantenimiento de la paz, frente a la multiplicación de los conflictos en África. Así, la OUA, poco a poco, mostraba signos de debilitamiento que ocasionaron su reemplazo por la UA.

Esto nos lleva a plantear la pregunta siguiente: ¿Qué ocurre o ha ocurrido en África en términos de organización? Una respuesta contundente a esta interrogante es que África ha sido atrapada en la trampa de su contexto tanto externo como interno, lo cual ha logrado arruinar sus esfuerzos de organización.

En el ámbito intraafricano se menciona frecuentemente que las dificultades de organización o de construcción de instituciones en África se deben principalmente a que la transición del Estado precolonial al Estado postcolonial no ha sido acompañada por cambios estructurales e ideológicos capaces de establecer un orden sociopolítico y económico adecuado a las sociedades africanas. Sin embargo, resulta que se trata de una situación más profunda, que rebasa los avatares, las coyunturas y la ineficacia del actual Estado africano; que desde sus principios es ni más ni menos que un falso híbrido del Estado europeo-centrado.

De igual modo, si bien es más simple y común apuntar al Estado africano como principal vector de las derrotas actuales de África, es de rescatar que su impotencia o debilidad aun teniendo orígenes coloniales, se debe a la

manera en que está administrado por los dirigentes africanos. En este sentido, coincidimos con Fabien Adonon,¹ quien estima que hoy en día “África está enferma, pero no por sus pueblos sino por sus dirigentes”, manteniéndose siempre palpable un gran contraste entre la retórica de esos dirigentes y la realidad de sus escasos resultados frente a los pueblos africanos.

Como puede verse, las confusiones, incertidumbres y desórdenes que ocurren en África constituyen unos obstáculos reales para la estabilidad institucional en África, ya que impactan en la vida cotidiana de los pueblos africanos. Sus manifestaciones quedan diluidas en las consecuencias mucho más impresionantes de los cambios político, económico y sociocultural, que acontecen día tras día en el escenario internacional.

Es precisamente a partir de estas consideraciones que la necesidad de analizar la transición de la OUA a la UA encuentra todo su sentido y toda su relevancia. Pondremos énfasis en lo que es nuevo en la UA, cuyos principios están fundados en la igualdad, en la soberanía, en la interdependencia de los Estados, en la no injerencia y en la condena de regímenes anticonstitucionales.

II. LOS ALTIBAJOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA

Cuando nace la OUA el 25 de mayo de 1963, el contexto en el cual se encuentran los Estados africanos es particularmente difícil. Para esta fecha, los Estados africanos que salen apenas del yugo colonial, están algo aturdidos por las independencias; al mismo tiempo, aferrados de manera desenfrenada a sus nuevas soberanías. Así, los presidentes a cargo de asumir los nuevos destinos de África no pudieron percibir la sombra de los peligros inmediatos que rondaban sobre sus Estados.

La OUA así creada con el objetivo de realizar la unidad africana y permitir a los pueblos africanos determinar su destino y cumplir con sus aspiraciones genuinas tenía que pronunciarse sobre la legitimidad de sus fronteras estales. La Carta de la OUA permaneció muda sobre el tema. Su artículo IV se contentaba solo con enunciar que “cada Estado africano independiente y soberano puede llegar a ser miembro de la Organización”.²

¹ Fabien Adonon, en su ponencia “Integración o desintegración en África” durante el XXXII Coloquio Internacional de Primavera: Realidades y Perspectivas de la Sociedad Mundial, organizado por el Centro de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, abril de 2007.

² Hassatou, Balde, *Le bilan de l'OUA dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité en Afrique*, París, RIDI, 2003, p. 3.

Conviene señalar sin embargo que los obstáculos que enfrentó la OUA eran a la vez endógenos y exógenos en África. Por una parte, las antiguas metrópolis no pretendían dejar el destino de África entre las manos de los africanos; asimismo, las influencias exteriores al continente continuaron presentes. Por otra parte, la aparición de una divergencia ideológica entre los frágiles Estados africanos sembró la semilla de la desunión entre los africanos. En este segundo caso, dirigidos por Costa de Marfil, un cierto número de países, como Camerún, Nigeria, Togo, constituyeron el grupo llamado de Monrovia, reclamando el surgimiento de organizaciones económicas regionales; mientras que otro grupo, llamado de Casablanca, bajo la dirección de Ghana y otros países, como Marruecos, Egipto, Guinea y Etiopía, exigían una unidad continental inmediata.

El sueño de unidad encontró ahí sus primeras fisuras. El consenso, que, como lo recuerda J. E. Pondi, “no representaba un signo de convergencia sobre la mejor manera para los líderes africanos de realizar la unidad del continente”.³ Este consenso se establecerá finalmente en torno a la necesidad de liberar al continente de la influencia colonial, adoptando, por principio, el respeto de las soberanías recién adquiridas.

Aunque la OUA, tanto en sus estructuras como en su funcionamiento, permaneció alejada del ideal panafricano que mucho tiempo sirvió de catalizador para la lucha de liberación nacional y del proyecto federal propuesto por Kwamé N’krumah, pudo conservarse como el vector de la unidad africana. Durante el tiempo de vida de la OUA, este objetivo de unidad fue el motor en la dinámica funcional del continente africano, como lo manifestó, por ejemplo, la referencia que le hacían la mayoría de las Constituciones africanas. Esto se reflejó claramente en las Constituciones de un gran número de países africanos, que en sus preámbulos reafirmaban solemnemente “el apego a la realización, de la unidad africana”.⁴ Esto significa que el discurso político en África en esos momentos vehiculaba ampliamente la mística del panafricanismo presentado como la última muralla contra todas las formas de injerencia exterior, y sobre todo, como un instrumento de afirmación de la identidad sociocultural africana.

Por pequeñas maniobras, la OUA consiguió dejar de lado los clichés peyorativos que le habían adjudicado a lo largo de los años. De hecho, había llegado a ser la instancia por la cual pasaban casi todas las relaciones interafricanas. Asimismo, la OUA tenía a desempeñar el papel de “sindicato

³ Pondi, Jean-Emmanuel, “Réquiem pour l’OUA”, *Jeune Afrique Économie*, núm. 333, 16 juillet-02 septembre 2001, p. 47.

⁴ Bourgi, Albert, *Voyager à l’intérieur de l’OUA*, París, CERRI, 2000, p. 2.

de Jefes de Estado”, poniendo trincheras para evitar todo desbordamiento político de la institución, con el fin de preservar su carácter de instrumento de legitimación de los gobiernos africanos. En la década de los ochenta, ayudada por las conmociones ocurridas en la escena internacional y el debilitamiento político de numerosos régimes africanos, la OUA consiguió forjarse un espacio propio; mejor aun conquistar, a menudo por impotencia de los Estados miembros, una cierta autonomía de acción.

Es necesario reconocer y mencionar que aunque un cierto letargo institucional haya estigmatizado el recorrido de la OUA, se acreditó de un cierto número de acciones y realizaciones. Se puede, por ejemplo, señalar que la OUA pudo sensibilizar y movilizar a la opinión pública internacional sobre los problemas africanos como el *apartheid*, la deuda y la marginación de África. Además, la OUA generó diversas normas, permitiendo cierta convergencia de los comportamientos de sus miembros. Se puede mencionar a este respecto la creación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981, así como la creación en 1998 de la Corte Africana de Derechos Humanos.⁵

III. LA ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA Y LOS ENTREJUEGOS DE UNA INDISPENSABLE MUTACIÓN

Los grandes entrejuegos que motivaron el camino hacia la mutación ocurrida en el seno de la OUA resultaron de las debilidades y limitaciones de la Organización. Sobre las cuestiones relativas a los mecanismos de mantenimiento de la paz y resolución de los conflictos, la OUA se basó en el respeto de los principios de la soberanía y de la no injerencia⁶ en los asuntos internos de los Estados miembros. Esto dio la impresión de que la Carta de la OUA no había contemplado los conflictos internos. Sin embargo, rápidamente pudo hacer frente a esos conflictos, ante los cuales la OUA se encontraba despojada de herramientas jurídicas para intentar solucionarlos.

Asimismo, en varios conflictos la OUA estuvo completamente ausente. Es el caso de los conflictos que asuelan a Sudán desde su independencia;

⁵ Bend, Pauline, *De l'organisation de la Unité Africaine à l'Union Africaine: les étapes et les enjeux d'une mutation*, Rapport de stage de Maîtrise Professionnelle option Diplomatie, Yaoundé, IRIC, 2001, p. 8.

⁶ De manera significativa, uno de los principios enunciados en la Carta de la OUA era el de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados miembros. Y en los hechos, ese principio fue objeto de una aplicación estricta, traduciéndose, hasta el inicios de los años noventa, en una absoluta indiferencia de la Organización frente a lo que ocurría al interior de las fronteras de sus Estados miembros. Véase Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, art. III, en www.aidh.org/Biblio/Txt_Af/Ua_63.htm

Angola, desde 1976, y la República Democrática de Congo. Estuvo igualmente ausente en la gestión de la guerra que devastó a Mozambique de 1975 a 1992. A veces, la OUA se apartó en beneficio de las organizaciones subregionales africanas.⁷ Tal fue el caso de los conflictos que desgarraron a Liberia, Sierra Leona y Guinea Bissau, donde la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) fue el principal actor en su proceso de resolución.

Los fracasos de las “misiones de observación” de la OUA demostraron la ausencia de una política clara, y de una falta de instrumentos jurídicos en materia de resolución de los conflictos. Con sus mecanismos, la OUA había en efecto decidido privilegiar la prevención de esos conflictos, pero los textos adoptados por la Organización pusieron en evidencia la carencia normativa en ese ámbito fundamental. La OUA no entabló reflexiones profundas para actuar sobre las causas mismas de las guerras que no dejaron de asolar a África. Algunas de esas causas son la ausencia de un Estado de derecho y la mala gobernanza. En el primer caso, por falta de reglas y de prácticas claras para la sucesión en el poder, los actores políticos no dudaron en sacrificar la vida de las poblaciones civiles en nombre de quienes querían gobernar, para acceder y mantenerse en el poder.

Se pueden también señalar los fracasos ocurridos en el campo del desarrollo “multiforme” de África.⁸ La mayoría de los planes de desarrollo creados por los órganos centrales de la OUA no rindieron ningún fruto. Desde la Estrategia de Monrovia hasta el Programa del Renacimiento de África para el Milenio (MAP) de Thabo Mbeki, pasando por el Programa de Acción de Lagos (PAL) y el Tratado de Abuja, los resultados no estuvieron jamás a la altura de las esperanzas que fueron puestas en esas iniciativas. Fue quizás por falta de una estrategia reguladora de esas iniciativas que no produjeron los resultados esperados.

⁷ Bend, Pauline, *op. cit.*, p. 53.

⁸ Los programas precedentes para el fortalecimiento de la cultura de la integración adoptados por la OUA eran un conjunto de estrategias de desarrollo del continente iniciadas desde principios de los años setenta. Estas estrategias siempre fueron elaboradas en el sentido de la construcción de ideas, de visiones humanas y la definición de una identidad regional pertinente. Entre esos proyectos se puede mencionar la Declaración de Monrovia (1979); el Plan de Acción de Lagos (1980); la Declaración de Addis Abeba (1990), y el Tratado de Abuja (1991), que al menos propiciaron la creación de una Comunidad Económica Africana con el fin de sacar al continente del subdesarrollo. Sin embargo, las realizaciones de esos planes de desarrollo permanecieron limitadas; además, la historiografía de esos proyectos de desarrollo desde el inicio de los años noventa reveló más obstáculos que realizaciones. Véase Reine Djuidje Kouam, “L’Union africaine comme réponse africaine au défi de la mondialisation”, *Afrique et Développement*, CODESRIA, vol. XXX, núm. 1 y 2, 2005, p. 135.

En breve, podemos decir que en 1963, los fundadores de la OUA tenían un ideal: la realización de la unidad africana. Este ideal infundía a la Organización un carácter humano y explicaba las pasiones que la Organización suscitaba ante los africanos, que la criticaron de manera incisiva durante sus últimos años de existencia. Esas críticas, lejos de ser negativas, demuestran al contrario el apego de los pueblos africanos a ese ideal que la OUA no supo ni pudo realizar. Es en este sentido que la UA, institución naciente desde la adopción del Acta Constitutiva del 10 al 12 de julio del 2000,⁹ en la XXXVI cumbre de la OUA en Lomé, se inscribe en la prolongación de las acciones iniciadas por la OUA.

Sin embargo, las palabras claves para que la actual UA no caiga en los mismos errores que la OUA son el pragmatismo y el realismo. Estos dos conceptos guían a la nueva organización, permitiéndole ajustar sus ambiciones según sus medios; pero debe igualmente dar prueba de imaginación, a fin de mantener presente el sueño de la unidad africana. Esta unidad no puede hacerse más que en el respeto de la pluralidad étnico-cultural africana, la aceptación de las diferencias, la tolerancia y el respeto mutuo de los pueblos y de los individuos, lo que va a reducir considerablemente los conflictos que minan el continente, e impiden su desarrollo económico.

IV. CREACIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA Y SUS OBJETIVOS

En respuesta al apoyo recibido por parte de los africanos sobre el embargo de la Organización de Naciones Unidas (ONU) a Libia, Mouammar Kadhafi (presidente libio) convocó a una cumbre extraordinaria en Sirte (Libia) del 6 al 9 de septiembre de 1999. Durante esta cumbre, el guía libio anunció su proyecto de creación de los Estados Unidos de África. Al término de los trabajos, la división jurídica de la OUA recibió el mandato de elaborar el acta constitutiva que debía afinar las grandes líneas de ese proyecto. Antes de la entrega de los resultados de la división jurídica, surgió la controversia según la cual el proyecto de Kadhafi obedecía a su ambición personal de liderar el destino de todo un continente. Esta controversia logró dividir a África en tres facciones.¹⁰ Algunos Estados económicamente débiles (República Centroafricana, Chad, Rwanda...) se adhirieron sin reserva

⁹ Durante esa cumbre, el acta constitutiva es adoptada y recibe la adhesión de solo 27 países, de los 53 que cuenta el continente africano. Sin embargo, todos los jefes de Estado y de gobierno presentes concuerdan en un cambio de terminología con respecto al proyecto del presidente libio Mouammar Kadhafi: la terminología “Unión Africana” es así adoptada en lugar de “Estados Unidos de África”.

¹⁰ Reine Djuidje K., *op. cit.*, p. 21.

a la propuesta libia; más aún cuando Kadhafi les dejó entrever posibles ganancias financieras. Otros (gran parte de los países de África subsahariana) juzgaron este proyecto demasiado precipitado, pidiendo tiempo a fin de estudiar a fondo las posibilidades de su ejecución. La tercera y más fuerte hostilidad a ese proyecto vino de Sudáfrica, ya que Thabo Mbeki opuso al proyecto de los “Estados Unidos de África” la noción de renacimiento africano. En ese sentido, Sudáfrica, bajo la dirección de su presidente Mbeki, así como otros países con un gran potencial económico (Nigeria, Egipto, Túnez...), se pronunciaron a favor de una institución calcada del modelo de la Unión Europea, cuyos objetivos estarían centrados esencialmente en la integración económica del continente. Más allá de esta competencia entre diferentes opciones, se perfilaba una guerra de liderazgo, ya que Kadhafi se veía a la cabeza de los Estados Unidos de África.

Se encuentra así un continente dividido sobre la cuestión de la unidad africana, que se reúne nuevamente del 10 al 12 de julio del 2000 en Lomé, en la XXXVI Cumbre de la OUA. Durante esa cumbre se adopta el Acta Constitutiva y recibe la adhesión de solo 27 países de los 53 con que cuenta el continente africano. Sin embargo, todos los jefes de Estado y de gobierno presentes concuerdan en un cambio de terminología con respecto al proyecto libio; la terminología “Unión Africana” es así adoptada en lugar de “Estados Unidos de África”.

Otro momento muy importante en este proceso de creación de la UA se sitúa entre marzo y julio de 2001. Para superar los problemas planteados en la Cumbre de Lomé, Mouammar Kadhafi convocó a una segunda cumbre extraordinaria nuevamente en Sirte; en esta última, el tratado de creación de la UA fue adoptado. Cinco meses más tarde, del 9 al 11 de julio del 2001, tuvo lugar en Lusaka (Zambia), la XXXVII y última cumbre de la OUA. En esta misma ocasión, los jefes de Estado y de gobierno eligieron a Amara Essy, antiguo ministro de Asuntos Exteriores de Costa de Marfil, como secretario general para llevar a cabo la transición definitiva de la OUA a la UA. La Cumbre de Durban de 2002, lanzó la UA y fue seguida de la sesión inaugural de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión.¹¹

Asimismo, la UA se fijó los siguientes objetivos:

- Realizar una mayor unidad y solidaridad entre los países y los pueblos africanos;
- Defender la soberanía, la integridad territorial y la independencia de sus Estados miembros;

¹¹ Pondi, Jean Emmanuel, *op. cit.*, p. 16.

- Acelerar la integración política y socioeconómica del continente;
- Promover y defender las posiciones africanas comunes sobre las cuestiones de interés para el continente y sus pueblos;
- Favorecer la cooperación internacional, teniendo en cuenta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- Promover la paz, la seguridad y la estabilidad en el continente;
- Promover los principios y las instituciones democráticas, la participación popular y la buena gobernanza;
- Promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos conforme a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y a los otros instrumentos pertinentes relativos a los derechos humanos;
- Crear las condiciones apropiadas permitiendo al continente desempeñar un papel decisivo en la economía mundial y en las negociaciones internacionales;
- Promover el desarrollo durable en los ámbitos económico, social y cultural;
- Promover la cooperación y el desarrollo en todos los campos de la actividad humana con miras a elevar el nivel de vida de los pueblos africanos;
- Coordinar y armonizar las políticas entre las comunidades económicas regionales existentes y futuras con miras a la realización gradual de los objetivos de la Unión;
- Acelerar el desarrollo del continente mediante la promoción de la investigación en todos los campos, en particular en ciencia y en tecnología;
- Trabajar en conjunto con los socios internacionales competentes con miras a la erradicación de las enfermedades evitables y la promoción de la salud en el continente.¹²

Como se puede ver, estos objetivos están orientados hacia la implementación de la integración africana, con nuevos matices. Esto deja la impresión de que las viejas prácticas y costumbres político-burocráticas parecen ceder el lugar al pragmatismo de la *realpolitik*. La cultura, la *realpolitik* y la atmósfera de paz constituyen la columna vertebral que reclama, con justa razón, la nueva organización interafricana para su buen funcionamiento. En este sentido, por ejemplo, durante la ceremonia de inauguración de la

¹² “Acte constitutif de l’Union Africaine, Art. 3”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm

UA, el presidente mozambiqueño, Joachim Chissano, entonces presidente en ejercicio saliente de la OUA, pronunció su discurso-balance en swahili (lengua bantu, oficial en Kenya, nacional en Tanzania, vehicular en Uganda, en la República Democrática del Congo, en Rwanda y en algunos países de África central y del este). Además, M. Alpha Oumar Konaré, presidente de la Comisión de la UA, dio vuelta a una página de cuarenta años de su historia al anunciar frente al mundo “la muerte clínica de la OUA”, sustituida definitivamente por lo que llamó “el Pleno de jefes de Estado abiertos a la sociedad civil (...) ya que la unión hace la fuerza y la fuerza, el porvenir”.¹³

El presidente Chissano puso énfasis en el factor cultural, y M. Konaré apuntó la política aplicada al pragmatismo, y destacó el aspecto económico. Se anunció oficialmente la necesidad de contribuir con el 0.5% del presupuesto de cada país africano para constituir un fondo de 1.7 mil millones de dólares (¡contra los 600 millones de la extinta OUA!) que necesitaba la UA para optimizar su rendimiento.¹⁴ Esta visión, sin duda, permite enfrentar los desafíos del siglo, para que los africanos puedan ocupar el auténtico lugar que les corresponde en el concierto de las naciones. ¿No se dice: “quien no avanza retrocede, y quien retrocede muere”? Este es precisamente el espíritu, más bien la culminación de los principios de la UA para la integración de África en la dinámica mundial.

V. UNA VISIÓN COMPARTIDA: REBASAR LOS PLANTEAMIENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA

Hoy en día, no cabe duda alguna de que la UA constituye la institución fundamental y la principal organización del continente en el campo de la promoción de la integración política y socioeconómica acelerada, con miras al fortalecimiento de la unidad y de la solidaridad entre los países y los pueblos africanos. La UA está basada en la visión compartida de un África unida y fuerte, así como en la necesidad de construir una asociación entre los gobiernos y todas las capas de la sociedad civil; en particular las mujeres, los jóvenes y el sector privado, con el fin de reforzar la solidaridad y la cohesión entre los pueblos africanos.

Sobre la base de esta visión interafricana, panafricana, transafricana (llámasela como quiera), los africanos y las africanas deberían considerarse como un pueblo consciente de la necesidad de situar los intereses colectivos

¹³ Nkombé, Olivier Konaté, “Feuille de route de l’Union Africaine”, *Le Peuple*, Libreville, núm. 8775, 2004, p. 12.

¹⁴ *Idem.*

antes que los particulares. Organización con vocación continental, la UA trabaja fundamentalmente en la promoción de la paz, la seguridad y la estabilidad del continente, en tanto que se examinan las condiciones previas a la puesta en acción de su programa en el campo del desarrollo y de la integración.

La innovación en el orden de los principios que sostiene el enfoque institucional de la UA, a través de estrategias de diferenciación, tiende no solo a estigmatizar las debilidades de la OUA, sino a superarlas. Cabe recordar que los principios de la OUA eran: la igualdad, la soberanía, la independencia, el respeto de las fronteras, la prohibición del recurso a la fuerza, el arreglo pacífico de las diferencias y la no injerencia. Además de esos, los principios innovadores de la UA son: el respeto de los principios democráticos, la buena gobernanza, el rechazo de los poderes y cambios anticonstitucionales, la participación de los pueblos africanos en las actividades de la Unión y la promoción de la igualdad de género, así como la protección de los derechos humanos y de los pueblos, de conformidad con el Pacto Africano de Derechos Humanos.¹⁵

Así pues, se puede decir que la retórica de Lomé se construyó en torno a dos temas nuevos: la integración regional interafricana y la inserción en las dinámicas globales; sus objetivos son portadores de un programa político, social, económico y de seguridad para África, mediante estructuras apropiadas. El alcance y las perspectivas de la UA dependerán del pragmatismo real de esta expresión única de voluntad política de los líderes africanos.

El reto continúa siendo de altura: superar los límites, los defectos constitucionales e institucionales de la OUA, con el fin de que la UA no se convierta de un día para otro en una OUA-bis. El secretario general de la OUA había prevenido en Lusaka: “Este esfuerzo histórico necesitará de un compromiso íntegro de los dirigentes africanos, del coraje, valentía, audacia y de la voluntad de librarse del pasado”.¹⁶ Los planes ambiciosos de la UA se orientan hacia una perspectiva dinámica, que busca no solamente concretar los ideales de la integración y los sueños de unidad continental anhelados desde 1960, sino también poner en marcha nuevas instituciones previstas por el Acta Constitutiva, a fin de reforzar la autoridad continental a costa de los principios y de las prácticas, al margen de ese proyecto unitario.

No obstante, destaca que tanto a nivel conceptual como estructural, la UA sigue siendo una ecuación con varias incógnitas para varios actores. Coincidimos pues con Reine Djuidje de que “no habrá verdadera Unión

¹⁵ “Acte constitutif de l’Union Africaine, Art. 4”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

¹⁶ Reine Djuidje K., *op. cit.*, p. 48.

Africana sin el reconocimiento de una África plural e independiente, sin la participación activa de la sociedad civil en las decisiones que le conciernen, y sin un proceso gradual de transferencia de las soberanías nacionales hacia la Unión Africana”.¹⁷ Por lo pronto, el compromiso asumido por los Estados miembros con miras a la realización paulatina de sus objetivos es buen augurio.

VI. LA UNIÓN AFRICANA: UNA REORIENTACIÓN DEL ENFOQUE INSTITUCIONAL

Varias cuestiones acompañaron la creación de la UA: ¿por qué una nueva organización panafricana? ¿Cuáles son las posibilidades de éxito de esta empresa de reconstrucción de la unidad africana? ¿Cuál es la diferencia entre la OUA y la UA?, etcétera. La lista de preguntas puede extenderse hasta el infinito. En su concepción teórica, la UA es un potencial real para la integración africana, ya que está dotada de instituciones fundamentales para tal empresa.

Después de la lectura del Acta Constitutiva, destaca una evidencia, que podría ser el inicio de respuestas (con una visión optimista) a esas tres preguntas que hemos planteado: una nueva organización fue creada para avanzar más rápido en el camino de la unidad africana, instaurar la paz y la estabilidad en el continente, reforzar el tejido económico por nuevos métodos, fomentar y promover las comunidades económicas regionales. Como lo afirma Reine Djuidje, “la Unión africana intenta ser mucho más que una simple versión remodelada de la OUA. Es una unión de los pueblos dotada de Parlamento Panafricano (PAP) y de Consejo Económico, Social y Cultural (CESC-ECOSOCC en inglés)”.¹⁸

Deteniéndonos en la diferencia entre la OUA y la UA, destaca un gran esfuerzo de reorientación del enfoque institucional. Los jefes de Estado reunidos en Lomé consiguieron revisar el proyecto más ambicioso del líder libio; se trataba, por una parte, de concentrar el proceso político, evitando toda personalización y precipitación de las etapas de realización del proyecto de la Unión; y por otra parte, determinar un proceso institucional cuya trayectoria original descansara fundamentalmente en el Acta Constitutiva. Esta última tenía la intención de infundir a toda la institución una arquitectura normativa (jurídica) y una estructura marcada por el sello de la innovación y del pragmatismo. En realidad, el espíritu del Acta Constitutiva

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Reine Djuidje, *op. cit.*, p. 227.

ilustra la pertinencia del eje histórico Addis Abeba/Lomé, en el cual se ha construido la orientación normativa en primer lugar de la OUA, y ahora de la UA.

Desde entonces, se entiende por qué el profesor Sindjoun considera que desde los congresos de Lomé las relaciones internacionales africanas están marcadas por “el paradigma Addis Abeba (Etiopia)/Lomé (Togo)”; Addis Abeba remite al lugar de adopción de la Carta de la OUA en 1963, y Lomé al del Acta Constitutiva de la UA en 2000.¹⁹ Es el indicador de la cristalización de los principios de la UA, en Lomé del 10 al 12 de julio de 2000. Se puede decir que la Carta de la OUA se mantiene como la referencia de base de los principios enunciados y mantenidos en Lomé.²⁰

Efectivamente, varias estructuras de la OUA fueron transformadas para adaptarse a los nuevos principios y objetivos de la UA. El artículo 1 del Acta consagra el cambio de denominación de los órganos transformados, precisando el aporte sustancial de esta mutación. Se trata de:

1. La Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno se convierte en “la Conferencia de la Unión” (artículo 6);
2. El Consejo de Ministros de la OUA se convierte en “el Consejo Ejecutivo de Ministros de la Unión” (artículo 10);
3. El secretariado general de la OUA se convierte en “la Comisión de la Unión” (artículo 20).

Sin embargo, conviene notar que el verdadero cambio reside en la creación de comités técnicos²¹ especializados, cuya composición y rol son mencionados en los artículos 14, 15 y 16. El texto del Acta Constitutiva completa la arquitectura normativa de la UA en sus dimensiones popular, jurídica y financiera (artículo 19). Las instituciones financieras más importantes son el Banco Central Africano, el Fondo Monetario Africano y el Banco Africano de Inversión.

Una de las instituciones que vale la pena retomar aquí, y que entra precisamente en el ideal de integración africana, es el Consejo Económico, Social y Cultural (CESC). La importancia del CESC como institución fundamental de la UA, que hasta la fecha ha rendido resultados satisfactorios, reside en que propicia la participación de la sociedad civil, de los jóvenes, de

¹⁹ Sindjoun, L., *Sociologie des relations internationales africaines*, Paris, Karthala, 2002, p. 84.

²⁰ “Acte constitutif de l’Union Africaine, Art. 1 b”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

²¹ Los comités técnicos se encargan de temas como economía rural y asuntos agrícolas, asuntos monetarios y financieros, comercio, asuntos de aduana e inmigración, ciencia, tecnología, transporte, comunicaciones, educación, cultura, etcétera.

los actores no estatales y paraestatales en la dinámica funcional de la Unión. Desde la Cumbre de Lusaka, en donde se propuso la adopción del CESC, los Estados miembros de la UA han podido definir su estructura, su modo de funcionamiento, sus esferas de competencia, sus criterios de selección, sus normas de procedimiento y su programa de trabajo a corto, mediano y largo plazo. En el ámbito de la cooperación con los demás organismos internacionales, el CESC colabora directamente con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), así como con algunos organismos especializados, tales como la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con los cuales se hace una importante labor de monitoreo, cabildeo, transmisión e intercambio de informaciones y recomendaciones.

VII. LA UNIÓN AFRICANA Y EL PROBLEMA CRUCIAL DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD EN ÁFRICA

Una de las disposiciones más revolucionarias del Acta Constitutiva descansa en “el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro con el aval de la Conferencia de la Unión, en algunas circunstancias graves, como son: los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, cualquier tipo de amenaza que comprometa la paz y seguridad grave a algún miembro de la UA”.²² Este punto es reforzado por el punto (j), que menciona el “Derecho de los Estados miembros a solicitar la intervención de la Unión para restaurar la paz y la seguridad”.²³

En el marco del Acta Constitutiva, los dirigentes africanos adoptaron en Durban, en julio de 2002, el Protocolo Relativo a la Creación del Consejo de Paz y Seguridad de la UA; el Protocolo entró en vigor el 26 de diciembre de 2003. Sin embargo, conviene señalar que no es la primera vez que tal iniciativa es tomada por los dirigentes africanos; en efecto, la Carta de la OUA de 1963 preveía ya la creación de una Comisión de Mediación,

²² “Acte constitutif de l’Union Africaine, art. IV (h)”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

²³ “Acte constitutif de l’Union Africaine, art. IV (j)”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

Conciliación y Arbitraje, que debía ser uno de los cuatro principales órganos de la OUA. Pero la OUA no consiguió volverla operativa; tropas para el mantenimiento de la paz u observadores militares fueron desplegados por la OUA en Chad (finales de los años setenta, inicios de los años ochenta) o en Rwanda (inicio de los años noventa); esos despliegues fueron efectuados sin que la OUA tuviera un respaldo jurídico o una estructura dedicada al mantenimiento de la paz. El primer intento realmente concluyente para institucionalizar un mecanismo se remonta al mes junio de 1993, en la Cumbre de El Cairo, cuando los jefes de Estado y de gobierno pusieron en marcha el “mecanismo para la prevención, gestión y resolución de conflictos”.²⁴

La creación del Consejo de Paz y Seguridad por la UA confirma la voluntad de formar una estructura estratégica y jurídica para la implementación de las decisiones tomadas en los ámbitos de la prevención de conflictos, del restablecimiento de la paz y de la reconstrucción después de los conflictos. Este Consejo es particularmente asistido por la Comisión, por un grupo de sabios y por un Sistema Continental de Alerta Rápida.

El Consejo de Paz y Seguridad está compuesto por quince miembros electos por la Conferencia de la Unión; para ser electos en el Consejo de Paz y Seguridad, los Estados miembros deben cumplir con algunas condiciones, como son: el respeto de una gobernabilidad constitucional, el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos. Asimismo, el Consejo de Paz y Seguridad “anticipa y previene las diferencias y los conflictos, así como las políticas susceptibles de conducir a un genocidio o a crímenes contra la humanidad”,²⁵ según los lineamientos del derecho internacional.

Sin embargo, cabe señalar que el Consejo de Paz y Seguridad de la UA cuenta con algunas debilidades jurídicas, e incluso estructurales. En efecto, si bien varios conflictos africanos antiguos se apaciguaron, aparecieron otros, en particular en África del Oeste (Costa de Marfil, Darfur, Sudan, Madagascar, Chad...). Esto se debe a que el Consejo de Paz y Seguridad permanece como un órgano de decisión permanente para la prevención, la gestión y el arreglo de conflictos; es decir, un sistema de seguridad colectiva y de alerta rápida y eficaz en situaciones de conflicto y de crisis en África, no debe ignorarse que se trata de un tratado que no compromete más que a los Estados que lo ratificaron o se adhirieron. Se plantea entonces la cuestión de la no adopción de sus decisiones por los Estados no miembros de ese Protocolo.

²⁴ Djuidje, Reine, *op. cit.*, p. 42.

²⁵ Lel Ghassin Wane, “Paix et bonne gouvernance”, *Actes de la table ronde préparatoire nûm. 3: La bonne gouvernance: objet et condition du financement*, Addis Abeba, DGPRCUA, 2003, p. 141.

Por otra parte, están previstas numerosas instituciones para apoyar la labor del Consejo de Paz y Seguridad: la Comisión, el Grupo de Sabios, el Sistema de Alerta Rápida, una fuerza africana disponible y fondos especiales previstos por la Unión. Se trata de una construcción institucional y operativa en relación con los medios que dispone la UA.

A pesar de sus insuficiencias estructurales, se puede extraer de lo antes mencionado como conclusión provisional, que el órgano denominado Consejo de Paz y Seguridad podría ser parte del primer tratado panafricano que permitiera fundar obligaciones jurídicas pertinentes para la paz y seguridad en África.

El Pacto de no Agresión,²⁶ adoptado para reforzar el Consejo de Paz y Seguridad, no constituye un documento superficial, sino un instrumento jurídico para dar una consistencia real a la arquitectura panafricana de defensa y seguridad. Deberán, sin embargo, arreglarse todas las sutilezas jurídicas ligadas al tratamiento de las normas entre el Protocolo y el Pacto, para superar el obstáculo del “relleno” institucional que está saturando progresivamente el proyecto de la UA.

La creación del Consejo de Paz y Seguridad no exonera a la UA de una evaluación crítica respecto a su capacidad para resolver las crisis y para dotarse de medios adecuados. El ambicioso proyecto del presidente de la Comisión, que aspira a incrementar el presupuesto de la organización panafricana de 40 millones de dólares a 700 millones de dólares antes de 2010, permanece por el momento como una hermosa utopía.²⁷ Pero es un hecho que el problema de los recursos financieros y materiales constituye el núcleo del problema de la seguridad colectiva en África. Por otra parte, no podría garantizarse la seguridad colectiva si los ejércitos nacionales actuales no

²⁶ Fundado esencialmente en el derecho de intervención, el “Pacto de no Agresión” de la Unión Africana comprende cinco capítulos precedidos de un amplio preámbulo. El primer capítulo se apoya en las definiciones, en particular del concepto de “no agresión”, que retoma sensiblemente la resolución 3314 adoptada en 1974 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. La innovación se encuentra a nivel de la definición de la “seguridad humana”, concepto innovador del cual, el Pacto dice que significa “la seguridad del individuo, respecto de la satisfacción de sus necesidades fundamentales”. Comprende también la creación de las condiciones sociales, económicas, políticas, militares, medioambientales y culturales necesarias para la supervivencia y para la dignidad del individuo, incluidas la protección y el respeto de los derechos humanos, la buena gobernanza y la garantía para cada individuo de oportunidades y elecciones para su pleno desarrollo”. Véase “Acte constitutif de l’Union Africaine, Art. 1 (i)”, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

²⁷ Djuidje Kouam Reine, “L’Union africaine comme réponse africaine au défi de la mondialisation”, *Afrique et Développement*, CODESRIA, vol. XXX, núm. 1 y 2, 2005, p. 39.

se orientan hacia un enfoque de “ejércitos subregionales o regionales”. El concepto mismo de ejército único constituye una especie de fantasma diplomático; no solamente esta idea generosa y pacificadora deberá superar diversas condiciones políticas e institucionales previas, sino que será necesario implementar una profunda reforma de los ejércitos, que están a menudo al servicio de quien ejerce el poder.

En efecto, el panorama político en África sigue paralizado por los golpes de Estado y otras formas irregulares de toma del poder. No es seguro que muchos jefes de Estado africanos estén dispuestos a despojarse de sus guardias que aseguran su supervivencia política, a pesar de las obligaciones de una democratización deseada o impuesta. Las “revisiones constitucionales artificiales más que anunciadas por el secretario general de la UA durante la III Conferencia de la Unión, el 6 de julio del 2004”²⁸ muestran que el poder en África representa aún un asunto demasiado serio para ser confiado a otros y al pueblo.

La UA dispone hoy de instrumentos normativos e institucionales requeridos para articular una verdadera estrategia preventiva orientada hacia el largo plazo, que le permitirá enfrentarse decididamente a los conflictos internos e interestatales. No obstante, se plantea una pregunta: ¿La UA sabrá utilizar esta herramienta político-normativa? Mucho dependerá, a este respecto, de la actitud de los Estados miembros. El compromiso asumido por los Estados miembros de apoyar plenamente al Consejo de Paz y Seguridad y de facilitar toda acción que emprenda (esta instancia), con miras a la prevención, gestión y arreglo de las crisis y los conflictos, es una buena señal.

A largo plazo, el enfoque pacificador y humanitario preconizado en el marco del Consejo de Paz y Seguridad y retomado en el Pacto de no Agresión peligra con transformarse —si no se tiene cuidado— en un impotente registro de disposiciones para el mantenimiento de la paz, con la tentación de ceder a la doctrina de la guerra justa en África. Si el derecho del uso de la fuerza pudo momentáneamente estar por encima de la fuerza del derecho, la paradoja moral de una humanización forzada y armada del contrato social en África constituye una obsesión para todos aquellos que creen que el recurso a la violencia no suprime los gérmenes de los conflictos. La meta principal de todos esos mecanismos institucionales y constitucionales, en última estancia, es la de restablecer la confianza y la concordia entre los pueblos africanos, divididos por innumerables razones.

²⁸ *Idem.*

VIII. PASOS LENTOS, PERO SEGUROS, PARA LA EFICIENCIA DE LA UNIÓN AFRICANA

Un análisis profundo acerca de la transición de la OUA a la UA deja entrever de manera clara que la adopción del Acta Constitutiva de la UA fue un episodio muy importante para el proceso de integración africana. En efecto, la UA es una organización continental que ofrece un foro útil que ayuda a coordinar las acciones de los Estados miembros sobre temas comunes del continente, en pro de la defensa de los intereses de África en el concierto de la comunidad internacional.

Hoy en día la UA es una organización dedicada a promover la integración económica, cultural, sociopolítica, y a reforzar la cooperación entre sus Estados miembros. El gran potencial que tiene la UA que podría y debería influir en la realización de sus metas, es su dimensión abarcadora e incluyente. Casi todos los países africanos son miembros de la UA; eso da pauta a que en las cumbres ordinarias toda África pueda encontrarse reunida en una misma mesa para discutir los temas más relevantes para su propio desarrollo.

Para que la UA se merezca este rol de protagonista en el proceso de desarrollo e integración de África debe ante todo significar una ruptura con lo que por mucho tiempo fue considerado en el marco de la OUA como un sencillo “club de Jefes de Estado”. Además, la UA tiene la oportunidad de luchar contra los paradigmas dominantes sobre la sociedad africana (pobreza, muerte, conflicto, subdesarrollo, pandemias, explotación...).

El papel de la UA sería óptimo si se logra elaborar un programa de acción eficiente para las necesidades inmediatas del pueblo africano. Esto pasa por:

- Una redefinición clara y permanente de los objetivos prioritarios.
- Una exhibición de su credibilidad política.
- Una capacidad de movilización de los recursos.
- Un impulso de la descentralización en toda África.

Sería por demás demostrar que África es un continente en donde sucede cualquier tipo de coyunturas causadas por una concurrencia de actores tanto internos como externos. Para enfrentar esas coyunturas y proyectarse hacia el desarrollo y la integración, en primer lugar, la UA debe hacer una revisión constante de lo que se ha planeado, para ajustarlo con la realidad presente. Así pues, la plataforma de los objetivos la UA debe girar en torno a las necesidades siguientes:

1. Desarrollo de un mercado competitivo y posibilidades económicas amplias.
2. Promoción de economías de escala.
3. Ampliación de la capacidad de negociación de los Estados africanos.
4. Incremento del volumen de intercambio intrarregional.
5. Fomento de la comprensión y tolerancia entre los pueblos africanos, desde la hipótesis de que la diversidad y pluralidad étnico-cultural del continente es una potencialidad, así como fuente de riqueza.
6. Apoyo de la creación de pequeñas empresas.
7. Impulso a la solidaridad, el sentido de la organización, la buena gobernanza, la responsabilidad y el estado de derecho.
8. Instauración de un clima de paz y seguridad.

Para que se pueda realizar esta redefinición constante de las metas de la UA es de cardinal importancia que los Estados miembros participen activamente en el diseño e implementación de esta institución fundamental para el continente africano. Ello les permitirá resolver problemas cotidianos de funcionamiento y agilizar la aplicación práctica de las decisiones.

En segundo lugar, la UA debe demostrar no solamente al pueblo africano, sino también al resto de la comunidad internacional, que es una institución confiable, plausible y verosímil. Esto aumentará su credibilidad ante los actores que influyen en África; las condiciones necesarias para ello son:

- i) Una motivación auténtica, aunada a una real voluntad política por parte de los líderes africanos y por parte de la comunidad internacional.
- ii) La adopción de criterios claros, equitativos y transparentes para la selección del personal administrativo; aquí el mérito, la competencia, la honestidad y la independencia deben ser los criterios fundamentales para la contratación de los ciudadanos encargados de administrar la UA.
- iii) Una implicación de todas las capas de la población africana (elite, asociaciones profesionales, sindicatos, ONG, sociedad civil, intelectuales, estudiantes, movimientos de jóvenes, etcétera) en la formulación de las políticas y estrategias²⁹ de funcionamiento de la UA.

²⁹ Aquí, sería idóneo crear en cada país africano, así como en la diáspora, “Clubes de la Unión Africana”, e interrelacionarlos con los órganos formales de la Unión. Esto, sin duda alguna, propiciaría el nacimiento de un espíritu comunitario, fundado en la transferencia paulatina de las lealtades hacia la Unión Africana. En Camerún, por ejemplo, ya existen tales clubes, cuyo más conocido es denominado “African Relief International”, formado por un grupo de jóvenes intelectuales de varias universidades camerunesas, los cuales reflexionan para optimizar el funcionamiento de la Unión Africana.

- iv) Una reestructuración de la regionalización con el propósito de racionalizar los organismos de integración regional en África; lo que favorecerá el incremento de los intercambios intraafricanos.
- v) Un control y evaluación de las actividades de la Nueva Asociación para el Desarrollo de África (NEPAD),³⁰ que fue avalada por la propia UA.

En tercer lugar, para protagonizar verdaderos cambios en África, la Unión Africana debe tener una capacidad incuestionable de movilización de los recursos que dispone el continente africano.

Consideramos, por ejemplo, el caso del petróleo únicamente en África central; resulta que la mayor parte de las áreas petroleras del África negra se concentran en el golfo de Guinea, donde se ubica el territorio de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central —CEMAC— (Camerún, Congo, Gabón, Chad, Guinea Ecuatorial y República Centroafricana) a los que cabría añadir Angola, la República Democrática del Congo, Nigeria, Libia y Sudán. Asimismo, las reservas petroleras de la CEMAC representan aproximadamente más de 9.45% de las reservas mundiales. Por ello, adquieren un nuevo valor geoestratégico por las inversiones crecientes de China, Estados Unidos de América, la Unión Europea... Se estima que uno de cada cinco de los nuevos barriles de petróleo que entren en el mercado global, como incremento de la demanda entre 2008 y 2010, procederá del golfo de Guinea.³¹

Estas reservas se encuentran repartidas de la siguiente manera:

- Camerún (producción = 83.200 barriles/día, en 2007; reservas = 85 millones barriles, en 2007);
- Gabón (producción = 268.900 barriles/día, en 2007; reservas = 1.921 millones barriles, en 2007);
- Guinea Ecuatorial (producción = 420.000 barriles/día, en 2007; reservas = 563.5 millones barriles, en 2007);

³⁰ La NEPAD, como un intento del resurgimiento del panafricanismo, se inscribe en el marco de la reforma de la OUA y se ha colocado como el instrumento privilegiado de la Unión Africana (UA). En efecto, se presenta como una herramienta que debe facilitar la ejecución de las metas vigentes en la Carta de la UA, entre las cuales sobresale la necesidad de “crear condiciones apropiadas que permitan al continente enfrentar el problema de desarrollo” (véase Hugon, Philippe “Les priorités de la coopération pour l’Afrique subsaharienne et le nouveau partenariat pour le développement de l’Afrique (NEPAD)”, *Rapport du Haut Conseil de la Coopération internationale*, Paris, HCCI, 2002, p. 6).

³¹ Mballa, Louis Valentin, *Construcción de la Comunidad interafricana: obstáculos y perspectivas*, tesis de doctorado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 121.

- Congo (producción = 267.100 barriles/día, en 2007; reservas = 93.5 millones barriles, a 1 de enero de 2007);
- Chad (producción = 225.000 barriles/día).³²

Asimismo, China importa más del 20% de sus adquisiciones totales de petróleo de África, que produce el 11.4% del total del mundo. El 70% de las reservas se concentran en el golfo de Guinea, cuyo petróleo es de excelente calidad dado su bajo contenido en azufre.³³ Por tal razón, las grandes potencias occidentales (UE y EUA, principalmente) han empezado a redefinir sus relaciones con los Estados de la CEMAC.

De igual manera, hasta este día, la explotación minera desempeña un papel fundamental en la economía de numerosos países africanos. En efecto, la explotación representa más de la mitad de los ingresos de exportación para siete países africanos; más del 50% para Sierra Leona y alrededor del 85% para Guinea. En algunos países como Botswana o Zimbabwe, la explotación minera representa un tercio del PIB. África produce el 77% de la producción mundial de platino; el 62% de silicato de aluminio; más del 50% de vanadio y del vermiculita; más del 40% del diamante, del paladio, del cromo, y más del 20% del oro, del cobalto, del uranio, del manganeso y del fosfato.³⁴

En este sentido, la UA ha de apoyarse en instituciones adecuadas, sólidas, independientes y dotadas de un plan de acción conocido y aceptado por todos los Estados miembros, para optimizar el uso de los recursos africanos. Aquí, se puede, por ejemplo, imponer un descuento previo en los ingresos de exportación de los recursos naturales africanos a todos los Estados miembros (petróleo, oro, diamantes, gas natural, etcétera); de igual manera, debe aplicarse a todos los países africanos la lógica de “cero tolerancia”, para que todos paguen a tiempo sus cuotas anuales.

Asimismo, la UA debe administrar de manera rigorosa los recursos destinados a su funcionamiento y a la realización de sus objetivos. En este sentido, el papel de la UA debe extenderse hacia la elaboración de propuestas novedosas sobre la participación del sector privado, de la implicación de la comunidad internacional y proveedores de fondos en África, de la reorientación de los préstamos bilaterales y multilaterales destinados al desarrollo

³² Datos del CIA World Factbook, en <http://www.cia.gov/library/publications/factbook/index.html>

³³ Mballa, Louis Valentin, “¿Quién detendrá la voracidad china? (II)”, *El Corregidor de Querétaro*, Querétaro, México, 12 de febrero de 2009, p. 7.

³⁴ Mballa, Louis Valentin, *op. cit.*, nota 31, p. 398.

del continente. Aquí, la noción tan ambigua de “ayuda o apoyo” debe dejar lugar a las nociones de inversión y cooperación.

En cuarto lugar, la UA debe apoyar la descentralización en los Estados africanos; es decir, la UA debe ser el centro hacia el cual convergen todos los actores que confluyen en África. Esto permitirá armonizar y coordinar las políticas macroeconómicas, sectoriales, las actividades de la Nueva Asociación para el Desarrollo de África (NEPAD),³⁵ además de rechazarse todas las acciones que puedan perjudicar los intereses africanos.

A nivel político, la UA debe mostrar su capacidad de interferir con prudencia y cautela en los asuntos políticos de los Estados miembros, de tal manera que siempre el interés general o común sea privilegiado ante los intereses particulares de dichos Estados. La necesidad de descentralización siempre debe apoyarse en los principios democráticos, de respeto a los derechos humanos, así como de la buena gobernanza; por ende, se condena toda tendencia hacia la corrupción, el nepotismo y el tribalismo generadores de conflictos interétnicos, que han azotado a varios países africanos en las últimas décadas. La UA, al emprender este camino hacia la eficiencia, será sin duda con base en la fuerza real y actual de que dispone el continente africano para su desarrollo e integración. Sin embargo, reiteremos que no habrá verdadera UA sin el reconocimiento de una África plural e independiente.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En este artículo hemos podido ver que el intento de forjar una unidad continental en África no puede hacerse de manera espontánea o improvisada; más bien sus bases deben erigirse sobre toda la herencia sociocultural, económica y política de África. Sin embargo, son innumerables los obstáculos para tal tipo de proyecto. Además de considerarse la impotencia y debilidad del Estado-nación africano, una deficiencia de las estructuras institucionales puede impedir seriamente la integración de África.

En efecto, las estructuras que rigen nuestras vidas son en última instancia teorías asentadas en el interior de nuestras cabezas; los rasgos definitorios de la vida, la democracia, la vecindad, el panafricanismo, la sober-

³⁵ Aquí, la NEPAD plantea que los países africanos necesitan poner sus recursos en común, así como favorecer la cooperación y la integración regional para mejorar su competitividad a nivel mundial. Sus principios (paz y seguridad, buena gobernanza, regionalización del desarrollo) descansan en una lógica de organización de las solidaridades con miras al refuerzo de los acuerdos de integración regional. Véase Guihard, Nicolas, *Le NEPAD, Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique : présentation et analyse*, Paris, HCCI, 2002, p. 31.

ranía, el capitalismo, la pobreza, las minorías, las guerras y los conflictos interétnicos e interestatales, tienen sus manifestaciones concretas, pero son esencialmente la culminación de las ideas que se han generado. Entrar en el juego de los que piensan que no hay futuro para África es ser un fatalista que rechaza la evidencia de la historia. El cambio institucional que se dio en África, y que hemos analizado aquí, es un planteamiento que vislumbra la posibilidad de un cambio progresivo e indispensable para el continente africano.

Afortunadamente, la necesidad de este cambio basado en la idea de construcción de una “ciudadanía continental” ha sido reconocida por los líderes africanos; así lo señaló el presidente de la Comisión de la Unión Africana, Alpha Oumar Konaré: “Con una ciudadanía continental, África saldrá sin duda adelante... Necesitamos agarrar al toro por los cuernos y avanzar hacia una nueva comunidad: África”.³⁶ Esta afirmación refleja la intención de que la Unión Africana por constituir será un organismo fundamental en materia de promoción de la integración política y socioeconómica acelerada, con miras al fortalecimiento de la unidad y de la solidaridad entre los países y los pueblos africanos.

Es una proyección compartida de una África unida y fuerte, con la necesidad de construir una asociación entre los gobiernos y todas las capas de la sociedad civil, en particular las mujeres, los jóvenes y el sector privado, con el fin de reforzar la solidaridad y la cohesión entre los pueblos africanos. Sobre la base de esta visión interafricana, panafricana, transafricana..., los africanos y las africanas deberían considerarse como un pueblo consciente de la necesidad de situar los intereses colectivos antes de los intereses particulares.

El desafío es conseguir que los actores que convergen a África reconozcan que aprovechar las ventajas de un pasado compartido (inclusive los momentos de conflictos), es, en parte, garantía de un “futuro compartido”. Este enfoque ha generado resultados alentadores en otros lugares en el mundo. El hecho de considerar y aprovechar las lecciones del África auténtica, del África precolonial y de las aldeas, tiene un papel importante que jugar en el proceso de integración de África, y puede abrirse una nueva ventana, permitiendo que así ocurra de forma creativa.

El gran error que siempre han cometido los líderes africanos a la hora de idealizar o construir instituciones de alcance continental ha sido su incapacidad de desintoxicación, para salir “des sentiers battus” del estatocentrismo o del estato-juridismo occidental. Esta visión europeo-centrada

³⁶ Mulama, Joyce, *Integración-África: un continente, un país*, Madrid, IPS, 2007, p. 4.

es la principal causa del olvido de los modos de organización comunitaria en el África auténtica, en donde se encuentra precisamente la noción multidimensional de “compartir”, inherente a las sociedades africanas. Es, pues, guardando las distancias frente al estatocentrismo, rompiendo con los efectos de entrenamiento de la globalidad, para repensar esos modos de organización en toda su diversidad y complementariedad, que una idea de unidad africana manifestada tanto en la extinta OUA como en la actual UA podrá encontrar nuevos referenciales, apegados a la característica de pluralidad en África.

En efecto, al adoptar un mecanismo de compartir la totalidad de las especificidades se puede construir un modelo claro de complementariedad, hacia el cual todas las especificidades de los actores (africanos y foráneos) socioculturales, políticos, económicos y estratégicos podrán converger. La especificidad de cada actor individual y colectivamente hablando, es necesaria y fundamental para el movimiento hacia el otro, como paso decisivo para la unidad africana; allí debería estar la base de institución panafricana. La profundización de esta perspectiva que la UA debería adoptar sin esperar, puede lograrse mediante un análisis puntual de la estructura política, económica y sociocultural de África. Tal enfoque cosechará éxitos solo si hay mayor decisión, rapidez y eficacia a la hora de traducir las buenas intenciones de la UA en acciones concretas.

El tema de la cooperación entre África y la comunidad internacional debe encontrar respuestas contundentes en la UA. Concretamente, las nuevas relaciones entre África y los países desarrollados, como pueden ser los países europeos, EUA, China, Japón; con los bloques regionales, como la UE, la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Asociación de las Naciones del Sur-Este de Asia (ANSEA), el Mercado Común de América del Sur (Mercosur); así como con las instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC); deben traducirse en un reajuste de las políticas de “ayuda” hacia los programas nacionales elaborados por los propios países africanos. Esto implica por parte de los líderes africanos, la necesidad de elaborar un programa de cooperación que permita a los africanos, llevar a cabo los proyectos de desarrollo diseñados por sí mismos. Este reajuste en la concertación se manifestará por la adopción del principio de simetría, que implica un examen crítico por los gobiernos africanos, de los métodos de desarrollo promovidos por los proveedores de fondos (*bailleurs de fonds*).

Se trata aquí de un llamado para la construcción de una nueva red de interacciones en la cual convergen las nociónes de trabajo, de voluntad po-

lítica, de apertura, de compromiso, de superación de las intrigas y divergencias filosófico-ideológicas, etcétera. Es una mano tendida, en primer lugar, hacia los actores africanos, y, en segundo lugar, hacia los socios extraafricanos, lo que puede suscitar un efecto de entrenamiento (*effet d'entraînement*) favorable al desarrollo pluridimensional de África.

La importancia de la comunidad internacional en la unidad, en el desarrollo y en la integración de África consiste en la facilitación de la internacionalización de África, internacionalización como proceso institucional integral que tome en cuenta todas las dimensiones de las relaciones entre la UA y los actores no africanos, de tal manera que estos últimos se incorporen sin prejuicios a esa tarea. Esta orientación debe considerarse como una nueva apertura de África hacia el exterior, donde los intereses meramente individuales se institucionalizan, para formar parte integral de los planes de desarrollo, de la planeación estratégica y de las políticas generales para la integración de África.

Asimismo, al hablar de la actual UA nos ubicamos ante formas de organización sobre las que se ha teorizado ampliamente en los grandes ejes paradigmáticos de las ciencias sociales. Estas formas de organización incluyen desde grupos de sociabilidad relativa hasta grupos con objetivos establecidos que interactúan por medios formales e institucionales en varios casos, como pueden ser la UE, la Comunidad Económica y Monetaria de África Central, la Comunidad Económica de los Estados de África del Oeste y la OEA, entre otras.

Es aquí en donde debe entrar la comprensión de la UA, como una herramienta que favorece la convergencia de ideas en África, así como su paulatina integración en los asuntos globales. Herramienta no como mercancía de un mercado en gran medida manipulado, sino como forma de comportamiento hacia los demás, propiciando una serie de lazos entre el pasado, el presente y el futuro de las personas humanas y de los Estados-naciones.

X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, HEMERÓGRAFICAS Y ELECTRÓNICAS

1. *Fuentes bibliográficas*

BEND, Pauline, *De l'organisation de la Unité Africaine à l'Union Africaine: les étapes et les enjeux d'une mutation*, Rapport de stage de Maîtrise Professionnelle option Diplomatie, Yaoundé, IRIC, 2001.

BOURGI, Albert, *Voyager à l'intérieur de l'OUA*, París, CERRI, 2000.

GUIHARD, Nicolas, *Le NEPAD, Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique: présentation et analyse*, Paris, HCCI, 2002.

HASSATOU, Balde, *Le bilan de l'OUA dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité en Afrique*, París, RIDI, 2003.

HUGON, Philippe, "Les priorités de la coopération pour l'Afrique subsaharienne et le nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD)", *Rapport du Haut Conseil de la Coopération internationale*, Paris, HCCI, 2002.

LEL GHASSIN, Wane, "Paix et bonne gouvernance", *Actes de la table ronde pré-paratoire n°3: La bonne gouvernance: objet et condition du financement*, Addis Abeba, DGPRCUA, 2003.

MBALLA, Louis Valentin, *Construcción de la comunidad interafricana: obstáculos y perspectivas*, tesis de doctorado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

MEZANG, Akamba Pamphil, *Le NEPAD: une initiative de plus ou panacée pour l'Afrique?*, Mémoire de DESS, IRIC, Yaoundé, avril 2003.

MULAMA, Joyce, *Integración-África: un continente, un país*, Madrid, IPS, 2007.

MUTOMBO, Kanyana, "Préface", en FABIEN, Kange Ewane, *Défi aux Africains du III^{me} Millénaire*, Yaoundé, Clé, 2000.

PONDI, Jean-Emmanuel y HERVE MOUDOUROU, François, *Le secrétaire général de l'O.U.A. dans le système international*, Yaoundé, CLE, 1996.

SINDJOUN, L., *Sociologie des relations internationales africaines*, Paris, Karthala, 2002.

2. Fuentes hemerográficas

DJUIDJE KOUAM, Reine, "Les dynamiques de l'ordre international africain: un espace d'interdépendance en mutation", *Afrique et Développement*, CODESRIA, vol. XXX, núm. 1 y 2, 2005.

_____, "L'Union africaine comme réponse africaine au défi de la mondialisation", *Afrique et Développement*, CODESRIA, vol. XXX, núm. 1 y 2, 2005.

JOANNIDIS, Marie, "Chine-Afrique: une coopération renouvelée", *MFI-Hebdo*, 29 octubre 2004.

_____, "Pétrole: les petits producteurs d'Afrique sont courtisés", *MFI-Hebdo*, 18 febrero, 2005.

MBALLA, Louis Valentin, "¿Quién detendrá la voracidad china? (II)", *El Corregidor de Querétaro*, Querétaro, México, 12 de febrero de 2009.

KONATÉ NKOMBÉ, Olivier “Feuille de route de l’Union Africaine”, *Le Peuple*, Libreville, Gabon, núm. 8775, 2004.

PONDI, Jean-Emmanuel, “Réquiem pour l’OUA”, *Jeune Afrique Économie*, núm. 333, 16 juillet-02 septembre 2001.

3. Fuentes electrónicas

Acte constitutif de l’Union Africaine, art. 4, en www.africa-union.org/Oficial_document.htm.

Charte de l’Organisation de l’Unité Africaine, art. III, en www.aidh.org/Biblio/Txt_Af/Ua_63.htm

CIA World Factbook, 2008, en <http://www.cia.gov/library/publications/factbook/index.html>

NOTAS SOBRE A INSERÇÃO DO PARAGUAI NO MERCOSUL¹

Enrique DUARTE ROMERO*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A informalidade do comércio dentro da região do Mercosul*. III. *A economia de reexportação em Ciudad del Este*. IV. *Impacto econômico do setor reexportador*. V. *Papel do setor reexportador sobre a economia interna durante o seu auge*. VI. *O Paraguai e o Mercosul*. VII. *Aspectos econômicos*. VIII. *Paraguai e o setor externo*. IX. *O grau de abertura da economia*. X. *Problemas do comércio exterior*. XI. *O contrabando*. XII. *O contrabando com o Brasil*. XIII. *Onde o Paraguai ganha e onde perde com o Mercosul?* XIV. *Conclusão*. XV. *Referências bibliográficas*.

I. INTRODUÇÃO

Os países latino-americanos, a partir da segunda metade da década de 80 têm deixado de lado a política protecionista de substituição de importação, para adotar uma política liberal fundada com base no mecanismo de mercado. O Paraguai com a mudança para o regime democrático, também tomou o mesmo rumo da política liberal.

A partir da década de 1990, o Paraguai vem desenvolvendo, da mesma forma que o Brasil, Argentina e Uruguai, uma reforma estrutural da economia para adequar-se ao novo ambiente, como a liberalização do mercado financeiro, privatização das empresas estatais, promoção para atrair investimentos estrangeiros diretos e a promoção da agroindústria.

A difícil situação econômica é a prova de que a reforma não gerou resultados satisfatórios. Não foi verificada no país, a existência de um esforço em implantar umas políticas industriais, que levaria à mudança estrutu-

* Economista, formado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul em 1997 e mestrado em economia política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no ano de 2004. Doutorando pela Universidade de São Paulo em História Econômica.

¹ Capítulo de livro enviado para a Universidade do México para sua publicação.

ral do quadro agrário exportador restrito a matérias primas sem o valor agregado.

O modelo de industrialização por substituição de importações (ISI) se esgota na década dos 80, após a crise da dívida externa nessa década, iniciando-se um processo de liberalização e abertura com o objetivo de corrigir desequilíbrios macroeconômicos prenunciados e diminuir o peso do estado como agente econômico.²

O Paraguai diferentemente dos outros países da América latina, em nenhum momento adotou o processo de industrialização por substituição de importações. O motivo, segundo a visão do seu governante durante a larga ditadura é a de que tem mercado interno reduzido³ e o custo seria maior que o benefício. Isto talvez explique por que o Paraguai é o país de menor desenvolvimento industrial entre os quatro países membros do Mercosul.

Como não foi adotado o modelo de industrialização por substituição de importações, a economia paraguaia se desenvolveu a base de uma estrutura agrícola primária-exportadora, e mais adiante, sobre a dinâmica comercial. Um tímido processo de industrialização inicia-se na década de 1980, mas em nenhum momento é praticada uma política protecionista por parte do estado. A grande diferença com os demais países do Mercosul, é que a economia paraguaia tem sido tradicionalmente aberta, característica que tem levado até ao aumento das atividades comerciais ilegais, o contrabando.

Em 1991, a economia paraguaia é a mais aberta e estável dentre os assinantes do Tratado de Asunción, ainda que com fortes signos de esgotamento do seu modelo de desenvolvimento. Uma dinâmica que se baseia na extração intensiva de recursos naturais e que exporta sem valor agregado algum e na triangulação comercial, mas que de nenhuma maneira foi um fator que ajude ao país numa inserção competitiva na integração econômica. Paradoxalmente, o país que não teve problemas de estabilidade econômica como seus demais parceiros, não foi suficiente para compartilhar a onda de crescimento dos anos noventa.

Até o estancamento do Mercosul no final da década dos noventa, os avanços do Paraguai foram poucos. Mesmo tendo sido a economia mais aberta do Mercosul, como verificaremos mais adiante neste trabalho pelo volume de suas exportações e importações, o Paraguai se converte no país com menor nível de aproveitamento dos efeitos positivos do Mercosul, ou

² Que na década de noventa receberá a denominação de neoliberalismo.

³ Geográfica e populacionalmente, o Paraguai é maior que o Uruguai, e a priori, isto significa que também seu mercado interno é maior ao uruguai. No entanto, Uruguai adotou o modelo de ISI.

seja, o aumento comercial e incremento de investimentos externos à região não se refletem no projeto de integração regional. Uma das formas de inserção externa do país, mesmo com a integração econômica foi a triangulação econômica praticada principalmente na década dos noventa.

II. A INFORMALIDADE DO COMÉRCIO DENTRO DA REGIÃO DO MERCOSUL

Ao ser feita uma avaliação das exportações a partir da década de 90 até 2010, é importante observar a dimensão da informalidade que foi criado na região. Esta informalidade, por primeira vez na história econômica do interior do Brasil e Paraguai, foi gerada um mercado livre de oferta e demanda que escapava ao controle das autoridades econômicas e que dependia somente da gestão comercial. Na área de informática, o consumidor não tinha outra opção a não ser a de escolher o mais caro e menos sofisticado que o importado de Ciudad del Este.⁴ Até esse momento, as reexportações foram favoráveis a todos, menos para o resultado fiscal do Brasil e da Argentina. Mas a vantagem dos consumidores foi se reduzindo com o aumento da informalidade. Ciudad del Este se converteu em praça difícil, aonde só chegam “sacoleiros” ousados, além da imagem de oferta de produtos falsificados como se fossem verdadeiros.

Para os agentes das alfândegas brasileiras e argentinas e até para os próprios clientes, os produtos paraguaios, como sucos, fraldas descartáveis, ventiladores, cerâmicas, entre outros, são considerados de origem duvidosa. O “*Made in Paraguay*” não se vende facilmente, o comprador brasileiro e argentino dá-se o direito de exigir ao exportador paraguaio excessivas condições e até os de tipo informal. Muitos exportadores paraguaios têm que prover a condições CIF (*Cost, insurance and freight*), a valores subfaturados, sem fatura, assumir eles o pagamento do IVA (Imposto sobre valor agregado) para tirar seus produtos da alfândega e colocá-los no local do comprador e cobrar a prazos de três a quatro meses. Ou seja, a negociação entre exportador e o cliente de Mercosul realiza-se em condições desvantajosas para o primeiro. Exige uma gestão com estratégias e táticas muito especiais. Em outras palavras, a forma como o Paraguai abriu mercado no interior do Mercosul re-exportando produtos suntuosos e de novidade primeiramente, a bugigangas asiáticas depois, fez que hoje tudo o que vem do outro lado do rio Paraná, ou seja, do Paraguai, tem que ser baratos e “debaixo do tapete”.

⁴ Cidade que faz fronteira com Foz do Iguaçu (Brasil), esta cidade denominava-se Puerto Presidente Stroessner.

Mas existem antecedentes desta informalidade na região limítrofe. O interior do Mercosul é também o mercado do contrabando tradicional de gado, couro, madeiras, essências, café, entre outros. Além disso, existem regiões onde não há uma cultura habituada às importações e outros de difícil acesso logístico. A característica comum é que predomina muita informalidade, que as regras do Mercosul são substituir por práticas alfandegárias locais e comprova como é difícil trabalhar com a imagem “*Made in Paraguay*”, independentemente se o exportador vende arroz de Itapúa, calças jeans feitos em Asunción, cigarros fabricados em Hernandárias⁵ ou celulares que chegam via aérea no Aeroporto Guarani em Ciudad del Este. Com tudo, este é o mercado de mais fácil acesso aos exportadores do Paraguai. O mercado natural do Paraguai é o interior do Mercosul, como os Estados de Paraná, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul no Brasil; as Províncias de Misiones, Corrientes e Chaco na Argentina e ultimamente o mercado boliviano de Santa Cruz de la Sierra. Nesta região, o Paraguai mediterrâneo⁶ tem vantagens de custo de transporte com respeito aos centros econômicos de São Paulo e Buenos Aires.

A forte presença dos exportadores paraguaios no interior do Mercosul faz que as estatísticas nacionais de exportação tenham um forte viés para o subregistro. Nas comparações estatísticas com outros países do Mercosul, o desempenho do comércio exterior do Paraguai é o mais pobre de todos, ver tabela 01 e 02, se excluídas as reexportações. Mas aqui cabe levar em conta que estas cifras devem ser corrigidas para encontrar uma aproximação à realidade. Durante o período 1990/2010, existe uma diferença de mais de 15% entre os dados de importações de produtos paraguaios registrados por todos os países da região e as exportações registradas pelo Paraguai, como podemos observar nas tabelas 01 e 02. A esta correção deveríamos somar as exportações que tampouco são registradas nos países de destino como acontecem no caso de gado em pé, madeiras em toras, os cigarros fabricados no Paraguai, as subfaturações de mercadorias de difícil valoração, e os novos produtos como as confecções, os produtos de papel e da gráfica.

Com todas estas deficiências, as estatísticas demonstram que Paraguai tem um desempenho pobre. Ou seja, que o país não soube penetrar suas mercadorias naturais e suas exportações cresceram por debaixo da expectativa, a diferença de Uruguai e Bolívia, que também tem uma forte presença

⁵ Itapúa é uma província do Paraguai que faz fronteira com a Argentina, já Hernandárias e Ciudad del Este encontram-se na fronteira com o Brasil.

⁶ O Paraguai juntamente com a Bolívia são os dois únicos países da América do Sul que não tem saídas diretas aos Oceanos seja ele o Atlântico ou Pacífico.

nos mesmos mercados. As condições de informalidade são uma das causas já que o vendedor tem uma desvantagem de entrada que é a imagem “*Made in Paraguay*”. Parcialmente, esta desvantagem pode ser compensada pelas habilidades e as táticas que vem do setor reexportador, onde os empresários de Ciudad del Este têm bons contatos e sabem como ingressar no mercado do interior do Mercosul. E de fato, faz-se uso desta facilidade, Ciudad del Este é a principal alfândega de saída das exportações paraguaia e todas as empresas estão presentes ali.

Os problemas de gestão relacionados com a imagem negativa são mais pronunciados nas exportações de produtos não tradicionais⁷ e na região do interior, mas também em produtos tradicionais.⁸ A carne, por exemplo, encontrou muitas barreiras no Chile por causa da má gestão de algumas empresas. Ainda assim, a experiência ensina que outras empresas por si só puderam corrigir a imagem desgastada do país e hoje Paraguai exporta carne e confecções para o Chile. É de grande importância que os exportadores conjuntamente com o governo desenvolvam ações que contraste esta imagem negativa.

A continuação apresentaremos a tabela que descreve as exportações dos países integrantes do Mercosul.

⁷ Entre as exportações de produtos não tradicionais podemos citar: produtos de madeira; os produtos alimentícios; os produtos têxteis; os produtos químicos; os metais; minerais e maquinarias; os produtos de couro; os produtos de papel; os produtos plásticos e os produtos tipo maquila/reexportação.

⁸ Entre as exportações de produtos tradicionais podemos citar: soja e derivados; algodão e derivados; a carne; o couro; a madeira; o milho; o trigo; o tabaco e o açúcar.

Tabela 1
Exportações dos países do Mercosul, 1990/1999
(em bilhões de dólares)

Países	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	Variação média anual
Argentina (1)	12,4	12	12,4	13,3	16	21,2	24,1	26,4	26,4	10,0%
Chile (1)	8,4	8,9	10	9,2	11,6	16	15,4	16,7	14,8	7,4%
Uruguai (1)	1,7	1,6	1,8	1,7	1,9	2,1	2,4	2,8	2,8	6,7%
Brasil (1)	31,4	31,6	35,8	39,6	44,1	46,5	47,9	53,2	51,1	6,3%
Bolívia (1)	0,8	0,8	0,6	0,7	1,0	1,0	1,1	1,2	1,1	3,6%
Paraguai (2) excluída reexportações	1,0	0,7	0,7	0,7	0,8	0,9	1,0	1,1	1,0	0,7%
Paraguai (3) excluída reexportações	1,1	0,8	0,7	0,8	0,9	1,2	1,2	1,3	1,3	2,8%
Paraguai (1) incluída reexportações	2,1	2	2	2,9	3,4	4,3	3,9	4	3,8	7,8%

Fonte: (1) CEPAL, *Anuário Estatístico 2000*
 (2) Banco Central del Paraguay
 (3) FMI/Banco Central del Paraguay

A partir da observação da tabela acima, podemos verificar que o mesmo comportamento das exportações paraguaias se repete na década seguinte comparado com a década anterior como foi demonstrada na tabela 01. Na tabela 02, constata-se que o Paraguai só teve um aumento de 1,4% a.a. das suas exportações enquanto os demais sócios do Mercosul, mesmo que não tenham um número considerável houve um aumento maior percentualmente comparado ao Paraguai, assim o país que teve uma dinâmica parecida ao Paraguai foi a Bolívia com 2% a.a. desde 1999 a 2010, mas superando-o.

O Brasil deve ser dividido em dois momentos, de 1999 a 2006 foi o país com maior dinamismo comercial mas após isso também apresentou uma decadência no volume exportado. Uruguai e Argentina tiveram um comportamento semelhante com 3,0 e 3,1% de aumento respectivamente no mesmo período referido enquanto Chile permaneceu com 2,1% a.a. de aumento de suas exportações.

O que deve ser frisado além do pouco dinamismo que se reflete no menor crescimento das exportações paraguaias, são os tipos de produtos exportados, que se caracteriza em produtos primários com baixo valor agregado. Estes produtos não estão especificados neste trabalho, já que foge um pouco do objetivo proposto inicialmente que é a análise do dinamismo comercial de um dos sócios menores do Mercosul juntamente com Uruguai.

Tabela 2
Exportações dos países do Mercosul, 1999/2011
(em bilhões de dólares FOB)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Argentina	23,0	26,0	26,2	25,4	29,2	34,2	39,8	45,7	55,0	68,6	54,8	66,9	
Brasil	234,9	336,5	277,8	352,9	424,8	312,4	325,5	327,9	187,5	193,1	150,2	198,9	115,8
Uruguai	2,2	2,3	2,1	1,8	2,2	2,9	3,4	4,0	4,5	5,9	5,4	6,7	1,68**
Bolívia	1,5	1,3	1,3	1,4	1,7	2,3	2,9	4,2	4,8	6,9	5,4	6,9	3,3***
Chile****	15,3	17,8	17,2	16,9	19,5	30,3	37,8	54,7	64,3	66,8	48,4	65,4	25,7
Paraguai (1)	0,7	0,9	1,0	0,95	1,2	1,6	1,8	1,9	2,7	4,4	4,5	4,5	2,7*
Paraguai (2)	2,2	2,7	2,2	1,9	2,2	2,9	3,3	4,7	2,8	3,3	2,6	3,7	

Fonte: Elaborado conforme dados do Banco Central do Paraguai.

Bcu.gub.uy. *Boletín Estadístico Mensual*, núm. 264, abr-jun/2003.

Bcb.gov.bo. Setor externo - exportaciones

(1) Excluída as reexportações; (2) Incluída as reexportações.

* Até Junho de 2011

** Até março de 2011

*** Até maio de 2011

**** As exportações chilenas até maio de 2011

III. A ECONOMIA DE REEXPORTAÇÃO EM CIUDAD DEL ESTE

A economia em Ciudad del Este é frequentemente tipificada com uma combinação de fabricação de produtos falsificados, lavagem de dinheiro e operação de máfias internacionais. Ciudad del Este é a segunda cidade do Paraguai e conforma, com Hernandarias e Presidente Franco, a área metropolitana de maior crescimento demográfico do país, conforme a Dirección

General de Estadísticas, Encuestas y Censos em 1972 a cidade tinha 29.000 habitantes, chegando a 82.000 em 1982, 178.000 em 1990 e em 2006 está com 253.000 habitantes e 276.246 no ano de 2010 obtido mediante uma projeção da população.⁹

Na cidade tem-se estabelecido milhares de comerciantes paraguaios, e de origem chinês, libaneses, árabes e brasileiros, especializando-se na comercialização de artigos de consumo de marcas prestigiosas e por outro lado, nas imitações baratas de brinquedos, confecções e Compact Disc. A maioria destes comerciantes tem um bom conhecimento do mercado consumidor brasileiro e mantém estreitos laços com comerciantes e fabricantes de Ásia, Europa e Estados Unidos.

Saindo de Ciudad del Este rumo ao Brasil, encontra-se Foz de Iguaçu e em direção à Argentina, Puerto Yguazú, constituindo dessa maneira uma área urbana das três fronteiras com uma população de 600.000 habitantes.¹⁰ Aqui existe uma integração urbana e em qualquer loja se aceita como

⁹ Modelo de Projeção Populacional conforme Wlademir Pereira, Demografia do Subdesenvolvimento, 1978.

$$O \text{ Modelo resume-se em: } P = P_o + \frac{P_n - P_o}{t_n - t_o} (t - t_o)$$

Onde:

P = população no ano t

P_o = população recenseada num primeiro censo

P_n = população de um censo seguinte

t_o = data do primeiro censo

t_n = data do último censo

$$P_{2010} = 178.000 + \frac{253.000 - 178.000}{2006 - 1990} (2010 - 1990)$$

$$P_{2010} = 178.000 + (4.487,5 \times 20)$$

$$P_{2010} = 271.750$$

Ou, mediante outra fórmula: A Taxa r , que é a taxa anual de crescimento geométrico e utilizando as variáveis acima citados teremos: mediante a divisão de P_n pelo P_o e este elevar-se à raiz; $t - t_o$ que neste caso é a raiz 16 pela subtração de 2006 (última data disponível dos dados) com 1990 (data anterior do recenseamento). Assim, $253.000/178.000 = 1,421348$ elevado à raiz 16 = 1,022219. Este resultado eleva-se pelo tempo que se pretende conhecer, neste caso 4 (de 2006 a 2010, faltam 4 anos) devido à indisponibilidade destes dados nos institutos de estatísticas populacionais. O resultado obtido é: 1,091882 que multiplicados pelos dados do último recenseamento, 253.000 obteremos a projeção da população para 2010, assim teremos 276.246,20 habitantes.

¹⁰ Foz do Iguaçu tem 311.336 habitantes conforme Recenseamento do IBGE de 2007. Já Ciudad del Este em 2006 de acordo com DGEEC (Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos) do Paraguai tinha 253.000 habitantes e Puerto Yguazú com 40.000 pessoas, esta de acordo com o INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censo de la República Argentina). A quantidade populacional se restringe a estas três cidades sem incluir os municípios que se encontram ao redor destas cidades.

moeda corrente além do dólar, as moedas nacionais dos três países (Guarani do Paraguai, Real do Brasil e Peso da Argentina). É uma cidade muito dinâmica onde se vivencia diretamente os resultados da integração do Mercosul. Existem projetos de integração regional com o lançamento do pólo turístico Yguazú, nesta região das três fronteiras existem boas condições de vida e residência pelo acesso às múltiplas reservas de bosques naturais, as áreas de turismo ecológico e as facilidades para o esporte aquático.

A cidade de Ciudad del Este, foi fundada em 1957 no centro de uma política de expansão agrícola ao leste do Paraguai, com o objetivo de estabelecer vinculação permanente com o Brasil. O elemento dinamizador foi o aproveitamento dos recursos hídricos, através da construção da Represa hidrelétrica do Acaray na década de 60 e de Itaipú entre 1975-85. Paralelamente, foi se desenvolvendo o comércio fronteiriço, estimulado pela construção da ponte que liga a cidade a Foz de Iguaçu e pela pavimentação da rodovia internacional a mediados da década de 60.

O comércio fronteiriço começou nos anos 60, quando os comerciantes de Foz de Iguaçu passavam pela fronteira produtos de consumo para satisfazer a demanda do lado paraguaio. Com a abertura da ponte, formou-se no final da década de 60 uma zona franca a 10 km da cidade, administrada por comerciantes paraguaios e brasileiros, onde podiam ser feitas importações livres de impostos. A partir desta zona iniciou-se o comércio fronteiriço conhecido como triangulação, ou reexportação,¹¹ deslocado em seguida para a cabeceira da ponte.

Desde 1970, foram sucedendo-se uma série de vantagens fiscais para o comércio de reexportação, até a liquidação única dos impostos antes de entrar ao país. Esta liquidação inclui todos os impostos como as tarifas, o imposto sobre o valor agregado, o imposto seletivo ao consumo e o imposto sobre renda que conjuntamente representam menos de 10% do valor impônível. Tais normativas constituem o “régimen del turismo”. Mediante estas normativas os comerciantes de Ciudad del Este foram favorecidas pelo regime fiscal especial para vender artigos importados aos “turistas de compra” que visitavam as tradicionais casas comerciais estabelecidas perto da Ponte da Amizade. Ao mesmo tempo foi desenvolvendo a atividade de importação e distribuição aos comerciantes locais e, de forma acentuada aos comercian-

¹¹ Neste trabalho utiliza-se o termo reexportação como sinônimo de triangulação, que como já foi mencionado é a importação por parte de Paraguai de produtos provenientes de terceiros países, em especial dos Estados Unidos, da Europa e Ásia, que depois serão exportados aos países vizinhos especialmente ao Brasil e também a Argentina.

tes de distintos estados brasileiros.¹² Hoje em dia um turista brasileiro tem direito a uma compra mensal de até US\$ 300,00.

O comércio de importação e distribuição estendeu-se logo ao resto do país através da aplicação do “régimen del turismo” em todas as alfândegas do país, dessa forma criaram-se as bases para transformar a reexportação num dos setores econômicos mais importantes da economia nacional. Ciudad del Este, sempre foi a principal porta de entrada dos produtos deste regime.

IV. IMPACTO ECONÔMICO DO SETOR REEXPORTADOR

Verificou-se que nos anos de 1991 a 2010, o comércio de reexportação foi ganhando e superando setores tradicionais da economia do Paraguai como o setor agrícola e da carne, por exemplo. A participação percentual do valor agregado do comércio de reexportação no PIB aumentou em mais de um terço em 1996 a 1998. De 1999 a 2004 teve um comportamento abaixo disso, coincidentemente numa época em que a economia brasileira sofreu uma queda, somado a isso está a desvalorização do Real perante o dólar. Já quando a moeda Real inverte esta situação e passa a ter uma valorização, o setor de reexportação passa a ganhar um novo impulso. Podemos constatar que em 2005 este setor representa 20,7% e em 2006 atingiu 31,6% do PIB conforme verificamos na tabela 03. Apesar da queda apresentada a partir de 2007 até os dias atuais, ainda é maior que o setor da carne e na média também supera ao setor agrícola que de 2007 a 2010 representou 14,1% e a reexportação foi de 20,4% do PIB.

Continuando com a análise, no primeiro Semestre de 2011 não há nenhuma tendência de reverter isso, apesar da não existência ainda de uma estatística que comprove essa tendência. Além disso, o país ganhou mais uma cidade que na primeira década deste terceiro milênio apresentou uma atividade intensa no setor de reexportação, apesar de ainda não existir um estudo que demonstre as estatísticas desta nova região, pode ser observado a simples vista o avanço desta cidade chamada Salto del Guairá que se encontra na confluência entre os Estados do Paraná e Mato Grosso do Sul no Brasil.

¹² Uma das vias de distribuição de produtos de Ciudad del Este aos comerciantes brasileiros é mediante pistas clandestinas, que se iniciou nos anos 80 e que se mantém até o momento. Hoje, a maioria dos produtos está passando diretamente pela Ponte da Amizade a traves de combis, taxicargas. No caso de grandes partidas, utiliza-se a modalidade de transporte desviado, onde os containers dos portos franceses paraguaios da costa brasileira em lugar de chegar a Foz de Iguaçu e atravessar a ponte, são desviados ao destino do cliente no Brasil.

Os outros setores como a carne e a agricultura demonstraram uma recuperação gradativa, mas se compararmos com o setor de reexportação o peso na economia paraguaia ainda está muito abaixo do setor que se dedica à atividade reexportadora.

Tabela 3
**Composição do PIB nacional. Setor da carne,
da agricultura e da reexportação em percentagem
2000 – 2010 em percentagem**

<i>PIB por setores</i>	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
PIB das Reexportaç. .	38,0	34,4	37,2	40,0	41,4	44,0	50,5	22,8	19,5	19,2	20,2
PIB da Carne	1,6	1,6	1,7	2,0	2,5	3,0	5,0	-9,2	7,3	6,3	10,5
PIB da Agricultura	7,0	7,6	7,6	9,0	13,4	16,4	16,1	24,1	10,5	-25,0	47,0
PIB outros setores	53,4	56,4	53,5	49,0	42,7	63,4	28,4	62,3	62,7	99,5	23,3
PIB Total (1)	7,1	6,4	5,1	5,5	7,0	7,5	9,3	12,3	16,9	14,3	18,3
PIB nacional	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Departamento de Cuentas Nacionales do Banco Central del Paraguay, sendo transformada em dólares a partir da cotação do dia 15/10/2007 quando 1,00 dólar equivalia a 4.950 guaranis.

(1) Em bilhões de dólares correntes

V. PAPEL DO SETOR REEXPORTADOR SOBRE A ECONOMIA INTERNA DURANTE O SEU AUGE

A reexportação foi diversificando-se desde a eletrônica, o uísque e cigarros chegando a produtos como artefatos para o lar e objetos de decoração. Esta diversificação dos produtos gera uma nova dinâmica promovendo um efeito multiplicador como no caso dos artefatos de plásticos, ventiladores, confecções. Nestes produtos, a participação local aumentou consideravelmente, principalmente do empresário paraguaio.

Na tabela a seguir, fica clara esta constatação já que será o empresário paraguaio o principal responsável pela sua comercialização com uma participação de 28%, chegando a superar aos orientais e árabes.

A reexportação não só se expandiu como atividade para as cidades fronteiriças do país, especialmente Ciudad del Este e Pedro Juan Caballero (com o Brasil); Asunción e Encarnación (com a Argentina); e Salto del Guairá com o Brasil como já foi apontado nas páginas anteriores, mas foi ganhando importância no comércio interior paraguaio. Ao estender a abrangência do *régimen del turismo* em todas as alfândegas do país, num primeiro momento visa o mercado externo e não o mercado interno, mas esta expansão permite uma maior aproximação entre a atividade de reexportação com o mercado interno, muito fácil de ser constatado na época, já que nas feiras dos centros urbanos do país, os produtos de reexportação ganham destaque.

Tabela 4
Principais produtos e os empresários de Ciudad
del Este em percentagem

Setores	Eletrônica 25% lar & variedades 13% brinquedos 12% informática 9% vestiários 7% cosméticos & perfumes 6% cigarros 4% telefonia 3% artigos esportivos 3% uísque 3% flores 3% CDs 3% Outros 10%
Por Nacionalidade	Paraguai 28% Oriental 27% Árabe 24% Brasileiro 11% Outros não especificados 10%

Fonte: Pesquisa BCP-DEI/CEIP.

VI. O PARAGUAI E O MERCOSUL

O Paraguai tem indicadores baixos em termos sociais, se levarmos em conta estes parâmetros: mortalidade infantil, expectativa de vida, educação em relação aos países do Mercosul, como pode ser observado na tabela a seguir.

Um avanço importante (pelo menos na retórica) aconteceu nos gastos para a educação, é que a constituição de 1992 estabelece um mínimo orçamentário. Assim o art. 85 expressa: “os recursos destinados à educação no orçamento geral da nação não serão inferiores a 20% do total destinado à administração central, não estão incluídos os empréstimos nem as doações”.

Mesmo assim, o país precisa fazer muito ainda nesta questão por causa do analfabetismo funcional. As taxas de mortalidade infantil ainda são muito altas. Dentro do Mercosul, Paraguai é o país que tem a maior taxa de mortalidade infantil oscilando entre 37 e 34 crianças mortas por cada 1.000 nascidos vivos, na questão da expectativa de vida o Paraguai é o que apresenta uma menor expectativa de vida ao nascer dentre os outros sócios do Mercosul.

Conforme os dados do Índice de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD), o IDH do Paraguai no ano de 2006 o colocava dentro do grupo de países de Médio IDH com o índice de 0,759 na colocação 91. O Brasil também está dentro do grupo de países com índice médio de IDH na posição 69 sendo 0,759. Já o Uruguai e Argentina estavam com elevado IDH, Uruguai se encontra na posição 43 com 0,851 e Argentina na posição 36 com 0,863.¹³

Enquanto ao PIB per capita tendo como base os preços de mercado de 2000, verificamos que o Paraguai também apresenta o menor PIB, ver tabela abaixo. Na questão do crescimento demográfico, o país apresenta a maior taxa de crescimento populacional, o que exige também um maior crescimento econômico. O aspecto positivo perante seus sócios do Mercosul apresenta no índice de analfabetismo, ou pelo menos perante o Brasil em todo o período analisado, já que também perde ao Uruguai e Argentina.

A tabela a continuação descreve sinteticamente alguns dados econômicos-sociais dos quatro países do Mercosul onde constataremos as assimetrias entre os sócios.

¹³ Ver www.pnud.org.br

Tabela 5
Alguns indicadores sócio-econôm. dos países do Mercosul
de 2005 a 2010

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Paraguai						
Crescimento demográfico (em percentagem)	1,8	1,7	1,7	1,8	1,8	1,8
População urbana (% do total da população)	58,4	58,4	58,4	61,4	61,4	61,4
Expectativa de vida (anos)	71,9	71,9	71,9	72,8*	72,8	72,8
Mortalidade (taxa média anual por c/1.000 habitantes)	4,9	4,9	4,9	5,5	5,5	5,5
Mortalidade Infantil (taxa média anual por c/1.000 nascidos vivos)	34,0	34,0	34,0	28,8**	28,8	28,8
Analfabetismo (% da população de 15 anos e mais)	5,6	5,6	5,6	4,7	4,7	4,7
Taxa média anual de desemprego urbano	7,6	8,9	7,2	7,4	8,2	7,8
PIB constante por habitante (dólares de 2000 a preços de mercado).	2.496	2.552	2.597	1.524	1.453	5.208 (1)
Uruguai						
Crescimento demográfico (em percentagem)	0,7	0,7	0,6	0,3	0,3	0,28
População urbana (% do total da população)	91,9	91,9	91,9	92,4	92,4	92,4
Expectativa de vida (anos)	76,1	76,1	76,1	77,1*	77,1	77,1
Mortalidade (taxa média anual por c/1.000 habitantes)	9,2	9,2	9,2	9,3	9,3	9,3
Mortalidade Infantil (taxa média anual por c/1.000 nascidos vivos)	12,0	12,0	12,0	11,5**	11,5	11,5
Analfabetismo (% da população de 15 anos e mais)	2,0	2,0	2,0	1,7	1,7	1,7
Taxa média anual de desemprego urbano	12,2	11,6	9,6	7,9	7,7	7,1
PIB constante por habitante (dólares de 2000 a preços de mercado).	6.084	6.497	6.843	7.890	7.945	14.339 (1)

Brasil						
Crescimento demográfico (em percentagem)	1,4	1,3	1,3	1,3	1,3	0,98
População urbana (% do total da população)	83,4	83,4	83,4	85,0	85,0	85,0
Expectativa de vida (anos)	72,4	72,4	72,4	73,5*	73,5	73,5
Mortalidade (taxa média anual por c/1.000 habitantes)	6,4	6,4	6,4	6,3	6,3	6,3
Mortalidade Infantil (taxa média anual por c/1.000 nascidos vivos)	23,6	23,6	23,6	20,3**	20,3	20,3
Analfabetismo (% da população de 15 anos e mais)	11,1	11,1	11,1	9,6	9,6	9,6
Taxa média anual de desemprego urbano	9,8	10,1	10,0	7,9	8,1	6,8
PIB constante por habitante (dólares de 2000 a preços de mercado).	3.941	4.043	4.216	4.375	4.286	11.273 (1)
Argentina						
Crescimento demográfico (em percentagem)	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0
População urbana (% do total da população)	91,8	91,8	91,8	93,1	93,1	93,1
Expectativa de vida (anos)	75,2	75,2	75,2	76,2*	76,2	76,2
Mortalidade (taxa média anual por c/1.000 habitantes)	7,8	7,8	7,8	7,7	7,7	7,7
Mortalidade Infantil (taxa média anual por c/1.000 nascidos vivos)	13,4	13,4	13,4	12,0**	12,0	12,0
Analfabetismo (% da população de 15 anos e mais)	2,8	2,8	2,8	2,4	2,4	2,4
Taxa média anual de desemprego urbano	11,6	10,0	10,2	7,9	8,7	7,8
PIB constante por habitante (dólares de 2000 a preços de mercado).	8.131	8.736	9.299	9.955	10.007	15.901 (1)

Fonte: elaboração própria a partir dos dados da ALADI (Associação Latino-americana de Integração)

CEPAL (Comissão Econômica para América Latina), 2011.

* Projeção da Cepal até 2015 para América Latina e o Caribe.

** Projeção da Cepal até 2015 para América Latina e o Caribe.

(1) PIB por paridade de poder de compra conforme informação do Fundo Monetário Internacional (Banco de Dados Mundial Economic Outlook, Setembro 2011).

VII. ASPECTOS ECONÔMICOS

Na década de setenta o Paraguai experimenta um elevado índice de crescimento de sua economia a través das obras hidrelétricas, especialmente Itaipu cujo custo chega US\$ 23 bilhões; a extensão da fronteira agrícola e o

aumento dos preços internacionais do algodão e da soja, principais produtos de exportação. Este *boom* econômico permitiu um crescimento médio do PIB na década de 8,5%.

A recessão mundial dos oitenta, motivada a princípio pela segunda crise do petróleo, o início da crise da dívida externa, o aumento das taxas de juros e condições climáticas adversas geraram impactos na economia do Paraguai, cujos resultados foram o crescimento negativo do PIB para os anos 82 e 83, com taxas de -1,0 e -3,2% respectivamente, conforme informe do Banco Central do Paraguai.

A sua recuperação foi lenta, mas os níveis foram até chegar a um crescimento de 6,4% em 1998. A inflação chegou a níveis poucos acostumados para o país com taxas em alguns anos superiores a 20% anual. As necessidades de financiamento do setor público pressionaram consideravelmente o aumento da dívida externa que em 1989 situava-se num 1/4 do PIB. O Banco Central converteu-se num provedor permanente de recursos para o fisco através de empréstimos e subsídios cambiais. Nos anos de 2000 a 2007 o país apresentou uma elevação média de 3,7% ao ano e de 5,7% de 2008 a 2010 do seu PIB. Apesar do ponto de vista conceitual onde considera-se inflação baixa aquele que apresentar abaixo de um dígito por ano, e o Paraguai se encaixa nesta concepção, mas esse “dígito” é alto já que oscila entre 7% ao ano na média inflacionária de 2000 a 2010.

A estratégia de crescimento do Paraguai no período da autocracia foi o fomento da agroindústria e crescimento via exportações. Esta estratégia não foi redefinida posteriormente. Os resultados obtidos em foram muito pobres; hoje não existe uma capacidade industrial importante de substituição de importações, nem capacidade exportadora crescente em termos de produtos ou valor agregado.

A mudança política de fevereiro de 1989, na qual se inicia o processo democrático no país, introduz reformas substanciais na área econômica com o objetivo de ir desregulamentando a economia. As primeiras ações foram encaminhadas à liberalização dos preços das economias. A implementação da taxa de câmbio livre e único realiza-se em 1989.

No setor fiscal introduziram-se reformas com objetivo de simplificar a estrutura tributária e melhorar a arrecadação, com modificações na programação orçamentária e de administração financeira. A política da dívida externa, para frear o seu crescimento descontrolado era necessário alocar os recursos para pagar juros. Estes recursos, certamente seriam usados para o investimento em setores produtivos. A reforma financeira permitiu a liberalização das taxas de juros e dos encaixes legais, a abolição das carteiras dirigidas e a atualização das condições de abertura das instituições.

A política comercial no mercado interno para os preços de bens e serviços é determinada pela lei do mercado, a exceção dos bens e serviços oferecidos pelo estado como: combustível, cimento, serviços de energia, água potável, telecomunicações, entre outros que estão regulados como o serviço de transporte público.¹⁴

Uma síntese da evolução econômica do Paraguai pode observar-se na tabela a seguir onde se tomam as variáveis macroeconômicas do PIB e a inflação medida através do índice de preço ao consumidor para o período 1970/2010.

Tabela 6
Evolução do PIB e a inflação do Paraguai de 1970
a 2010 em percentagem

<i>Período</i>	<i>PIB (crescimento ao ano)</i>	<i>Inflação (média anual)</i>
1970 / 1979	8,5%	11,2%
1980 / 1989	3,0%	20,4%
1990 / 1995	3,1%	20,5%
1996 / 2002	0,6%	9,1%
2003 / 2007	3,7%	7,8%
2008 / 2010	5,7%	7,0%

Fonte: Elaboração própria de acordo com os dados do Banco Central del Paraguay. Boletín de Cuentas Nacionales.

* Conforme dados da ALADI.

Na tabela acima, verificamos que a partir da metade da década dos anos 90 até o ano de 2002 houve uma queda muito expressiva do PIB, a média foi de 0,6% ao ano. A inflação permaneceu na casa de um dígito, mas 9% de média é uma inflação que preocupa. A partir daí até junho deste ano constatamos uma melhora substancial do PIB mas, ainda por debaixo do crescimento mundial e regional durante este período, além disso, se levarmos em conta que o crescimento populacional do Paraguai é o mais alto do Mercosul, o crescimento econômico real é muito pouco. Somado a isso, temos que a média inflacionária caiu um pouco, mas permanece num patamar que incomoda.

¹⁴ Ainda permanece nas mãos do Estado o setor elétrico, de cimento e água potável.

VIII. PARAGUAI E O SETOR EXTERNO

Este setor tem alguns problemas que requer muitos cuidados. Os principais são:

- Déficit estrutural na balança de conta corrente que em 1995 representava o 13,4% do PIB, 2002 estava em 12,5 %; e no ano de 2006 era de 8,5 %.
- Elevada influência do item erros que indica um alto volume de capitais de curto prazo não registrado, que indica uma elevada vulnerabilidade a este fluxo financeiro. Para 1995 foi de US\$ -106,3 milhões, mas sofreu uma pequena queda no ano de 2000 chegando a US\$ -97,8 milhões. Já no ano de 2006 atinge uma elevação US\$ 243,2 milhões que representa 2,85% do PIB.¹⁵
- Maior exposição aos problemas externos pela ampla abertura de capitais;
- Problemas na elaboração de estatísticas confiáveis pela alta informalidade do setor.

A política comercial para o mercado externo está definida para as importações mediante a tarifa externa comum (TEC) do Mercosul, suas exceções e a lista de adequação. Com respeito às restrições não tarifárias existem compromissos de eliminação assim como negociações para a harmonização.

Quanto à promoção de exportações, o Paraguai dispõe do regime de admissão temporária. Assim mesmo estabeleceu-se um regime de promoção de exportações de produtos não tradicionais e de produtos manufaturados que tem como objetivo estimular a comercialização daqueles bens que incorporem valor agregado, matérias primas nacionais ou importadas, utilizando mão de obra e recursos energéticos nacionais.

IX. O GRAU DE ABERTURA DA ECONOMIA

A abertura da economia do Paraguai é alta, se a mensurarmos através do coeficiente de importação/PIB, sendo mais alta esta última. Em conjunto, o comércio exterior no Paraguai representa para os últimos três anos mais de 50% do PIB, tomando as cifras normalizadas.

¹⁵ Conforme do Informe Económico Mensual do Banco Central del Paraguay, vários números.

Na tabela acima, verificamos que em todo o momento a proporção das Importações/PIB foi superior ao das Exportações/PIB. Esta situação se repete tanto para o comércio registrado como para os não registrados. Só que esta característica não começa somente a partir da implementação do Mercosul, bem antes o Paraguai já era o país mais aberto do bloco, já que esta era uma política praticada como estratégia comercial, comprando produtos importados com tarifas baixas e revendendo para os seus vizinhos (reexportação). O Paraguai não implementou o modelo de industrialização por substituição de importações, a saída então passa pela abertura comercial.

Tabela 7
Grau de abertura da economia (2000 – 2010)

Variáveis	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Exportações/											
PIB (%)	12,0	13,4	12,8	16,2	20,3	20,5	22,0	22,9	26,4	22,1	24,9
- Total	7,0	7,0	7,5	9,6	10,8	11,1	10,7	10,6	12,6	10,7	12,0
registradas	40,3	33,0	25,1	28,2	35,7	40,2	54,7	44,0	45,6	40,1	43,6
- X* ao Mercosul											
- Registradas											
mais comércio											
não registrado.											
Importações/											
PIB (%)	28,3	26,9	20,4	24,3	33,2	39,5	61,6	45,0	50,3	45,4	51,4
- Total	45,3	39,1	6,3	14,1	18,8	19,2	21,4	20,0	21,4	18,4	21,2
registradas					28,9	29,2	38,8	46,1	67,4	63,4	51,1
- M** ao											
Mercosul											
- Registradas											
mais comércio											
não registrado.											

Fonte: Elaborado conforme dados do Banco Central do Paraguai

* exportações

** importações

X. PROBLEMAS DO COMÉRCIO EXTERIOR

Os problemas básicos que enfrenta o Paraguai em seu comércio exterior são:

- Déficit comercial crescente

- Estancamento das exportações
- Alta incidência do comércio não registrados
- Elevada dependência do Mercosul nas exportações e reexportações
- Dependência das exportações de “comodities” agrícolas: fibras de algodão e sementes de soja; escassa diversificação de mercado e produtos
- Elevado coeficiente de comércio exterior
- Escassa infra-estrutura institucional e física para o comércio exterior.

XI. O CONTRABANDO

O Paraguai é um país extremamente permeável ao comércio internacional por razões geográficas e institucionais e com maior intensidade com os países com os quais têm limites territoriais. A sua permeabilidade é maior nas importações pela baixa capacidade de controle, fiscalização e repressão que tem possibilitado o desenvolvimento do comércio não registrado (contrabando).

A capacidade do governo para solucionar esta situação é problemática, a eficiência só foi demonstrada naqueles produtos das empresas públicas como ACEPAR (Aços do Paraguai) e INC (Indústria Nacional do Cimento), pelo menos durante a década de 90, já que estas empresas, na atualidade também são de extrema ineficiência.

O contrabando provocou a desindustrialização da economia paraguaia e um comércio informal altíssimo que tem afetado profundamente às empresas e instituições da nação paraguaia. A corrupção gerada neste sistema causou graves danos morais ao país, correndo o risco de o país ser considerado como “não sério”.

Este comércio não registrado tem afetado fundamentalmente as empresas que concorrem com os importados dos países, especialmente do Mercosul, das seguintes maneiras:

- Diminuição de vendas
- Aumento da capacidade ociosa
- Fechamento de empresas
- Incerteza a médio e longo prazo dos empresários
- Perdas em vários setores (principalmente industrial)
- Inibição para o investimento em novas indústrias.

XII. CONTRABANDO COM O BRASIL

Até 1970, o principal sócio comercial do Paraguai era a Argentina, e a partir da década dos setenta, com o início das obras Hidrelétricas de Itaipu, Brasil passa a ser o principal parceiro comercial.

O nível do comércio não registrado com o Brasil é maior nas importações, o qual tem alcançado cifras de até três vezes o comércio registrado pelo Banco Central do Paraguai comparado com as estatísticas brasileiras.

Os bens que o país tem importado estão constituídos por bens de capital e bens intermediários, mas esta situação mudou nos últimos tempos, com a participação cada vez maior dos produtos alimentícios, bebidas e tabacos, assim como os produtos das indústrias químicas e têxteis.

O diferencial entre as registradas das instituições que controlam as estatísticas do comércio exterior do Brasil e o Paraguai refletem que no período de 1980/2010¹⁶ o comércio não registrado acumulado alcançou a US\$ 7.609,7 bilhões, tal como é demonstrado na tabela abaixo. Este comportamento se agravou em 1993, onde em torno de quase três vezes mais das importações não foram registradas pelo Paraguai. Esta situação chega a ser alarmante, especialmente nos setores de alimentos, produtos têxteis e produtos químicos, cujas diferenças chegam a 9,5%, 8,2% e 18,4% respectivamente das que registra o Banco Central do Paraguai com respeito às registradas do Brasil.

As importações registradas pelo Paraguai nesse período oscilaram entre 34,3% e o 58,7% do total registrado pelas instituições estatísticas do Brasil, alcançando os níveis mais elevados em 1980 e 1993; nesse ano as importações registradas do Brasil representavam 2,82 vezes das registradas pelo Banco Central do Paraguai.¹⁷

No período considerado, 1980 a 2010, mais de 65,0% das importações registradas pelo Brasil, não foram registradas pelo Paraguai, se acrescentarmos somente um 5% adicional das importações não registradas em ambos os países, estariamos frente a 70% de importações não registradas pelo Paraguai, que entram com tarifa “zero” mais o custo do contrabando “propina”, em outros termos somente registrou-se em média 30% das importações efetivas do Brasil.

No período 1980/2010 o Paraguai deixou de receber receitas fiscais sobre importações de bens do Brasil não registrados pelo Paraguai por US\$

¹⁶ Até o mês de junho de 2011 no caso brasileiro e as importações do Brasil registradas pela estatística paraguaia é até Dezembro de 2010.

¹⁷ De acordo com os estudos de Aldo Centurión López na sua obra *La dimensión en el Mercosur*.

7.609,7 bilhões como mínimo. Se levarmos em conta uma tarifa de 10% das exportações e mais 10% de tributos internos, então se deixou de receber uma receita tributária em torno de US\$ 761 milhões durante todo esse período de tempo.

Conforme as estatísticas de 2000 a 2010, na tabela a continuação, indicam uma tendência à diminuição da margem das importações registradas pelo Paraguai com respeito às registradas pelo Brasil.

As estatísticas do Paraguai e do Brasil com respeito às exportações, indicam que em média 22% das exportações não são registradas, se somados a isto o que não se registra em ambos os países, especialmente produtos primários como madeiras e gado em pé facilmente somaria mais 8%. Desta maneira, em torno de 30% das exportações ao Brasil não são registradas no Paraguai.¹⁸

Uma das explicações para essa diferença é que quando saem os produtos do Brasil com destino ao Paraguai são desviados já que não pagam impostos no Brasil e com isso os preços são extremamente competitivos no mercado brasileiro. Aqui têm duas perdas na arrecadação tributária, uma no Paraguai, já que este deixa de arrecadar IVA (Imposto sobre Valor Agregado) e no Brasil tem isenção tributária por ter destino o mercado externo. No parágrafo acima houve uma quantificação dessas perdas para o Paraguai.

Tabela 8
Importações paraguaias do Brasil de 1980/2011 conforme
registro de ambos países (em milhares de US\$)

<i>Anos</i>	<i>Importações registradas pelo Paraguai do Brasil (A)</i>	<i>Exportações registradas pelo Brasil ao Paraguai (B)</i>	<i>Diferencial (A - B)</i>
1980	140.505	409.228	- 268.723
1981	131.257	449.605	- 318.348
1982	154.259	324.439	- 170.180
1983	136.210	233.408	- 97.198
1984	167.890	332.690	- 164.800
1985	159.873	301.713	- 141.840
1986	160.838	289.344	- 128.506

¹⁸ Neste item, que trata do “Paraguai, seu comércio exterior e o Mercosul”, foi utilizado basicamente o informe econômico mensal do Banco Central do Paraguai, vários números, fundamentalmente os dados estatísticos; assim como o autor anteriormente citado.

1987	169.006	287.993	- 118.987
1988	150.593	341.964	- 191.371
1989	177.151	322.932	- 145.781
1990	207.292	380.484	- 173.192
1991	234.256	496.114	- 261.858
1992	263.243	543.320	- 280.077
1993	340.412	960.646	- 620.234
1994	555.050*	1.053.623**	- 498.573
1995	681.290	1.300.278	- 618.988
1996	982.023	1.324.232	- 342.209
1997	1.008.537	1.406.043	- 397.506
1998	866.037	1.249.091	- 383.054
1999	545.109	743.769	- 198.660
2000	537.753	831.384	- 293.631
2001	602.764	719.856	- 117.092
2002	511.486	558.087	- 46.601
2003	654.737	706.941	- 52.204
2004	868.715	871.549	- 2.834
2005	947.493	960.123	- 12.630
2006	1.115.165	1.229.959	- 114.794
2007	1.696.243	1.644.078	52.165
2008	2.425.406	2.487.225	- 61.819
2009	1.738.679	1.682.914	55.765
2010	2.418.560***	2.553.276	- 134.716
2011		1.361.318*** (1)	
Total	20.747.832	26.996.308	- 6.248.476

Fonte: * Banco Central del Paraguay até 1994

** SISCOMEX do MDIC (Ministério da Indústria e do Comércio Exterior do Brasil) até 1994.

*** Conforme dados da ALADI (Asociación Latino Americana de Integración), a partir de 1995.

Até Junho de 2011. Não foi contabilizado no total.

XII. ONDE O PARAGUAI GANHA E ONDE PERDE COM O MERCOSUL?

“A entrada do país ao Mercosul não foi objeto de um amplo debate nem foi sujeito de algum tipo de consulta pública. A exigência do momento e a necessidade de melhorar a imagem internacional do governo como país foram elementos de pressão que induziram a adotar uma decisão política de formar parte do projeto de integração” (López, 1996: 415).

Ao mesmo tempo essa entrada significa que:

“a formulação de políticas nacionais encontram-se influenciada crescentemente pelas ações dos sócios, o que significa um maior nível de dependência dos governos nacionais no que respeita às ações de política econômica dos seus sócios. Se a coordenação e cooperação entre governos é insuficiente, isto poderia significar uma atmosfera negativa na economia de um dos integrantes” (Hirsch, 1993: 79).

Esta afirmação da autora procede principalmente quando se trata de um país menor e menos desenvolvido. A realidade nos demonstra que um país se integra a outro fundamentalmente por interesse, de modo que a questão da “fraternidade e amizade”, não passa de uma mera retórica.

Outra questão a ser observada é que a decisão de participar do Mercosul não foi fruto de um processo de estudo ou de análises sérios, não foi acompanhado de um planejamento estratégico¹⁹ do governo. Não houve essa preocupação, se era vantajoso ou não, se haveria perdedor ou não, o que prevaleceu foi melhorar a imagem do governo e dar credibilidade maior a seus governantes.

O processo de integração do Mercosul do qual o Paraguai é signatário implicará em custos e benefícios ao longo do tempo.

XIV. CONCLUSÃO

Que aconteceria se o Paraguai se retira do Mercosul?

Para responder a esta resposta colocaria os seguintes efeitos prováveis, levando em conta um cenário hipotético do funcionamento do mercado comum integrado pelo Brasil, Argentina e Uruguai e eventualmente Bolívia, Chile e Venezuela. Ou seja, Paraguai auto-excluído deste processo de integração, os efeitos prováveis seriam os seguintes:

¹⁹ O planejamento estratégico permite às entidades públicas e privadas definir sua missão, filosofia, objetivos estratégicos e políticos. Assim como da elaboração de programas, projetos, cronograma de atividade; redefinindo graus de responsabilidade e seu monitoramento periódico.

a) Se o Paraguai se retira do Mercosul, as suas exportações aos países do bloco serão encarecidas porque terá que pagar tarifa externa comum estabelecida para as compras de extra zona, isto sem considerar as barreiras para-tarifárias, o que pode levar a uma redução das exportações tanto em volume como em valor.

b) Considerando a importância que tem a região para o comércio exterior paraguaio, como já foi demonstrada neste trabalho, uma diminuição das importações pode representar queda de produção nas empresas afetadas e, portanto, redução do nível de atividade e de postos de trabalho.

c) Se a queda das exportações é significativa, além de seus efeitos recessivos ao interior da economia, também pode gerar diminuição da capacidade de importar. Isto é determinante para um país que depende da importação de certas matérias primas e insumos, maquinarias e equipamentos, combustíveis e derivado de petróleo, tecnologia, entre outros.

d) O projeto de reconversão industrial é talvez mais lento e penoso, porque o Paraguai terá que buscar os recursos técnicos e financeiros que precisa em países extra zona. Por causa de que o Paraguai possui um mercado reduzido de aproximadamente seis milhões de habitantes, não será um lugar atrativo para a instalação de capitais no setor produtivo, tanto de investidores nacionais como de estrangeiros, há uma desconfiança da economia paraguaia por parte dos investidores que procuram rentabilidade, segurança e estabilidade.

e) Qualquer projeto de inserção individual do Paraguai dentro da economia mundial será muito mais difícil, e serão maiores os riscos de ficar excluídos dos processos do comércio, investimento e reconversão tecnológica.

As conclusões são óbvias. O Paraguai não pode sair do Mercosul, deve apostar por uma integração diferente à que está acostumado, ou seja, mecanismos informais. E para que a integração seja viável, deve existir a mesma vontade política em cada um dos países membro. Os exemplos que temos dos tratados de Itaipu com o Brasil e Yacyretá com a Argentina são incompatíveis com o espírito de integração e devem ser renegociados.

O Paraguai, necessariamente deve corrigir as distorções estruturais do seu comércio exterior para projetar uma integração diferente no Mercosul, a qual se apresenta numa situação que demanda regras claras, aberturas formais, eficiência produtiva, competitividade e equidade social no desenvolvimento econômico dos países da região. As políticas devem apontar à formalização das relações econômicas, tanto dentro de cada mercado doméstico como da intra-região.

Diante dos desafios que depara o projeto do Mercosul para o país, os diferentes setores da sociedade devem refletir sobre a necessidade de passar de

ser um país intermediário comercial e eminentemente agropecuário, a um outro modelo econômico que propicie um maior grau de industrialização, mediante uma transformação do aparelho produtivo, naquelas áreas onde o Paraguai conte com maiores vantagens relativas, dentro de uma esfera de justiça social.

O conceito de equidade social se refere a uma melhor distribuição dos benefícios do crescimento econômico, tanto em cada país como na região toda, com o objetivo de melhorar as condições de vida, amortecendo o atual processo de aumento da brecha entre a pobreza e riqueza das sociedades do Mercosul.

Um instrumento ao respeito, além das políticas sociais e fiscais em cada país pode ser a criação de um fundo de compensação social destinado a canalizar investimentos em zonas geográficas e grupos populacionais carentes que estão excluídos da dinâmica que vive cada país. Este fundo não só deverá abranger a Paraguai e Uruguai, sócios de menor desenvolvimento econômico, mas também às zonas empobrecidas como o nordeste brasileiro ou o cinturão da grande Buenos Aires por citar alguns exemplos. Este fundo já tem seu antecedente na União Européia, que atende regiões e países de menor desenvolvimento da União como Espanha, Grécia e Portugal.

Definitivamente, existe um entendimento majoritário favorável aos desafios do Mercosul por parte dos diferentes setores da sociedade paraguaia. A integração é uns dos caminhos que permitirá ao Paraguai contra os grandes males como a pobreza e a ignorância. Por isso, da necessidade do Mercosul ser uma integração diferente com democratização, liberdade econômica com equidade social.

Apesar destas possibilidades, mediante sua inserção ao Mercosul, o país precisa de uma autonomia que sustente o crescimento e não esperar, nem muito menos estar dependente que todos os problemas serão solucionados ao estar inserido no bloco econômico da América do Sul.

XV. REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSIN, Manuel y FRENCH DAVIS, Ricardo, “La liberalización comercial en América latina”, *Revista CEPAL*, núm. 50 agosto/1993.

ALADI, *Sistema de Informações de Comércio Exterior*, em <http://www.aladi.org>. Acesso em 11 ago 2008.

ALVES, Janine da Silva, *Mercosul: características estruturais de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, uma análise de base exploratória de indicadores econômicos e sociais*, Florianópolis, UFSC, 1992.

BAPTISTA, Luis Olavo *et al.*, *Mercosul: das negociações à implantação*, São Paulo, LTr, 1998.

BENÍTEZ, Luis G., *Historia cultural. Reseña de su evolución en el Paraguay*, Asunción, Comuneros, 1991.

BERLINSKI, Julio *et al.*, *La liberalización del comercio de servicios en los países del Mercosur*, Buenos Aires, Red Mercosur-Siglo XXI, 2001.

BID/INTAL (Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto para la Integración de América Latina), *La Consultoría en los países de la ALADI*, Buenos Aires, Convenio FELAC/INTAL (Federación Latino Americana de Asociaciones de Consultores), 1994.

BLANCO VILLEGAS, Jorge, “*Declaración conjunta de las centrales sindicales*”, *Trabajo y Utopía*, Buenos Aires, núm. 1/1996.

BORDA, Dionisio y MASI, Fernando, *Los límites de la transición: economía y Estado en el Paraguay en los años 90*, Asunción, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1998.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Secretaria de Comércio Exterior, *Balança comercial do Brasil*, Brasília, 2006.

CARDOSO, Efraim, *Apuntes de historia cultural del Paraguay*, 2a. ed., Asunción, Litocolor, s/d.

CASSIOLATO, José Eduardo y LASTRES, Helena M. M., “Arranjos produtivos locais e sistemas locais de inovação”, *Nexos Econômicos*, Salvador, Universidade Federal da Bahia v. III, núm. 5, jan. 2004.

CENTURIÓN LÓPEZ, Aldo, *La dimensión del Mercosur*, Asunción, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1996.

CEPAL, *Anuário estatístico de América latina e Caribe*, Santiago de Chile, 1997 y 2000.

_____, *El pacto fiscal*, Santiago de Chile, 1998.

_____, *Estudio económico de América Latina y el Caribe*, em <http://www.eclac.cl>. Acesso em 04 set 2008.

_____, (Comissão Econômica para América Latina), 2011, *Anuario Estadístico De América Latina y el Caribe*, dEZ, 2010, em www.eclac.cl. Acesso em 20 out. 2011.

CHUDNOVSKY, Daniel y FANELLI, José María (coords), *El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del Mercosur en su primera década*, Madrid, Siglo Veintiuno de España, 2001.

CRISTALDO MONTANER, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del Mercosur: una propuesta unificadora*, Asunción, Litocolor, 2000.

ERMÁCORA, Ramón, "Mercosur para todos", *Revista Notisur*, Buenos Aires, diciembre de 1996.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, *Direction of Trade Statistics*, Washington, D. C., 1996.

———, *Paraguay - Staff Report for the 1997, Article IV Consultation*, Washington, August 29, 1997.

GALEANO, Eduardo, *As veias abertas da América latina*, tradução de Galeano de Freitas, Rio de Janeiro, Paz e Terra, Do original *Las venas abiertas de América Latina*, 1976.

GIAMBIAGI, Fabio, "Estabilización económica y ajuste estructural. El caso Brasil", en BORDA, Dionisio y MASI, Fernando, *Estabilización y ajustes de las economías del Mercosur*, Asunción, CADEP, 1998.

HIRSCH, Danielle *et al.*, *Compilaciones 93*, Asunción, Litograf, 1993.

IGLIORI, Danilo Camargo, *Economia dos clusters industriais e desenvolvimento*, São Paulo, Iglu editora, 2007.

IICA (Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura), *Agricultura en el Mercosur; Chile y Bolivia*, Montevidéu, ROSGAL, 1998.

KINOSHITA, Fernando, *Da Associação Latino-americana de Livre Comércio à Associação Latino-americana de Integração*, em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em out/2004.

KUME, Honório *et al.*, *A tarifa externa comum no Mercosul: avaliação e propostas de mudança*, Buenos Aires, Red Mercosur-Siglo XXI, 2001.

LAVAGNA, Roberto *et al.*, *Los desafíos del Mercosur*, Buenos Aires, Red Mercosur-Siglo XXI, 2001.

MAGNOLI, Demétrio y ARAUJO, Regina, *Para entender o Mercosul*, São Paulo, Moderna, 1994.

MARSHALL, Alfred, *Princípios de economia*, vol. I, São Paulo, Abril Cultural, 1982.

MASI, Fernando, *Paraguay y el Mercosur, ¿apertura sin ganancias?*, Asunción, CADEP, 1998.

——— y BORDA, Dionisio, *Economias regionales y desarrollo territorial*, Asunción, CADEP, 2006.

MONTE DOMEcq, Raul F. y MINSBURG, Naum, *El Mercosur: un problema complejo*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993.

PARAGUAY, BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, Departamento de Cuentas Nacionales, *Balanza de Pago 1996/2000*, Asunción, 2002.

———, DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA INTERNACIONAL, *Dados de exportação*, Asunción, 2006.

_____, Gerência de Estudios Económicos, *Estadística y marco legal de la inversión extranjera directa*, Asunción, 2006b.

_____, *Informe económico mensal*, vários números, Asunción, 2007.

_____, Dirección General de Encuestas, Estadísticas e Censos, *Anuario Estadístico 2002*, Asunción, 2003a.

_____, Dirección General de Encuestas, Estadísticas y Censos, *Censo Demográfico 1992 e 2002*, Asunción, 2003b.

_____, Ministerio de Relaciones Exteriores, Pro-Paraguay, *Programa de la Exportación, Datos de exportaciones*, Asunción, 2008a.

_____, BCP (Banco Central del Paraguay), *ANálisis comparado de los registros de comercio exterior con el Mercosur, Periodo 2006-2010*.

_____, BCP (Sistema de Cuentas Nacionales del Paraguay), Serie 2001-2010,

_____, BCP, Informe Económico de 2009.

PENNER, Reinaldo, *Movimiento comercial y financiero de Ciudad del Este: perspectivas dentro del proceso de integración*, Asunción, BCP, 1998.

PEREIRA, Wlademir, *Demografia do subdesenvolvimento*, São Paulo, Saraiva, 1978.

PORTER, Michael, “Estratégia para o Brasil”, *Exame*, edição 809, ano 38, núm. 1-21/janeiro/2004, São Paulo.

PRAXEDES, Walter y PILETTI, Nelson, *O Mercosul e a sociedade global*, São Paulo, Ática, 2006.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CIUDAD DEL ESTE, *Sección de Registros Comerciales. 1995/96*.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FOZ DO IGUAÇU, FOZTUR, *Planejamento de desenvolvimento integrado de Foz do Iguaçu*, Maio 1997.

ROA Bastos, Augusto, *Yo el Supremo*, 2a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

SABOYA DE CASTRO, Fernando y PASSOS, Wilson Vieira, *Guia práctico da ALALC*, Rio de Janeiro, Federação das Indústrias do Estado da Guanabara, s/d.

SECRETARÍA TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (STP), *Alto Paraná: situación socio económica de Ciudad del Este*, mimeo, marzo de 1997.

_____, *Estudio sobre el desarrollo económico de la República del Paraguay (EDEP)*, mimeo., Asunción, 2000.

_____, *Lineamientos para el desarrollo de Ciudad del Este y su área metropolitana*, mimeo., noviembre de 1997.

STEPHENSON, S. M., *Standards, conformity agreements and developping countries*, The World Bank, 1997.

THORSTENSEN, Vera *et al.*, *O Brasil frente a um mundo dividido em blocos*, São Paulo, Nobel, 1994.

VAILLANT, Marcel *et al.*, *Profundización del proceso de integración económica en bienes*, Buenos Aires, Red Mercosur-Siglo XXI, 2001.

LA CONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN EN HISPANOAMÉRICA

Mario Armando VÁZQUEZ SORIANO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La nación es una comunidad que se construye*. III. *El proceso de construcción de la nación*. IV. *El uso de la historia y la memoria en la construcción de la nación*. V. *La construcción de la nación en Hispanoamérica*. VI. *Conclusiones*. VII. *Relación de fuentes bibliográficas y hemerográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora el debate sobre el origen y la definición de las naciones modernas no tiene resultados concluyentes, a pesar de que la bibliografía al respecto es abundante. En principio cabe señalar que las naciones no se pueden definir como realidades puramente objetivas y objetivables. Si bien es cierto que una nación surge cuando ciertos lazos objetivos (lengua, entidad política, territorio, descendencia común, costumbres, tradiciones, religión, etcétera), delimitan a un grupo social, en realidad son pocos los que poseen todos esos rasgos, además de que ninguno de ellos es esencial para la concepción o la existencia de la nación. Es por esto que se considera que las naciones también se deben definir a partir de las subjetividades que hacen a los individuos sentirse miembros de una nación, como lo sugiere Tomás Pérez Vejo al proponer que el estudioso de las naciones se debe interesar por averiguar “qué mecanismos conducen, en un determinado momento histórico [...] y en un definido espacio geográfico [...] a esa colectividad a considerarse a sí misma como nación”.²

¹ Maestro en estudios regionales; profesor en el Departamento de Relaciones Internacionales y Humanidades del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Querétaro, México.

² Pérez Vejo, Tomás, *Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas*, Oviedo, Nobel, 1999, p. 12.

Sucede también que los procesos de construcción nacional en el mundo son diferentes, pues cada uno es resultado de un proceso particular de coerción ideológica que hace que una colectividad acepte una serie de tradiciones, normas y valores como propios, y los interiorice como expresión de su comportamiento social. Esta coerción ideológica es el fundamento de la construcción de la nación como una imagen mental de tipo integrador, ya que pretende desarrollar una identidad colectiva capaz de legitimar al Estado como defensor y garante de la nación.

Esto es importante, porque la construcción de una nación no es un asunto exclusivamente político, aunque esto no evita que el debate fundamental sobre la nación termine dirimiéndose en el campo de los conceptos políticos. Se trata también de un proceso mental, cuyo funcionamiento tiene que ver con el desarrollo de modelos culturales, filiaciones, arquetipos, mitos y ritos. Es en este sentido que Pablo Ortemberg advierte que la nación pertenece al orden del imaginario, por lo cual se construye básicamente en él: “Por medio del imaginario se puede llegar no sólo a la cabeza sino, de modo especial, al corazón, esto es, las aspiraciones, los miedos y las esperanzas de un pueblo. Es en él donde las sociedades definen sus identidades y objetivos, definen sus enemigos, organizan su pasado, presente y futuro”.³

Asimismo, la construcción de la nación es un asunto de estética,⁴ pues “Son las rutinas, las costumbres y las formas artísticas las que expresan la nación y las que la dibujan en el imaginario colectivo. Es en éstas donde se lleva a cabo el proceso de invención nacional”.⁵ Es por esto que es de suma importancia fijar tradiciones —reales o ficticias, pero propias y genuinas—,⁶ como son las celebraciones festivas y las conmemoraciones de batallas. Pero no toda creación —sea histórica o de ficción— se integra al nacionalismo, pues se requiere que el Estado (en virtud del papel que desempeñan en el proceso de construcción nacional), la incorpore previa y sistemáticamente a su discurso y a sus prácticas simbólicas. Posteriormente se ocupará de difundirla al resto de la sociedad para compartir los significados que les

³ Ortemberg, Pablo, “Algunas reflexiones sobre el derrotero social de la simbología republicana en tres casos latinoamericanos. La construcción de las nuevas identidades políticas en el siglo XIX y la lucha por la legitimidad”, *Revista de Indias*, Madrid, vol. LXIV, núm. 232, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004, p. 712.

⁴ Mandoki, Katy, *La construcción estética del Estado y de la identidad nacional*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Fondo Nacional para la Cultura y las Artes-Siglo XXI, 2007.

⁵ Pérez, *op. cit.*, nota 2, pp. 17 y 18.

⁶ Hobsbawm, Eric y Terence Ranger (eds.), *La invención de la tradición*, Barcelona, Crítica, 2002.

ha establecido.⁷ Precisamente en Hispanoamérica la nación es construida desde el Estado, pero lo que le da fuerza y continuidad es “la esfumación en el imaginario colectivo de su carácter de ‘invención en el tiempo’, y su sustitución por una imagen de la nación como algo inmanente, además de singular y autoafirmativo y, en tanto tal, receptáculo de todas las lealtades”.⁸

Retomando la postura de los teóricos instrumentalistas, en este trabajo se considera que para construir a la nación en Hispanoamérica los agentes constructores de las nacientes entidades políticas se dieron a la tarea de consolidar un territorio, unos cuerpos legales y un aparato burocrático-militar que vigilara el cumplimiento de las leyes. Pero sobre todo buscaron moldear una población leal, obediente, y que se sintiera incluida en el proyecto de los grupos hegemónicos; es decir, una población patriota capaz de admitir y aceptar la identidad social que transmiten los grupos dirigentes a través de su acción nacionalista. Es así que el Estado está obligado a crear una nación que haga posible que los grupos dirigentes transformen a la población en un cuerpo social sobre el cual ejercer dominación e implementar la acción estatal.⁹

Sin embargo, la nación es un fenómeno que conlleva en sí la posibilidad de sucesivas actualizaciones, por lo que es necesario que el Estado se erija en guardián o protector del aparato simbólico que sustenta al imaginario y a la memoria de la nación, con la finalidad de que otras actualizaciones u otros nacionalismos no desarticulen su construcción.¹⁰ A partir de lo anterior, se puede afirmar que quien tiene el poder del relato y del discurso en una sociedad es quien monopoliza la voz que crea memoria. Se trata de un poder

⁷ Vizcaíno, Fernando, *El nacionalismo mexicano en los tiempos de la globalización y el multiculturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 17 y 18.

⁸ Quijada, Mónica, “¿Qué nación? Dinámicas y dicotomías de la nación en el imaginario hispanoamericano del siglo XIX”, en Annino, Antonio y Guerra, François-Xavier (coords.), *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 289.

⁹ Pinto Rodríguez, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche. De la inclusión a la exclusión*, Santiago de Chile, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos-Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2003, pp. 89-92; Larraín, Jorge, *Identidad y modernidad en América Latina*, México, Océano, 2004, pp. 25 y 26; Colom González, Francisco, “La imaginación nacional en América Latina”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003, pp. 318 y 319.

¹⁰ Achugar, Hugo, “Derechos de memoria, sobre independencias y Estados-nación en América Latina”, en Achugar, Hugo (coord.), *Derechos de memoria. Nación e independencia en América Latina*, Montevideo, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, 2003, pp. 27 y ss.; Crespo, Regina, “Nacionalismo cultural: México y Brasil”, en Cadena, Jorge *et al.* (coords.), *Nación y movimiento en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, p. 36.

relacionado con el poder político o que incluso es parte del mismo poder político.¹¹ Es aquí en donde se pone en práctica la coerción ideológica con el fin de construir la nación.

Para construir la memoria compartida que sustente a la nación se requieren símbolos e imágenes que funcionen como elementos de cohesión capaces de desarrollar en los individuos sentimientos de pertenencia. De tal modo que en la construcción de las naciones hispanoamericanas

[...] tenemos que poner al Estado en el centro del proceso de construcción nacional. Son las diversas estrategias estatales las que nos van a permitir reconstruir las formas en que las diferentes naciones acabaron dibujándose como tales en el imaginario colectivo de cada nueva comunidad nacional. Pero las fuentes no pueden ser las habituales de los estudios sobre el Estado. No son los decretos, ni las leyes, ni siquiera las constituciones, las que deben llamar nuestra atención [...] Son las diferentes formas de expresión cultural, de la música a la historia, de la literatura a la pintura, las que nos pueden servir de guía para descubrir la forma en que ser miembro de una nación se convirtió en algo natural.¹²

Estos elementos conforman un imaginario sobre la nación que —como señala Pérez Vejo— no es un discurso abstracto articulado, sino una sucesión de imágenes mentales elaboradas mediante representaciones visuales. Más que el reflejo de una realidad, estas imágenes son los recursos que en Hispanoamérica el Estado emplea para construir un imaginario en donde la nación se convierte en la fuente y el origen de toda legitimidad política. Es en este sentido que se puede señalar que el imaginario que construye el Estado es un *imaginario instituidor*; porque impone la manera en que se organizan las percepciones, las racionalidades, las necesidades, los tiempos y los espacios de la nación.¹³

En consecuencia, como la construcción de la nación va necesariamente acompañada de la elaboración de un imaginario histórico en donde las imágenes son una fuente imprescindible, se debe advertir que “reconstruir el proceso de invención de una nación es, en gran parte, reconstruir el pro-

¹¹ Pérez Garzón, Juan Sisimio, “Memoria, historia y poder. La construcción de la identidad nacional española”, en Colom González Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005, pp. 698 y 699.

¹² Pérez Vejo, Tomás, “La construcción de las naciones como problema historiográfico: el caso del mundo hispánico”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003, pp. 296-297.

¹³ Gilabert, César, *El hábito de la utopía. Análisis del imaginario sociopolítico en el movimiento estudiantil de México, 1968*, México, Instituto Mora-Miguel Ángel Porrúa, 1993, p. 64.

ceso mediante el cual determinadas imágenes históricas fueron creadas y difundidas hasta convertirse en imagen *verdadera* de la historia de un grupo humano, hasta cuajar en un relato coherente de representaciones sobre los orígenes de la comunidad nacional”.¹⁴ Puesto que es necesario fabricar un imaginario histórico en donde las diversas representaciones del pasado de la nación se ordenen de forma comprensible, es imprescindible la creación, la difusión y el ordenamiento de imágenes históricas que se conviertan en la “imagen verdadera” de la historia de la nación al ofrecer un relato coherente sobre sus orígenes. De estos y otros aspectos fundamentales de la construcción de la nación en Hispanoamérica se tratará a continuación.

II. LA NACIÓN ES UNA COMUNIDAD QUE SE CONSTRUYE

En cuanto a las explicaciones teóricas sobre el origen de las naciones, Elías Palti distingue dos tipos de discursos: el genealógico y el antígeno-
lógico. Los criterios que sigue Palti para establecer esta diferenciación son semejantes a los que José Álvarez Junco emplea con el mismo propósito, aunque este los identifica como enfoques primordialistas y enfoques instrumentalistas. Por una parte, los enfoques primordialistas se desarrollan a partir del siglo XIX, y declaran que las naciones son un hecho natural, por lo cual las narrativas nacionales que elaboran se limitan a contar los supuestos orígenes de la nación, intentando revelar las características que las identifican y las distinguen de las demás, así como la posible evolución que determinará su destino último.

Por otra parte, los enfoques instrumentalistas se comienzan a generar a finales del siglo XIX y principios del XX, y se caracterizan porque no admiten que las naciones sean hechos naturales, sino que las ven como creaciones artificiales articuladas por intereses políticos. Desde esta perspectiva, la nación se percibe como un constructo mental producto de la modernidad, que expresa formas ficticias de identidad discursivamente construidas. Por lo que se supone que el surgimiento de las nacionalidades, aun cuando responda a procesos materiales objetivos, no sería independiente de los modos de conciencia subjetiva.¹⁵

¹⁴ Pérez Vejo, Tomás, “Imágenes, historia y nación. La construcción de un imaginario histórico en la pintura española del siglo XIX”, en Colom González, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005, p. 1120.

¹⁵ Palti, Elías, *La nación como problema. Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 11-16; Álvarez Junco, José, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2002, pp. 13 y 14.

Es a partir de su obra ya clásica —*¿Qué es una nación?*— que Ernest Renan marca la pauta de los enfoques instrumentalistas sobre el origen de las naciones. En ella, Renan advirtió que ninguno de los supuestos factores culturales (lengua, religión, geografía, etnia, etcétera), en que según los enfoques primordialistas se basa la nacionalidad puede explicar cómo se formaron las naciones y cómo se delimitaron mutuamente. Por consiguiente, “la falta de criterios objetivos revela el carácter, si bien no arbitrario, sí al menos *construido* de la nación: a fin de constituirse como un todo homogéneo y único, toda nación debió antes ser capaz de llenar sus fisuras internas y olvidar los antagonismos que la dividieron históricamente”.¹⁶

La pregunta que Renan se hace de por qué Suiza es una nación aunque tiene tres lenguas, dos religiones y distintos grupos étnicos, mientras que Toscana —tan homogénea— no constituye una, tuvo su respuesta al recurrir tanto a factores objetivos como subjetivos. Renan supuso que el hecho de que los suizos fueran una nación, mientras que los toscanos no lo eran, dependía en parte de las representaciones que de sí mismos tienen los sujetos que las conforman. Es a partir de esta observación que el estudio del surgimiento de las naciones se va a ocupar de averiguar qué es lo que lleva a los sujetos a imaginarse a sí mismos como formando una nación.¹⁷

Los enfoques instrumentalistas no consideran que el sentimiento nacional sea espontáneo o innato, sino que es adquirido e inculcado a través del proceso educativo, las ceremonias, los símbolos, los monumentos o las fiestas cívicas. A partir de esta noción “se cayó en la cuenta de que los Estados, tenidos entonces por invenciones humanas que se apoyaban en fenómenos sociales y culturales previos, eran los promotores del proceso”.¹⁸ Aunque también se invocan el pasado y las tradiciones, lo que importa no es tanto la historia como la imagen que se construye de ella: “ya no es la *nación* sino el propio *mito de la nación* el que se convierte en objeto de análisis, materia de debate y, eventualmente, en el centro de un culto laico”.¹⁹

A partir de estas premisas, en el último cuarto del siglo XX se elaboraron diversos estudios sobre la nación y el nacionalismo, que resultaron cruciales para su comprensión. Entre estos trabajos sobresalen principalmente los de Ernest Gellner, Benedict Anderson y Eric Hobsbawm, quienes coinciden en caracterizar a la nación como una construcción histórica. En principio, Gellner advierte que el Estado y la nación emergieron de manera

¹⁶ Ernest Renan, citado en Palti, *op. cit.*, nota 15, p. 63.

¹⁷ *Ibidem*, p. 108

¹⁸ Álvarez Junco, *op. cit.*, nota 15, p. 15.

¹⁹ Palti, *op. cit.*, nota 15, pp. 93-95.

independiente, y que *per se* el Estado no es equiparable a la nación.²⁰ Por otra parte, tanto este autor como Hobsbawm consideran que para comprender cómo se conforma una nación se deben tomar en cuenta las subjetividades de quienes la integran. Es a partir de esta premisa que Hobsbawm define a la nación como “cualquier conjunto de personas suficientemente nutrido cuyos miembros consideren que pertenecen a una ‘nación’”.²¹ Las definiciones objetivas han fracasado, según Hobsbawm, porque solo algunos miembros de las numerosas entidades que encajan en tales definiciones pueden calificarse de naciones en un momento dado. Esto se debe a que los criterios que comúnmente se emplean para definir lo que es una nación son “borrosos, cambiantes y ambiguos [...] Lo cierto es que casi cualquier clasificación de alguna comunidad como ‘nación’, basándose en tales criterios pretendidamente objetivos, estaría expuesta a objeciones”.²²

Otro autor que considera que la nación debe definirse a partir de una combinación de criterios objetivos y subjetivos es José Álvarez Junco, para quien son naciones “aquellos grupos humanos que creen compartir unas características culturales comunes —lengua, raza, historia, religión— y que, basándose en ellas consideran legítimo poseer un poder político propio, sea un Estado plenamente independiente o un gobierno relativamente autónomo dentro de una estructura política más amplia”.²³ Es así que en su definición Álvarez Junco combina características objetivas (los rasgos culturales), con características subjetivas de deseo o voluntad (como la aspiración política), bajo la premisa ya expresada por Gellner y Hobsbawm de que las primeras no son suficientes para explicar el deseo de formar una nación: “Ante las dificultades que presentan los rasgos culturales como criterios de diferenciación, acabamos aceptando que son naciones aquellos grupos humanos cuyos miembros se sienten o quieren ser nación”.²⁴

Tanto Gellner como Hobsbawm resaltan el carácter moderno de la nación, así como el elemento de artefacto, invención o ingeniería social que interviene en su construcción. Incluso Gellner advierte que el nacionalismo es el que las inventa y a menudo las destruye.²⁵ Por su parte, también Elías Palti considera que el origen de las naciones no se remonta más allá del siglo XVIII, y que las formaciones políticas precedentes (como las mo-

²⁰ Gellner, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Alianza, 1991, p. 20.

²¹ Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Crítica, 1997, p. 17.

²² *Ibidem*, p. 15.

²³ Álvarez Junco, *op. cit.*, nota 15, p. 11.

²⁴ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

²⁵ Gellner, *op. cit.*, nota 20, pp. 48 y 49.

narquías) no podrían considerarse verdaderamente como naciones: “esas soberanías no estaban fundadas en principios de nacionalidad, sino que se organizaban a partir de sistemas de autoridad personales que se extendían a través de territorios diversos”.²⁶

Pero es Benedict Anderson quien plantea la idea de que la nación es una comunidad política imaginada e inherentemente limitada y soberana. Es imaginada porque los miembros de las naciones, por más pequeñas que sean, nunca se conocerán completamente entre sí, pero a pesar de esto en la mente de cada uno existe una imagen de unión. Además, es limitada porque aún la más grande de las naciones es finita y no va a incluir a toda la humanidad. Asimismo, es soberana porque las ideas de la Ilustración y de la Revolución francesa destruyeron la legitimidad del derecho divino a gobernar reclamando el derecho del pueblo para su autodeterminación. Finalmente, es una comunidad, porque a pesar de las desigualdades y de la explotación que prevalezcan en ella, las naciones son concebidas como una confraternidad profunda y horizontal.

Sin embargo, a diferencia de lo que suponen Gellner y Hobsbawm, Anderson vinculó el surgimiento de las identidades nacionales con fenómenos culturales anteriores a la Revolución Industrial, como son la difusión de la imprenta y la ruptura de la unidad religiosa en Europa tras la reforma protestante. No obstante, al ocuparse de los orígenes de la conciencia nacional, señala que la convergencia del capitalismo y la tecnología impresa permitió la posibilidad de una nueva forma de comunidad imaginada, que en su morfología básica es el paso a la nación moderna.²⁷

En consonancia con la propuesta de Anderson, Tomás Pérez Vejo estima que se debe concebir a la nación como una representación simbólica e imaginaria; es decir, “como algo perteneciente, fundamentalmente, al mundo de la conciencia de los actores sociales”. Esta concepción de la nación parece convertirse actualmente en un consenso con el cual están de acuerdo la mayor parte de los estudiosos, ya que el carácter imaginario y simbólico de las naciones no impide que tengan eficacia social; es decir, que existan como realidades sociales. De tal forma se concibe que las naciones se inventan; en otras palabras, se construyen y en su proceso de construcción “la voluntad cuenta más que la conciencia; y los mitos, las costumbres, las lenguas, la historia, etc. sólo adquieren poder por la repetición, la difusión y, en definitiva, la construcción”.²⁸

²⁶ Palti, *op. cit.*, nota 15, pp. 9-14.

²⁷ Anderson, Benedict, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1992, pp. 6 y ss.

²⁸ Pérez, *op. cit.*, nota 2, pp. 12-17.

III. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN

Para responder cómo es que una comunidad se convierte en una nación, se puede tomar como punto de partida la advertencia de Hans-Joachim König acerca de que no todos los Estados son simultáneamente naciones, pero que un Estado puede llegar a ser una nación como resultado de una política de integración o de participación política y social que produzca una creciente lealtad, una identificación y un sentimiento nacional en la sociedad.²⁹ Por su parte, Stein Rokkan indica que durante el proceso de construcción de la nación la sociedad transita por cuatro fases: 1a. Fundación del Estado y fijación territorial del mismo por parte de una élite; 2a. Incorporación de amplios estratos de la población al sistema político; 3a. Aumento de la participación activa de la población, y 4a. Redistribución de los bienes nacionales. Según esta concepción, las élites son los actores decisivos en el proceso de formación de la nación, por lo que estas cuatro fases son las tareas que ellas deben emprender para construirla. Asimismo, se presupone que si los grupos dirigentes son quienes pueden iniciar la movilización, también son ellos los que pueden impedir que la participación política y económica crezca, bloqueando con esto la transformación de la colectividad en una nación.³⁰

Hobsbawm también conviene en que la nación y el nacionalismo son fenómenos construidos básicamente desde arriba. Como la conciencia nacional se desarrolla de manera desigual entre los distintos grupos sociales y en las diferentes regiones de un país, “la mayoría de los estudiosos estaría de acuerdo en que, cualquiera que sea la naturaleza de los primeros grupos sociales que la ‘conciencia nacional’ capte, las masas populares —los trabajadores, los sirvientes, los campesinos— son las últimas en verse afectadas por ella”.³¹

Cabe adelantar que fue por estas razones que el surgimiento de los Estados nacionales en Hispanoamérica durante el siglo XIX planteó dos problemas políticos importantes. El primero fue el de procurar la lealtad de la gente hacia el Estado y el sistema gobernante; el segundo fue la identificación con ellos. Cuando la sociedad y los gobernantes todavía no se encontraban directamente cara a cara, a la gente no se le exigían la lealtad y la identifica-

²⁹ König, Hans-Joachim, “Nacionalismo y nación en la historia de Iberoamérica”, en König Hans-Joachim, Tristan Platt y Colin Lewis, *Estado-nación, comunidad indígena, industria. Tres debates al final del milenio*, Holanda, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos, 2000, p. 29.

³⁰ Stein Rokkan, citado en *idem*.

³¹ Hobsbawm, *op. cit.*, nota 21, pp. 18-20.

ción con el Estado, o bien se obtenían por medio de instancias autónomas o intermedias, como la religión y la jerarquía social. No obstante, en el siglo XIX el declive de los antiguos lazos sociopolíticos hizo necesario formular e inculcar nuevas formas de lealtad cívica, debido a que otras lealtades potenciales disponían ahora de la posibilidad de expresarse políticamente. A partir de entonces se presentó a los gobernantes el problema de adquirir una nueva legitimidad, lo cual se resolvió mediante la identificación con un “pueblo” o una “nación”.³²

Es a partir de entonces cuando se promueven los “nacionalismos oficiales” o nacionalismos de Estado. Este tipo de nacionalismo lo ejerce y promueve un Estado que ya existe como una forma de legitimar su poder, y consiste en exaltar elementos de identidad de acuerdo con los intereses de los dirigentes del gobierno central. Además, favorece la conservación del orden, la unidad cultural y del territorio, así como el respeto por las leyes del país.³³ Un aspecto relevante en el caso de los nacionalismos de Estado es que la coerción ideológica se realiza sobre todo a través de las formas de expresión que el Estado controla directamente, como el arte, la educación o la cultura oficiales. Asimismo, encuentran su principal apoyo ideológico en la historia, que es codificada por las instituciones estatales, como historia nacional, y que equipara el pasado del Estado con el pasado de la nación.

El discurso de los nacionalismos de Estado no es interiorizado automáticamente por lo sujetos a quienes va dirigido, pues su acción efectiva se consigue en gran medida debido a la familia, la escuela, la literatura, la pintura o los medios de comunicación de masas.³⁴ Es por esto que se pueden comprender mejor si se observa su dimensión cultural, ya que los procesos a través de los cuales se logra el consenso y la legitimidad son fundamentalmente de naturaleza ideológica, aunque las formas en que se insertan en una red mediadora están normadas por cánones culturales.³⁵

Además de la historia patria existen otros medios a través de los cuales se difunden los mitos fundacionales de la nación. Por ejemplo, la literatura es un medio sobresaliente, porque a través de las novelas y los dramas se puede llegar al público lector. Otra forma destacada es la creación y el desa-

³² *Ibidem*, pp. 91 y 92.

³³ Seton-Watson, citado en Anderson, *op. cit.*, nota 28, p. 86; Vizcaíno, *op. cit.*, nota 7, p. 54.

³⁴ García Castro, María, “Identidad nacional y nacionalismo en México”, *Sociológica*, México, núm. 21, 1993, p. 35.

³⁵ Gutiérrez López, Roberto y Gutiérrez E., José Luis, “En torno a la redefinición del nacionalismo mexicano”, *Sociológica*, México, núm. 21, Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco, 1993, p. 88; Bartra, Roger, “La crisis del nacionalismo en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 3, 1989, p. 19.

rrollo de una iconografía historicista, que hace posible que en el imaginario nacional se sustituya la imagen de una comunidad religiosa (la cristiandad), por la de una comunidad política (la nación). Sin embargo, la elección del medio que se emplea para difundir los mitos de la nación está determinado por el momento decisivo en que tiene lugar el proceso nacionalizador. Fue así que la literatura y la pintura fueron los medios idóneos para los españoles, los ingleses y los franceses, así como la ópera lo fue para los italianos y los alemanes; y el cine lo fue para los estadounidenses.³⁶

IV. EL USO DE LA HISTORIA Y LA MEMORIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN

Para perpetuarse, el Estado necesita monopolizar la interpretación del pasado de la nación, y para esto requiere elaborar una historia nacional oficial y normalizada que se difunda masivamente. Si la nación es una comunidad imaginada y construida con base en un proceso que el Estado dirige, entonces se requiere de un mito fundacional y una historia que la hagan existir y que le otorguen legitimidad. La historia definida como nacional es una necesidad ontológica para la nación, afirma Pérez Vejo, pues sin historia no hay nación. Es por esto que el Estado la va a reinterpretar de tal forma que va a convertir la historia de su creación en la historia de la construcción de la nación, por lo cual no duda en retomar del pasado aquellos episodios a los que puede atribuir un carácter precursor. La nación es en gran medida fruto de la historia construida por el Estado; sin embargo, para que le sea útil para legitimar su poder político requiere aparentar que la nación es algo anterior a él, incluso la presenta como si fuera algo natural.

Para las naciones, entonces la historia es la principal fuente de legitimación e identificación colectiva: “De forma que realidades estatales, de carácter estrictamente político o administrativo, pueden acabar generando un sentimiento colectivo específico justificado por la historia”, como afirma Pérez Vejo.³⁷ La historia patria y los mitos derivados de ella se convierten así en una especie de partera de la nación, pues con base en ellos el Estado puede inventarse una nación a la medida. No obstante, Pérez Vejo supone que, dado que todo sentido de identidad es siempre conflictivo, preferir determinados momentos históricos en detrimento de otros, resaltar aquellos y olvidar éstos”.³⁸ Es así que la amnesia histórica se vuelve un elemento importante para el universo imaginario de la nación.

³⁶ Pérez, *op. cit.*, nota 2, pp. 29 y 30.

³⁷ *Ibidem*, pp. 115-121.

³⁸ *Idem*.

Sin embargo, para las naciones modernas —cuya idea de nacionalidad es más geográfica que sanguínea—, la identificación de los antepasados siempre es difícil, ya que se debe hacer una selección de cuáles antepasados son los que se reconoce: los conquistados o los conquistadores, los grupos sociales dominantes o los dominados. Para resolver este dilema se siguen diversas estrategias, como mantener la idea de antepasados colectivos y aceptar a todos los ancestros de la nación; o bien elegir solamente a algunos y rechazar a otros, con lo cual se reducen los riesgos de división interna.

Esta decisión resulta fundamental en el caso de las naciones hispanoamericanas, ya que lo que se elige determina el pasado nacional, así como sus mitos, sus símbolos, sus memorias y sus referentes físicos. En Hispanoamérica es común la elaboración de un pasado que proporcione identidad a la nación y legitimidad al grupo gobernante. Por este motivo, el uso de la historia es un factor sumamente valioso, ya que la elección de ciertos antepasados y determinados episodios que la historia patria se apropió hace posible establecer símbolos de cohesión nacional. Aunque en este proceso se dejan en el olvido a personajes, grupos y episodios que la memoria nacional no consideró convenientes conservar y difundir. Sin embargo, el Estado no espera que los personajes y los episodios históricos que le son convenientes sean valorados por la comunidad nacional, ni tampoco considera que espontáneamente aflorarán sentimientos de solidaridad nacional en caso de peligro exterior. Si hay algo que lo caracteriza es su activa política legitimadora, en la cual los héroes se inventan mediante relecturas específicas del pasado, que se difunden masivamente, y los sentimientos de solidaridad nacional se sacramentalizan de forma ritual a través de las celebraciones patrióticas; en otras palabras, el Estado mitifica el pasado elegido obteniendo una implicación afectiva de las personas con ese pasado, la cual será más intensa mientras más dramático sea el hecho histórico recordado.³⁹

En relación con lo que se recuerda y lo que se olvida, sucede que la memoria se relaciona estrechamente con la historia, aunque existe una distinción fundamental que las separa: la memoria se mide y se evalúa por la credibilidad, mientras que la historia lo que busca es la veracidad. Al igual que la historia, la memoria desempeña un importante papel en la construcción de las naciones, pues es un soporte configurador, productor e identificatorio de los sujetos históricos. Sin embargo, es preciso controlar la espontaneidad, la pasión y la selectividad de la memoria mediante la historia.⁴⁰

³⁹ *Ibidem*, pp. 122-124.

⁴⁰ Achugar, *op. cit.*, nota 10, p. 9; Jatahy Pesavento, Sandra, “Memoria, historia y ciudad: lugares en el tiempo; momentos en el espacio”, *Anuario de Espacios Urbanos*, 2002, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Plantel Azcapotzalco-Gernika, 2003, pp. 21 y 22; Le

Pero ¿qué es lo que determina que un recuerdo tenga fuerza, vigencia, arraigo y proyección social? Esto depende de la profundidad de su impacto inmediato, de su capacidad de penetrar en la conciencia colectiva, y de la permanencia o la reactualización de una determinada situación material real que al continuar funcionando por décadas o siglos sigue alimentando la vigencia y la fuerza de ese recuerdo.⁴¹ En Hispanoamérica los constructores de la nación lo comprendieron muy bien, y por eso buscaron que los mitos, los símbolos y los demás referentes de la nación tuvieran permanencia y fueran eficaces.

La memoria social hace evidente este proceso cuando se le estudia en su transformación de *memoria cívica*. La memoria cívica es compartida por gente que nunca se ha encontrado, pero que consideran que comparten una historia común, constituyendo así precisamente la comunidad imaginada descrita por Anderson, y que está unida tanto por lo que recuerda como por lo que olvida.⁴² Es en esta acepción que la memoria cívica se asemeja al *recuerdo compartido*, que en las sociedades modernas integra las distintas perspectivas de quienes comparten un recuerdo en una versión única o al menos en pocas versiones a través de instituciones (como los archivos), y medios de ayuda mnemotécnica (como los monumentos y los nombres de las calles). Sobre todo el recuerdo compartido es un diálogo entre el pasado y el presente; es decir, una conversación con el pasado desde el presente.⁴³

Lo más importante, sin embargo, es que el recuerdo compartido puede dar origen a una *comunidad de memoria*. Avishai Margalit la define como una colectividad “que trata con la vida y con la muerte, una comunidad en la que el motivo del hacer memoria, que se convierte en una revivificación, es esencialmente más poderoso que en una comunidad que se basa en la mera comunicación. Es una comunidad en la que la pregunta por la supervivencia se trata mediante el recuerdo”.⁴⁴ Dicho en otras palabras, la conservación de la memoria del pasado cumple un papel decisivo en la supervivencia de la colectividad y en la continuidad de su identidad grupal.

Goff, Jacques, “El tiempo del mundo: el regreso de Braudel”, en Academia Universal de las Culturas, *¿Por qué recordar?*, Barcelona, Granica, 2002, p. 194; Touraine, Alain, “Memoria, historia, futuro”, en Academia Universal de las Culturas, *¿Por qué recordar?*, Barcelona, Granica, 2002, p. 199.

⁴¹ Aguirre Rojas, Carlos Antonio, *Mitos y olvidos en la historia oficial de México*, México, Ediciones Quinto Sol, 2003, p. 71.

⁴² O'Donnell, Guillermo, “Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión”, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 170.

⁴³ Margalit, Avishai, *Ética del recuerdo*, Barcelona, Herder, 2002, p. 60.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 60 y ss.

Por consiguiente, se puede considerar también que la nación es una comunidad de memoria; el recuerdo compartido que la constituye igualmente tiene su origen y su fundamento en la historia y el mito que dan forma a los imaginarios colectivos que le sirven de armazón, y de la misma manera tal recuerdo se desempeña como un componente primordial de la construcción social que da forma a las naciones modernas. Como lo advierte Ortemberg: “La nación es asimismo una construcción de las distintas memorias colectivas y sociales que cambia diariamente, generación tras generación”.⁴⁵ Sin embargo, cabe apuntar que no todas las colectividades logran conformar comunidades de memoria ni tampoco naciones, pues para que “la memoria colectiva pueda almacenarse, reproducirse, multiplicarse y ser redistribuida entre los miembros de la comunidad, es preciso la existencia del Estado”.⁴⁶

La memoria cívica no se construye necesariamente a partir de las vivencias particulares de la comunidad, sino que se utilizan ciertos recursos simbólicos para imponer su reconocimiento. Aunque se valga de personajes, de lugares y de hechos del pasado que son reconocidos por una comunidad, deliberadamente se le presenta como patrimonio de la colectividad, y se expone su valor memorial de acuerdo con las intenciones determinadas por el régimen o por quienes detentan el poder político. “Así, ciertos actos, características y valores son destacados, mientras que otros tantos atributos son deliberadamente ignorados, como si no tuviesen importancia o jamás hubiesen existido”.⁴⁷

V. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN EN HISPANOAMÉRICA

Algunos autores —como Anthony Giddens— consideran que el surgimiento y el desarrollo del nacionalismo, la nación y el Estado en la mayoría de los países se basan en lo que sucedió en Europa. Sin embargo, Benedict Anderson y Hans-Joachim König desestiman este argumento, haciendo notar que los movimientos nacionales en Hispanoamérica son paralelos e incluso anteriores a los de los países europeos, y además señalan que condujeron a la formación de Estados y naciones propios. Tal como Tomás Pérez Vejo lo advierte al indicar que “Hispanoamérica fue el escenario de

⁴⁵ Ortemberg, *op. cit.*, nota 3, pp. 718 y 719.

⁴⁶ Florescano, Enrique, “Notas sobre las relaciones entre memoria y nación en la historiografía mexicana”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003, p. 395.

⁴⁷ Jatahy, *op. cit.*, nota 40, pp. 23 y 24.

uno de los más tempranos, exitosos y masivos procesos de construcción que se conocen”.⁴⁸

Antes de la independencia en la América española se pensaba en la monarquía como si se tratara de una familia formada por varios hijos (los pueblos y los individuos), a la cabeza de la cual se encontraba el rey como padre. Cuando Napoleón Bonaparte depone a Fernando VII deja huérfana a la familia y la usurpación es vista por los diversos reinos como un mal supremo, ya que se encontraban igualados en un mismo deber de lealtad hacia el rey.⁴⁹ Entonces cabe preguntarse: ¿cuáles fueron las causas de que los reinos españoles rompieran este pacto de lealtad con la Corona española y buscaran la independencia, perdiendo así el sentido de unidad nacional que había caracterizado a los actores políticos activos en ambos lados del Atlántico?

Fueron varios los factores que propiciaron los movimientos independentistas. Uno de los más relevantes fue el absolutismo ejercido por los regímenes monárquicos europeos que hacia fines del siglo XVIII provocó que la corona española acrecentara la presión sobre sus posesiones americanas y sus instituciones representativas. Sin embargo, de manera paralela al avance del absolutismo se estaba dando la gran mutación cultural de la Ilustración, que va a producir múltiples transformaciones en las ideas, en los valores y en los comportamientos de las sociedades occidentales. De modo que en un contexto de cambio social y de búsqueda de libertad de acción y de pensamiento, las llamadas reformas borbónicas redoblaron el control sobre la sociedad y despertaron en ambos lados del Atlántico el deseo de conformar naciones armónicas compuestas de hombres libres e iguales ante una misma ley.⁵⁰

La necesidad y el deseo social de una representación justa y legítima fue una de las razones que movieron a los insurgentes hispanoamericanos a la rebelión. Con la deposición de Fernando VII se intensificaron los cuestionamientos de los criollos acerca de la relación existente entre la metrópoli y los reinos americanos, y llegaron a la conclusión de que lo que existía era una asociación voluntaria, y que a falta del rey la soberanía residía en el

⁴⁸ Giddens, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 568 y 569; Pérez Vejo, Tomás, “La construcción de las naciones como problema historiográfico: el caso del mundo hispánico”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003, p. 283.

⁴⁹ Guerra, François-Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Fondo de Cultura Económica-Mapfre, 1993, pp. 19-29.

⁵⁰ Palacios, Guillermo y Moraga, Fabio, “La independencia y el comienzo de los regímenes representativos”, *Historia Contemporánea de América Latina*, vol. I (1810-1850), Madrid, Síntesis. 2003, pp. 95 y ss.

pueblo.⁵¹ De este modo, “las mutaciones ideológicas acompañan la reivindicación por los americanos de su igualdad respecto a los peninsulares. Lo que antes se fundaba en antiguas leyes y privilegios va ahora a fundamentarse progresivamente en el derecho natural y la soberanía de los pueblos”.⁵²

Fue entonces que se propagó la agitación política y comenzó el desmembramiento de la monarquía española, pues “algunas provincias dentro de los reinos americanos llegaron a la conclusión de que ellas también tenían derecho a formar sus propios gobiernos locales, punto de vista que las ciudades capitales rechazaron con fuerza. En algunas regiones, las propias élites estaban divididas y, en algunos casos, el conflicto surgió entre las ciudades y el campo”.⁵³ Esta contingencia tendría consecuencias duraderas, ya que los conflictos se prolongarían durante gran parte del siglo XIX, y los nuevos Estados tuvieron que hacer uso de diversos mecanismos —incluso las armas—, con el fin de conformar gobiernos fuertes y legítimos que permitieran consolidar la construcción nacional.

No obstante, Benedict Anderson advierte que los dos factores que comúnmente se señalan para explicar la independencia de Hispanoamérica —el incremento del control sobre los reinos americanos a partir de las reformas borbónicas y la difusión de las ideas de la Ilustración—, no explican satisfactoriamente por qué entidades como Chile, México, Ecuador, Venezuela o Perú resultaron ser emocionalmente deseables y políticamente viables. Tuvieron que presentarse otros factores para que se redefiniera a las masas de indios, negros y mestizos como connacionales; y sobre todo para que los criollos —y los demás grupos sociales— vieran a España, a quien estaban atados en muchas maneras, como un enemigo extraño.⁵⁴

Se debe tomar en cuenta también que en Hispanoamérica las naciones no se construyeron con base en criterios étnicos o culturales, puesto que entonces no existían nacionalidades diferentes, sino una sola: la española, que era común a casi todos. Del mismo modo, la heterogeneidad racial y cultural de la población imposibilitó que se estableciera inicialmente un criterio étnico para la unidad estatal o nacional. Prácticamente antes de la independencia, los distintos reinos americanos no constituyan sociedades suficientemente diferenciadas, de tal modo que un nativo de Caracas no era considerado extranjero en Lima, Quito o Buenos Aires. Esta situación

⁵¹ Rodríguez O., Jaime E., *La independencia de la América española*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 2006; Rodríguez O., Jaime E., “La emancipación de América”, *Secuencia*, núm. 49, Instituto Mora, 2001, pp. 43 y ss.

⁵² Guerra, *op. cit.*, nota 49, pp. 29 y 145.

⁵³ Rodríguez, *op. cit.*, nota 51, p. 60.

⁵⁴ Anderson, *op. cit.*, nota 27, pp. 50-65.

se prolongó incluso después de la independencia, e impedía que las poblaciones otorgaran su lealtad absoluta a los nuevos Estados, ya que las identidades vigentes seguían siendo la local y la americana.⁵⁵ Sin embargo, cabe señalar que son las identidades culturales de los antiguos reinos las que a largo plazo pueden crear un espacio propio, entre otras causas debido a la ingeniería simbólica que se utilizó para construir la nación, y que en gran medida disuelve y recompone las identidades local y continental.

El deseo de emanciparse de España no requería entonces que la cuestión nacional se fundamentara inicialmente en una unidad étnica, sino en la idea de la libertad política y la autonomía. Es por esto que la discusión respecto a si los criollos se basaron en una concepción de nación cultural-étnica o en una de nación cívico-territorial es gratuita, pues debido a las circunstancias en que surgen los movimientos nacionales, los Estados se tuvieron que construir sobre la superación del estatus subordinado y con base en un imaginario que fomentara en la población un sentido de identificación con las entidades políticas nacientes.⁵⁶

El consenso entre los historiadores latinoamericanistas estima que los dirigentes criollos erigieron el postulado de la libertad y la igualdad como característica distintiva de los nuevos Estados, ya que así podían seguir un camino viable hacia la unidad y la integración de la nación. Con todo, no se puede descartar que tanto la idea de nación cultural-étnica como la de nación cívico-territorial hayan estado presentes en los procesos de construcción nacional. Sin duda estos procesos se basaron en la noción cívica, que ataña a la idea de una comunidad territorializada que está unificada legal, institucional, económica y políticamente. Pero también se recurrió a diversos elementos culturales que supuestamente son distintivos de la nación, los cuales se instrumentalizaron y se difundieron explícitamente, como ocurrió con los mitos de origen y el conjunto de símbolos que son utilizados para consolidar una identidad común.⁵⁷

Desde un principio la ciudadanía se convirtió en uno de los elementos promotores del Estado nacional, pues con ella la generalidad de los habitantes ya no se vieron tratados como súbditos bajo tutela, sino como miembros iguales del cuerpo del Estado.⁵⁸ Al considerárseles como ciudadanos, las

⁵⁵ Escudé, Carlos y Cisneros Andrés, *Historia de las relaciones exteriores argentinas*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-Grupo Editor Latinoamericano, 2000, en <http://www.argentina-rree.com/historia.htm> (6 de junio de 2005).

⁵⁶ König, *op. cit.*, nota 29, pp. 31 y 33; Palacios, *op. cit.*, nota 50, p. 177.

⁵⁷ Quijada, *op. cit.*, nota 8, p. 289.

⁵⁸ Colom, *op. cit.*, nota 9, pp. 327-328; Subercaseaux, Bernardo, “Tiempo nacional e integración. Etapas en la construcción de la identidad nacional chilena”, en Colom González

personas supuestamente gozaron de los mismos derechos y de las posibilidades de desarrollo que les fueron vedados durante la monarquía española, por lo que se mostraron dispuestos a defender la independencia de los nuevos países. Con esta maniobra se consiguió que los movimientos nacionales no quedaran reducidos a un pequeño círculo de patriotas, sino que se extendieran al grueso de la población.

No obstante, cabe mencionar que durante el siglo XIX la estimación que se tuvo del indígena como componente de la nación fue desigual, porque la concepción que los grupos gobernantes tuvieron sobre la nación también fue cambiante. Si bien al inicio de la vida independiente se pensaba que había que conformar una *nación cívica* donde los distintos grupos sociales y étnicos se cohesionaran en una sociedad que buscaría el bien común, para la segunda mitad del siglo XIX esta imagen se transformó para dar paso al deseo de conformar una *nación civilizada*: “A partir de esta concepción —que refleja una disminución del optimismo independentista— la nación cívica, que había sido imaginada como una construcción incluyente, da paso a la ‘nación civilizada’, cuya imagen se irá asociando paulatinamente a la exclusión ‘necesaria’ de los elementos que no se adapten a ella”.⁵⁹

La concepción de la nación como una *nación civilizada* tendría su auge desde mediados del siglo XIX hasta principios del XX, cuando otra idea va a reemplazarla. Como señala Mónica Quijada, la idea de una *nación civilizada*, cuya cohesión cultural estaba constituida por la exclusión de los elementos que se consideraban como no asimilables, cedería su lugar a otra, que rechaza la construcción excluyente de la nación. Esta nueva concepción, que se conoce como la *nación homogénea*, poco a poco iría teniendo un mayor ascendiente entre la élite y otros grupos sociales. Asimismo, por primera vez establecería una diferencia sustancial entre lo que es la construcción del Estado y lo que es la construcción de la nación, advirtiendo que no son procesos equivalentes, y que si bien para entonces el Estado se ha construido satisfactoriamente en algunos países (como México y Argentina), la nación, por el contrario, no habría tenido tanto éxito.

Con la concepción de la *nación homogénea* se retomaría la idea de una nación incluyente, pero esta ya no sería la nación de ciudadanos que impulsó al imaginario liberal a principios del siglo XIX, sino una comunidad unida por los ideales y la afirmación de una personalidad colectiva. De esta manera, la imagen inicial de una nación integrada por individuos industriales y

Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005, p. 651.

⁵⁹ Quijada, *op. cit.*, nota 8, pp. 310 y ss.

cohesionados en su lealtad al Estado es desplazada por una, donde la unificación de las lealtades se vincula a la homogenización de los universos simbólicos. Por lo tanto, ya no es suficiente con la integración política y social, sino que se vuelve imprescindible alcanzar una integración cultural plena. Es por esto que se buscará reencontrar un “espíritu nacional”, sobre todo con la ayuda de un modelo educativo que borre la heterogeneidad simbólica, reivindique la tradición y revalorice lo propio frente a lo extranjero. Sin embargo,

[...] como ocurrió a todo lo largo del siglo XIX, una cosa eran los programas y otras las realizaciones. La “nación homogénea” no logró borrar del imaginario de las élites a la “nación civilizada”, como ésta no lo hizo tampoco con la “nación cívica”. La nación seguiría siendo un proyecto inacabado que, hasta el día de hoy, se renueva en cada generación, reflejando las interacciones de viejas y nuevas ideas, de aspiraciones no cumplidas y esperanzas inéditas, de prejuicios seculares y ansias de transformación.⁶⁰

Por otro lado, la legitimación del Estado con base en la lealtad que se dice tener a la nación no es suficiente para dotarla de contenidos claros y precisos. Por esta razón fue necesario construir a la nación mítica y simbólicamente, con el fin de otorgar a cada sociedad un *nosotros colectivo* que permitiera deshacer el antiguo sentimiento de pertenencia a la monarquía española y transferirlo al nuevo Estado. Las construcciones narrativas mediante las cuales a lo largo de los siglos XIX y XX se elaboró la idea de un pasado nacional se produjeron como parte del proyecto de los nuevos grupos gobernantes para dar un sustento de legitimidad a los Estados. Es por esto que son ellos quienes definen los contenidos del nacionalismo y los hacen pasar como elementos fundamentales de la nación y sus miembros; pero esta maniobra implicó en primer lugar que en el imaginario de los grupos dirigentes se configuraran una serie de rasgos diferenciales para caracterizar a la nación. Estos rasgos no solamente debían distinguirla de España y de las naciones vecinas, sino que además debían integrar en el imaginario a una población que era sumamente heterogénea, no solo por su color de piel, sino también porque poseían un universo simbólico propio.⁶¹

Sin duda era necesario transformar a los antiguos vasallos del rey de España en fieles servidores de la patria. Pero “la sustitución de viejas identidades resulta siempre conflictiva, especialmente cuando [...] va acompañada de la necesidad de extender el sentimiento de nación a territorios y

⁶⁰ *Ibidem*, p. 315.

⁶¹ Palti, *op. cit.*, nota 15, p. 131; Quijada, *op. cit.*, nota 8, p. 289.

poblaciones caracterizados por su enorme extensión y disparidad”.⁶² Lograr que los pobladores se dieran cuenta de que ahora Colombia, Paraguay, Argentina, México, Chile, Bolivia o Perú reemplazaban a España y que el nuevo gobierno republicano sustituía a la monarquía española, hizo imprescindible acelerar el proceso de construcción de la nación, ya que esto permitiría incorporar a los individuos en el proyecto de los grupos dirigentes, y extendería hacia ellos la norma jurídica establecida en las leyes. No obstante, esto solo se va a conseguir plenamente cuando se despierte una conciencia patriótica en la población. Es entonces que los dirigentes pueden traspasar su proyecto de nación a los demás grupos que comienzan a sentirse ya como colombianos, paraguayos, argentinos, mexicanos, chilenos, bolivianos o peruanos.⁶³

Fue por esto que los Estados se dieron a la tarea de practicar una ingeniería ideológica consciente y deliberada con el fin de construir las representaciones que conformarían la imagen de la nación. Los mecanismos de producción y reproducción de la conciencia social que permiten desarrollar una identidad nacional son los mitos, los símbolos y los rituales de la nación. De hecho, “ninguna comunidad que aspire a convertirse en nación —y mucho menos en patria—, puede existir sin la creación de mitos compartidos que vayan formando un sustrato anímico común”.⁶⁴ Solo a través de la creación de mitos sociales y políticos fue posible que los países hispanoamericanos recién independizados pudieran unificar a los diversos grupos y a las diferentes regiones para respaldar al Estado.

Existe una relación estrecha entre los imaginarios y los mitos que sirven para construir a la nación. Como advierte Estela Serret: “el mito que construye identidad se convierte en imagen, es decir, en realidad petrificada que no admite cambios, que no presenta fisuras. Es ahistórica, antidiinámica y, por lo tanto, máscara, ficción”.⁶⁵ La imagen es la presencia misma del mito, y no solo lo comunica, sino que lo fija y lo revela estéticamente de manera verbal o visual en el imaginario y la memoria.⁶⁶ Es por eso que si se desea que persista una versión única de la nación en el imaginario social se vuelve

⁶² Pérez, *op. cit.*, nota 12, p. 288.

⁶³ Pinto Rodríguez, *op. cit.*, nota 9, p. 104; Ortemberg, *op. cit.*, nota 3, 701.

⁶⁴ Dávila, Luis Ricardo, “Independencia e insuficiencia en la construcción de la nación venezolana”, en Colom González, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005, p. 305.

⁶⁵ Serret, Estela, “Leyendo la identidad nacional en el discurso de Octavio Paz”, *Sociología*, México, núm. 21, Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Azcapotzalco, 1993, p. 204.

⁶⁶ Arroyo, Israel, “Juárez: imágenes estéticas”, *Metapolítica*, México, núm. 46, 2006, p. 95.

imprescindible la creación y el uso de mitos que se arraiguen en la memoria colectiva mediante imágenes diversas. De modo sucinto el mito se puede definir como

[...] un principio ordenador. Con base en él los hombres y la mujeres fundamentan sus valores éticos y morales, definen causas y efectos, construyen taxonomías, orientan procesos sociales y psicosomáticos, le dan vida a sus tradiciones, educan a las nuevas generaciones, tienden a cohesionar a los grupos de los que forman parte, legitiman estructuras de poder, costumbres, divisiones, roles.⁶⁷

Precisamente las naciones son un campo privilegiado para desarrollar significaciones míticas. De hecho ellas desempeñan un importante papel en su construcción, porque se relacionan íntimamente con la identidad y con la historia del grupo que las elabora y utiliza. Por tal motivo, son elementos muy útiles para comprender los procesos de identificación colectiva, ya que constituyen representaciones codificadas de los presupuestos ideológicos y culturales de un grupo. Además, las construcciones míticas no se hacen en el vacío, sino que se elaboran con base en las necesidades de la colectividad.⁶⁸

Valiéndose de actos emblemáticos, escenarios, leyendas, héroes, antihéroes, sucesos extraordinarios, frases célebres, etcetera, los mitos sirven para dar una visión uniforme del pasado de la nación, y de esta forma contribuyen a crear una identidad nacional y fomentan el nacionalismo. Como son el relato que da unidad a cualquier grupo, desde antaño los hemos necesitado y los seguiremos necesitando, pues a través de ellos los individuos conforman su identidad colectiva y su sentido de comunidad y lealtad con la nación. Además, declaran una identidad con la tierra de origen, destacan la personalidad del grupo frente a los demás, establecen un lazo de identidad con el pasado y funcionan como referentes para el futuro.⁶⁹

Los mitos también sirven para legitimar el orden político establecido, pues poseen un discurso ideológico y un conjunto de pensamiento simbólico que tienen la misma función: justificar la supremacía de alguien sobre

⁶⁷ Paoli, Antonio, "La semiosis mitológica", *Tramas*, México, núm. 4, Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, p. 51.

⁶⁸ Galván Tudela, José Alberto, "La construcción de la identidad cultural en regiones insulares: Islas Canarias, España", en Ávila Palafox, Ricardo y Calvo Buezas, Tomás (coords.), *Identidades, nacionalismo y regiones*, México, Universidad de Guadalajara-Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 209.

⁶⁹ Carreño King, Tania y Vázquez del Mercado, Angélica, "La disputa por la historia patria. Entrevista a Lorenzo Meyer", *Nexos*, México, núm. 191, 1993, pp. 41-49; May, Rollo, *La necesidad del mito*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 17 y ss.

los demás.⁷⁰ Es por esto que desempeñan una tarea primordial en forjar la creencia de que se pertenece a una nación, tarea que es de suma importancia para la legitimación y la reproducción del Estado. Por consiguiente, cada nación elabora mitos particulares que las distinguen de las demás y que se vuelven símbolos de masa, que serán la referencia privilegiada del sentimiento nacional. Los símbolos pueden ser entidades naturales o histórico-imaginarias; por ejemplo: para los franceses es su Revolución, para los judíos es el Éxodo, y para los italianos es la Roma imperial, así como sus montañas lo son para los ingleses y el ejército lo fue para los alemanes.⁷¹

No es de extrañar entonces que en Hispanoamérica una de las primeras acciones que desde la guerra de independencia se tomaron para singularizar a cada nación fue fijar símbolos y fiestas que celebraran la emancipación. Sin embargo, era esencial que estos fueran reconocidos colectivamente, por lo que se tuvieron que añadir elementos autóctonos a los primeros símbolos republicanos que habían sido retomados de la iconografía de la Revolución francesa. Tal como sucedió con el gorro frigio o la escarapela tricolor a los cuales se les agregaron imágenes propias de la flora y la fauna de cada país (como huemules, cóndores o nopal), o bien se les añadió el sol (que estaba relacionado con el “Inti” incaico), así como la figura del indígena mítico y mitificado. En lo que se refiere a los festejos, desde un principio se comenzaron a celebrar las victorias de los patriotas, y las fiestas se convirtieron en ocasiones propicias para articular nuevas formas de identificación colectiva que se sobreponían y se alimentaban de las memorias y de los espacios tradicionales.

Por esto mismo, en los países hispanoamericanos la gesta de independencia es enaltecidida profusamente en las hagiografías oficiales encarnadas en historias patrias, que la presentan como un destino natural que se genera incluso desde antes de la conquista española.⁷² Sin embargo, son limitados los arquetipos a los que se ha recurrido para narrar esta epopeya, pues los hagiógrafos no están exentos de repetir el arquetipo cristiano de nacimiento, muerte y resurrección característico de las historias nacionales del mundo occidental. Este arquetipo gira en torno a la existencia de una nación próspera y feliz anterior a la dominación europea, y que fue destruida por los conquistadores. Luego, los insurgentes vengan la derrota y resucitan a la nación muerta al obtener la independencia. En este ciclo de vida, muerte

⁷⁰ Héritier-Augé, Françoise, “La sangre de los guerreros y la sangre de las mujeres”, *Alteridades*, México, núm. 2, 1991, p. 96.

⁷¹ Giménez, Gilberto, “Apuntes para una historia de la identidad nacional”, *Sociológica*, México, núm. 21, 1993, p. 18.

⁷² Colom, *op. cit.*, nota 9, pp. 313 y ss.

y resurrección lo que se niega es el “no tiempo” o “no existencia” de la nación; es decir, la época relacionada con la dominación española. Asimismo, se puede observar que en la mayoría de los casos el origen de estas naciones se establece en el pasado prehispánico, aunque este se circunscribe al de la etnia mítica elegida, como por ejemplo, los aztecas en el caso de México, o los incas en el de Perú.⁷³

Como gran parte del éxito de la construcción de una nación estriba en su capacidad para convertir la propia historia de la comunidad en un mito omnicomprendible que dé sentido a las vidas individuales,⁷⁴ en Hispanoamérica se respaldó una historia patria que habla de *mártires de la independencia*, con un claro tinte romántico, que enaltece esta gesta al rango de epopeya trágica, y que de manera simultánea establece un canon de héroes nacionales y un calendario de festividades patrióticas, que tienen como propósito legitimar y glorificar al Estado a través de ellos, al grado de que los héroes de la patria resguardan los valores que conforman la estructura imaginaria de la nación, pues encarnan simbólicamente sus glorias y sus tragedias en virtud del proceso de mitificación al que son sometidos.

Hay que tomar en cuenta que los mitos aluden a un valor en el cual radica su importancia. Por lo tanto, la selección de los personajes que conforman el “panteón nacional” no se hace al azar, sino teniendo en cuenta una referencia directa a un valor determinado que se desea difundir entre la gente. La característica fundamental de los valores es que no existen por sí mismos, sino que descansan necesariamente en un depositario, que generalmente es del orden físico. De manera que los relatos, las frases, las ceremonias y los demás medios que proporcionan las imágenes que apuntalan la memoria colectiva son estos depositarios que se dirigen a las emociones y a los sentimientos a través de los cuales la gente capta los valores. En este caso son los héroes de la patria quienes encarnan determinados valores, y de la misma manera en que el mito se dirige a un valor, también el personaje histórico se vuelve un símbolo orientado hacia ese valor.⁷⁵

Sin embargo, la mitificación de los héroes también implica que su personalidad histórica y su biografía se reconstruyan con base en las normas del mito. Es por esto que el carácter histórico de los personajes que se celebra en los relatos épicos no se cuestiona, aunque su historicidad no resista

⁷³ Pérez Vejo, Tomás, “Nacionalismo e imperialismo en el siglo XIX: dos ejemplos de uso de las imágenes como herramienta de análisis histórico”, en Aguayo, Fernando y Roca, Lourdes (coords.), *Imágenes e investigación social*, México, Instituto Mora, 2005, p. 62.

⁷⁴ Pérez, *op. cit.*, nota 12, p. 301.

⁷⁵ Entrevista personal realizada al doctor José Antonio Paoli Bolio el 28 de junio de 1995 en México, D. F.

mucho tiempo la acción “corrosiva” de la mitificación.⁷⁶ Pero como la fe que las personas tienen en ellos importa más que las ideas y las doctrinas que sustentaban, el carácter histórico de los héroes celebrados en los mitos es algo en lo que se cree y no se discute. Incluso se vuelve un referente cuasidogmático que si alguna vez llegara a ser cuestionado, entonces “la Palabra del imaginario histórico responderá movilizando su poder simbólico además de sus encarnaciones materiales”.⁷⁷

En relación con la historia y los mitos, Tomás Pérez Vejo afirma que las historias patrias son las principales responsables de la creación de las naciones, ya que tienen la capacidad de hacer del relato de los hechos del pasado una narración con significado simbólico. Es por esto que en ellas es donde hay que averiguar cómo fue forjada la particular idea de nación, puesto que contribuyen arduamente a esta tarea en virtud de los héroes y las cunas de la patria que ayudan a instituir. A través de estos, los grupos dirigentes

[...] reflejaron virtudes cívicas y éticas y las brindaron al imaginario colectivo como una suerte de espejo sobre el cual forjar las ‘virtudes nacionales’. Ese proceso no estuvo libre de conflictos y muchas veces entrañó una auténtica ‘guerra de próceres’, ya fuera por la asociación de éstos, en vida, a posturas ideológicas o acciones políticas definidas y contrapuestas (Hidalgo o Iturbide), por la selección de orígenes diversos de la nacionalidad (Cuauhtémoc o Cortés), o bien porque un mismo héroe era compartido por dos o más países, como es el caso del culto cuasi religioso a la figura de Simón Bolívar.⁷⁸

Es así que los conflictos que se suscitaron en torno a la fijación de los héroes de la patria, algunos de los cuales aún persisten en varios países, están íntimamente relacionados con la definición de los mitos de origen y la elaboración de la memoria histórica. De tal suerte que los héroes aparecen y desaparecen según la función que cumplen al materializar la ideología dominante.⁷⁹

Aunado a lo anterior, sucede que la elección de una concepción étnica o cívica sobre lo que es la nación también impone condicionamientos importantes a la memoria colectiva y al imaginario social. Puesto que se requiere

⁷⁶ Eliade, Mircea, *Cosmos and History: The myth of the eternal return*, Nueva York, Harper's & Brothers, 1959, pp. 39-43.

⁷⁷ Pomer, León, *La construcción del héroe. Imaginario y nación*, Buenos Aires, Leviatán, 2005, pp. 141 y 142.

⁷⁸ Quijada, *op. cit.*, nota 8, p. 303.

⁷⁹ Zárate Toscano, Verónica, “El lenguaje de la memoria a través de los monumentos históricos en la ciudad de México (siglo XIX)”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, núm. 1-2001, en <http://nuevomundo.revues.org/document214.html> (6 de marzo de 2006).

dotar a la nación de una profundidad histórica como aval de su autenticidad; en el caso de la nación étnica, esa profundidad le es otorgada recurriendo a la identificación con un pasado glorioso que está ligado a la sangre y a la tierra. Por el contrario, la nación cívica debe construir la densidad épica de su destino en virtud de un futuro no menos egregio que se pretende alcanzar.⁸⁰ Ya se ha dicho que no se puede descartar que tanto la idea de nación cultural-étnica como la de nación cívico-territorial estén presentes en los procesos de construcción nacional en Hispanoamérica a través de los mitos y los símbolos que dan forma a la memoria y a los imaginarios históricos. Aunque para lograr tal efecto hubo que inaugurar actos fundadores para la nación; es decir, fijar las fechas de nacimiento, designar qué acontecimientos contribuyeron a su formación, y sobre todo identificar a sus héroes tutelares. Sin embargo, la naturaleza y la dimensión de estas acciones estuvieron determinadas por el beneficio simbólico que se obtendrían de ellas.

En este contexto, se puede afirmar entonces que “una ruptura radical llevada a cabo en un impulso colectivo espectacular ofrece un material más favorable para la mitificación que una emancipación gradual que repose sobre una secuencia de acontecimientos distribuida en el largo plazo”.⁸¹ Por este motivo es que se prefiere mitificar a los personajes y a los episodios que resultan más impactantes para la memoria colectiva. De tal manera que resulta más impresionante conservar el recuerdo de las proclamaciones que hace un general victorioso en el campo de batalla, que recordar los convenios a los que llega una asamblea de notables al final de cada sesión. Por la misma razón es que se han conservado ciertos sucesos que se cree que fundan o consolidan a la nación, como el *Grito de Dolores* o la muerte de Arturo Prat durante la Guerra del Pacífico.

Ernest Renan ya lo había advertido al señalar que “Si de recuerdos nacionales se trata, más valen los lutos que los triunfos puesto que imponen deberes; y demandan un esfuerzo común”.⁸² No obstante, puede ocurrir también que el imaginario y la memoria de la nación se edifiquen con mitos “depresores” que conservan el recuerdo de derrotas y que ofrecen una visión pesimista del futuro, aunque en el caso hispanoamericano esto no es algo usual, ya que comúnmente se pretende que las derrotas sean gloriosas y que los villanos sean unos apátridas traidores a la nación.

⁸⁰ Colom, *op. cit.*, nota 9, p. 320.

⁸¹ Bouchard, Gérard, *Génesis de las naciones y culturas del nuevo mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 40.

⁸² Renan Ernest, citado en Lomné, Georges, “El ‘espejo roto’ de la Colombia bolivariana (1810-1850)”, en Guerra, François-Xavier (coord.), *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 496.

Asimismo, la búsqueda de los orígenes de la nación es una experiencia recurrente en las diversas experiencias de construcción nacional. En Hispanoamérica, la elección siempre ha estado entre dos orígenes posibles: el universo anterior a la conquista europea o el que surge con ella. Ahora bien, si el origen de la nación se sitúa en un tiempo anterior a la conquista, la conexión entre el grupo originario y la nación actual se puede instituir de dos formas: una consiste en establecer el vínculo mediante la sangre; es decir, se considera que existe una ascendencia genealógica. La segunda es considerar que existe una pertenencia al mismo territorio. Esta última forma resulta significativa, porque implica reconocer que no existe una ascendencia genealógica —como sería el “Méjico mestizo” de raíces indígenas—, sino “una continuidad legitimada exclusivamente por la pertenencia al sagrado territorio de la patria”.⁸³ Sin embargo, de este modo en el imaginario de la nación los indígenas no son “ancestros”, como sucede en México, sino “precursores”, como pasa en Chile. En este último caso lo que hace a la nación y la convierte en unidad será el territorio y no el pasado indígena. Una diferencia de apreciación del origen y el espacio que sin duda incide fundamentalmente en la construcción de ambas naciones.

De un modo u otro, la reivindicación y la apropiación idealizada de los indígenas, ya sea de sus antiguas culturas (los aztecas en México o los incas en Perú), o bien de sus valores (los araucanos en Chile), refuerza la identidad colectiva al establecer una línea de continuidad entre la nación que está en construcción y la cultura indígena prehispánica. Además, permite legitimar la emancipación como un acto de justa rebelión, y dota a la nación de una antigüedad respetable al ubicar sus orígenes en épocas remotas.⁸⁴ Así lo entendieron los emancipadores, y en mayor o menor medida emprendieron diversas tareas para promover el pasado indígena, como lo hizo Francisco Miranda al recrear el imaginario incaico como fuente de legitimidad para proclamar la independencia.⁸⁵ Con medidas como esta la nación iba perdiendo su carácter de invención y adquiría un carácter de inmanencia en el imaginario social.

Pero también se debe tomar en cuenta que si algo caracteriza al proceso de selección de la memoria nacional en los países hispanoamericanos es que se desarrolla a partir de una dinámica que oscila entre la continuidad y la ruptura. Si bien cada nación posee sus propios ritmos y contenidos en la conformación de su memoria histórica, en general los segmentos del pasado

⁸³ Quijada, *op. cit.*, nota 8, p. 496.

⁸⁴ König, *op. cit.*, nota 29, p. 45.

⁸⁵ Palacios, *op. cit.*, nota 50, p. 102.

que alternadamente se incluyen y excluyen se centran en las dicotomías indígena/pañol y liberalismo/antiliberalismo. El conflicto que hay en elegir una memoria con base en lo indígena o en lo español es importante, porque se relaciona directamente con la definición de los símbolos y los mitos de origen de la nación. Asimismo, la pugna entre el liberalismo y el antiliberalismo se convierte en un espejo en el cual los desencuentros del pasado actúan sobre el presente, y viceversa.

Sin embargo, el riesgo de alternar periódica y selectivamente el pasado es que difícilmente se pueden consolidar una memoria y un imaginario que faciliten la cohesión de la nación. En nuestros días la integración de esas dicotomías se sigue presentando como un proceso inacabado y posiblemente inacabable, señala Mónica Quijada, ya que su planteamiento parece renovarse desde distintos ángulos en cada generación. No está por demás insistir en la vigencia y en la trascendencia de esta cuestión para la construcción nacional en Hispanoamérica, que como ya se dijo es todavía un proceso inconcluso. La modificación de la historia, de los mitos, del imaginario social y de la memoria colectiva puede tener consecuencias importantes, advierte Francisco Colom, ya que cuando estos componentes de la construcción nacional se alteran, también la identidad de quienes participan en ella sufre una mutación fundamental.⁸⁶

VI. CONCLUSIONES

Tanto Benedict Anderson como Pérez Vejo consideran que el nacionalismo es el proceso mediante el cual se inventan naciones donde no las había, pero al señalar que las naciones son un invento no lo hacen con una connotación peyorativa o para afirmar que sean falsas, sino para indicar que son el resultado de un proceso creativo. Además, toda comunidad que se ve a sí misma como una nación no es una colectividad ficticia, ya que siempre cuenta con ciertos rasgos objetivos —lengua, historia, cultura, territorio, etcétera—, que son percibidos como tales por sus miembros.

El proceso de construcción nacional es particular y variable en cada país, como se ha mencionado, pero por lo general sucede que en los momentos de desarrollo y expansión económica no se le considera significativo, se le da poco impulso e incluso parece desaparecer. No obstante, cuando se producen períodos de crisis o estancamiento surge con mayor fuerza y se promueve profusamente.

⁸⁶ Colom, *op. cit.*, nota 9, p. 333.

Durante el siglo XIX y principios del XX en Hispanoamérica las construcciones nacionales se hicieron prácticamente bajo la sombra de un Estado recién creado o que estaba en vías de consolidarse. Por consiguiente, las formas simbólicas directamente controladas por el Estado a través de instituciones o instancias oficiales son las que contribuyen principalmente a su conformación. Con el propósito de marcar sus diferencias con el antiguo régimen y desplazar los símbolos de la monarquía española en el imaginario colectivo, los Estados hispanoamericanos tuvieron que crear sus propios símbolos cívicos: banderas, escudos, himnos, conmemoraciones, etcétera. La instauración de un nuevo aparato simbólico fue necesaria, ya que toda ruptura política es también la ruptura del mundo simbólico que representa el poder precedente. No en vano el poder se ejerce tanto en el plano físico como en el plano simbólico.

Del razonamiento anterior se desprende una cuestión metodológica fundamental: es en las formas simbólicas de la memoria social que promueve el Estado en donde hay que rastrear el proceso de construcción de la nación. Sobre todo en aquellos mitos que codifican el relato establecido por las instituciones estatales como historia nacional. De aquí la importancia de averiguar cómo se construyó y difundió simbólicamente cada historia nacional; de comprender la forma en que se territorializó la historia hasta convertirse en un relato coherente y hegemónico, y de entender cómo se seleccionaron y construyeron los referentes físicos que sirven de anclaje para el imaginario que sustenta a la nación.

VII. RELACIÓN DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y HEMEROGRÁFICAS

1. Fuentes bibliográficas

ACHUGAR, Hugo, “Derechos de memoria, sobre independencias y Estados-nación en América Latina”, en ACHUGAR, Hugo (coord.), *Derechos de memoria. Nación e independencia en América Latina*, Montevideo, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, , 2003.

AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio, *Mitos y olvidos en la historia oficial de México*, México, Ediciones Quinto Sol, 2003.

ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2002.

ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1992.

BOUCHARD, Gérard, *Génesis de las naciones y culturas del nuevo mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

CRESPO, Regina, “Nacionalismo cultural: México y Brasil”, en CADENA, Jorge *et al.* (coords.), *Nación y movimiento en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Siglo XXI, 2005.

DÁVILA, Luis Ricardo, “Independencia e insuficiencia en la construcción de la nación venezolana”, en COLOM GONZÁLEZ, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005.

ELIADE, Mircea, *Cosmos and History: The myth of the eternal return*, Nueva York, Harper’s & Brothers, 1959.

GALVÁN TUDELA, José Alberto, “La construcción de la identidad cultural en regiones insulares: Islas Canarias, España”, en ÁVILA PALAFOX, Ricardo y CALVO BUEZAS, Tomás (coords.), *Identidades, nacionalismo y regiones*, México, Universidad de Guadalajara-Universidad Complutense de Madrid, 1993.

GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Alianza, 1991.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 2002.

GILABERT, César, *El hábito de la utopía. Análisis del imaginario sociopolítico en el movimiento estudiantil de México, 1968*, México, Instituto Mora-Miguel Ángel Porrua, 1993.

GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Fondo de Cultura Económica-Mapfre, 1993.

HOBSBAWM, Eric y RANGER, Terence (eds.), *La invención de la tradición*, Barcelona, Crítica, 2002.

———, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Crítica, 1997.

KÖNIG, Hans-Joachim, “Nacionalismo y nación en la historia de Iberoamérica”, en HANS-JOACHIM, König *et al.*, *Estado-nación, comunidad indígena, industria. Tres debates al final del milenio*, Holanda, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos, 2000.

LARRAÍN, Jorge, *Identidad y modernidad en América Latina*, México, Océano, 2004.

LE GOFF, Jacques, “El tiempo del mundo: el regreso de Braudel”, en ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS, *¿Por qué recordar?*, Barcelona, Granica, 2002.

LOMNÉ, Georges, “El ‘espejo roto’ de la Colombia bolivariana (1810-1850)”, en GUERRA, François-Xavier (coord.), *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

MANDOKI, Katya, *La construcción estética del Estado y de la identidad nacional*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Fondo Nacional para la Cultura y las Artes-Siglo XXI, 2007.

MARGALIT, Avishai, *Ética del recuerdo*, Barcelona, Herder, 2002.

MAY, Rollo, *La necesidad del mito*, Barcelona, Paidós, 1992.

O'DONNELL, Guillermo, "Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión", *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004.

PALACIOS, Guillermo y MORAGA, Fabio, "La independencia y el comienzo de los régimes representativos", *Historia Contemporánea de América Latina*, vol. I (1810-1850), Madrid, Síntesis, 2003.

PALTI, Elías, *La nación como problema. Los historiadores y la "cuestión nacional"*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003,

PÉREZ Garzón, Juan Sisino, "Memoria, historia y poder. La construcción de la identidad nacional española", en COLOM GONZÁLEZ, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005.

PÉREZ Vejo, Tomás, "Imágenes, historia y nación. La construcción de un imaginario histórico en la pintura española del siglo XIX", en COLOM GONZÁLEZ, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005.

_____, "Nacionalismo e imperialismo en el siglo XIX: dos ejemplos de uso de las imágenes como herramienta de análisis histórico", en AGUAYO, Fernando y ROCA, Lourdes (coords.), *Imágenes e investigación social*, México, Instituto Mora, 2005.

_____, *Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas*, Oviedo, Nobel, 1999.

PINTO RODRÍGUEZ, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche. De la inclusión a la exclusión*, Santiago de Chile, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos-Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2003.

POMER, León, *La construcción del héroe. Imaginario y nación*, Buenos Aires, Levia-tán, 2005.

QUIJADA, Mónica, "¿Qué nación? Dinámicas y dicotomías de la nación en el imaginario hispanoamericano del siglo XIX", en ANNINO, Antonio y GUERRA, François-Xavier (coords.), *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

RODRÍGUEZ O., Jaime E., *La independencia de la América española*, México, El Colegio de México- Fondo de Cultura Económica, 2006.

SUBERCASEAUX, Bernardo, “Tiempo nacional e integración. Etapas en la construcción de la identidad nacional chilena”, en COLOM GONZÁLEZ, Francisco (ed.), *Relatos de nación. La construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*, Madrid, Iberoamericana, 2005.

TOURAINÉ, Alain, “Memoria, historia, futuro”, en ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS, *¿Por qué recordar?* Barcelona, Granica, 2002.

VIZCAÍNO, Fernando, *El nacionalismo mexicano en los tiempos de la globalización y el multiculturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

2. Fuentes hemerográficas

ARROYO, Israel, “Juárez: imágenes estéticas”, *Metapolítica*, México, núm. 46, 2006.

BARTRA, Roger, “La crisis del nacionalismo en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 3, 1989.

CARREÑO KING, Tania y VÁZQUEZ DEL MERCADO, Angélica, “La disputa por la historia patria. Entrevista a Lorenzo Meyer”, *Nexos*, México, núm. 191, 1993.

COLOM GONZÁLEZ, Francisco, “La imaginación nacional en América Latina”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003.

ESCUDÉ, Carlos y CISNEROS, Andrés, *Historia de las relaciones exteriores argentinas*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-Grupo Editor Latinoamericano, 2000, en <http://www.argentina-rree.com/historia.htm> (6 de junio de 2005).

FLORESCANO, Enrique, “Notas sobre las relaciones entre memoria y nación en la historiografía mexicana”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003.

GARCÍA CASTRO, María, “Identidad nacional y nacionalismo en México”, *Sociológica*, México, núm. 21, 1993.

GIMÉNEZ, Gilberto, “Apuntes para una historia de la identidad nacional”. *Sociológica*, México, núm. 21, 1993.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, Roberto y GUTIÉRREZ E., José Luis, “En torno a la redefinición del nacionalismo mexicano”, *Sociológica*, México, núm. 21, 1993.

HÉRITIER-AUGÉ, Françoise, “La sangre de los guerreros y la sangre de las mujeres”, *Alteridades*, México, núm. 2, 1991.

JATAHY PESAVENTO, Sandra, “Memoria, historia y ciudad: lugares en el tiempo; momentos en el espacio”, *Anuario de Espacios Urbanos*, México, 2002-2003.

ORTEMBERG, Pablo, “Algunas reflexiones sobre el derrotero social de la simbología republicana en tres casos latinoamericanos. La construcción de las nuevas identidades políticas en el siglo XIX y la lucha por la legitimidad”, *Revista de Indias*, Madrid, vol. LXIV, núm. 232, 2004.

PAOLI, Antonio, “La semiosis mitológica”, *Tramas*, núm. 4, 1992.

PÉREZ VEJO, Tomás, “La construcción de las naciones como problema historiográfico: el caso del mundo hispánico”, *Historia Mexicana*, México, vol. LIII, núm. 2 (210), 2003.

QUIJADA, Mónica, “‘Hijos de los barcos’ o diversidad invisibilizada? La articulación de la población indígena en la construcción nacional argentina (siglo XIX)”, *Historia Mexicana*, vol. LIII, núm. 2 (210), México, 2003.

_____, “Nación y territorio: la dimensión simbólica del espacio en la construcción nacional argentina. Siglo XIX”, *Revista de Indias*, Madrid, vol. LX, núm. 219, 2000.

RODRÍGUEZ O., Jaime E., “La emancipación de América”, *Secuencia*, México, núm. 49, 2001.

SERRET, Estela, “Leyendo la identidad nacional en el discurso de Octavio Paz”, *Sociológica*, México, núm. 21, 1993.

ZÁRATE TOSCANO, Verónica, “El lenguaje de la memoria a través de los monumentos históricos en la ciudad de México (siglo XIX)”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, núm. 1-2001, en <http://nuevomundo.revues.org/document214.html> (6 de marzo de 2006).

LOS NUEVOS DESARROLLOS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA¹

SUMARIO: I. *Derecho comunitario, naturaleza, caracteres y diferencias con respecto al derecho internacional y al derecho interno de los Estados.* II. *La integración centroamericana.* III. *Retos y desafíos.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias documentales.* VI. *Siglas.*

I. DERECHO COMUNITARIO, NATURALEZA, CARACTERES Y DIFERENCIAS CON RESPECTO AL DERECHO INTERNACIONAL Y AL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

El derecho comunitario se ha definido como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por los tratados constitutivos de los procesos de integración entre los Estados, y las normas emanadas de las instituciones creadas por esos procesos. El proceso de integración se califica como comunitario cuando está dotado de órganos supranacionales que generan un derecho propio.

El derecho comunitario puede ser originario y derivado. Es originario el que está integrado en los tratados constitutivos o fundacionales celebrados entre los Estados miembros en un proceso de integración, y derivado, el que se encuentra establecido en las normas emanadas de las instituciones que crean estos tratados.

El derecho comunitario se caracteriza por su supremacía, debido a que sus normas son soberanas; es decir, a ellas se ajustan todas, no solo las comunitarias, sino también las internas de cada uno de los Estados. Por ser un derecho supremo debe tener una interpretación y aplicación uniforme. El primer modelo de integración de carácter supranacional fue el europeo.

¹ Abogada y notaria de El Salvador. Embajadora de carrera. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA); directora general adjunta de Soberanía e Integridad Territorial a. h. Ministerio de Relaciones Exteriores. República de El Salvador.

La organización comunitaria se caracteriza por ser un conjunto de normas que regulan la competencia, las relaciones jerárquicas, las situaciones jurídicas y la actuación y control de los órganos que ejercen funciones comunitarias. En esta organización, los procesos de integración se caracterizan por la existencia de órganos supranacionales que generan un derecho propio común de la Organización. Este sistema de organización comunitaria puede darse en una asociación; cuando el vínculo que se crea entre los Estados está destinado a facilitar el flujo de comercio, con miras al establecimiento de un mercado común; en una comunidad, cuando los Estados miembros delegan facultades en órganos superiores implicando un proceso de supremacía y en una Unión; cuando los Estados delegan facultades legislativas y jurisdiccionales a favor de organismos supranacionales, lo que implica unificación legislativa y de políticas monetarias, fiscales, laborales, sociales, etcétera.

El derecho comunitario se diferencia del derecho de internacional, en cuanto su naturaleza jurídica; el derecho comunitario está constituido por normas supranacionales, sobrepasando de esta manera al derecho internacional, ya que sus normas se dirigen directamente a los individuos, sin ser transformados en normas internas; no necesitan el proceso de recepción del derecho; es decir, la incorporación en el ordenamientos jurídico nacional. El Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales ha definido a la supranacionalidad como la “Aptitud o competencia de un Órgano Internacional o Comunitario para tomar decisiones *Erga Omnes* que afecten relaciones exteriores o asuntos internos del Estado”. Sus fuentes son diferentes a las del derecho internacional, ya que estas pueden ser primarias, cuando se originan en los tratados constitutivos o fundacionales, y secundarias, si se originan en los órganos propios de las comunidades.

Con relación al derecho interno de los Estados, existe una primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros. La atribución de competencias legislativas, administrativas y judiciales a órganos supranacionales sobre bases de equidad y reciprocidad no menoscaba la soberanía, sino por el contrario, constituye un acto soberano en beneficio de la comunidad regional de Estados.

Derecho comunitario en Centroamérica

Todas las Constituciones de los países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) permiten, ya sea directa o indirectamente, la transferencia de competencias a órganos o instituciones comunitarias. Los principios fundamentales en el derecho comunitario centroamericano

son los siguientes: el principio de los derechos humanos como base del sistema; los principios de identidad y solidaridad centroamericana; el principio de la buena fe de los Estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones; los principios de seguridad jurídica y de solución pacífica de las controversias y el respeto a los principios de las cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA).²

Constituirían sujetos de derecho comunitario centroamericano la misma comunidad centroamericana, constituida por los Estados miembros, los Estados asociados, los órganos e instituciones del sistema de la integración centroamericana y la persona humana como parte del *jus standi* centroamericano.

II. LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

1. *Antecedentes generales*

La región centroamericana nace a la vida independiente el 15 de septiembre de 1821, y luego se constituye en una República Federal de 1821 a 1838, compuesta por cinco Estados: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. El territorio donde se asentaba lo comprendía el antiguo Reino de Guatemala. El 22 de noviembre de 1824 se promulgó la Constitución de la República Federal de Centroamérica, y el gobierno de la República federal se componía de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, habiendo por lo tanto en los orígenes de esta región una verdadera integración política; luego vinieron intereses separatistas de algunos Estados, lo que produjo la disolución efectiva de la Federación en 1838. Durante el siglo XIX hubo muchos intentos unionistas de volver a la Federación, pero no pudieron consolidarse, e igual suerte corrieron muchos intentos que surgieron a inicios del siglo XX.

A. *Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA)*

La iniciativa centroamericana de encontrar una fórmula práctica de organización en el siglo XX partió del ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador, Roberto Canessa, quien convocó a una reunión de ministros de relaciones exteriores de Centroamérica, la que se inauguró solemnemente

² Artículos 3 y 4 del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos, 13 de diciembre de 1991.

en San Salvador el 8 de octubre de 1951. En la sesión, los ministros manifestaron: “No se podrá obtener de esta primera Conferencia de Cancilleres una solución completa sobre un determinado problema, para ello necesitamos la creación de un Organismo que se encargue permanentemente de buscar soluciones adecuadas, es la única solución práctica para todos aquellos que tenemos la última decisión de llegar a la unión de nuestros Estados por medio del progreso y la cooperación pacífica entre ellos”.³ Es así como esta reunión dio nacimiento el 14 de octubre de 1951 a la “Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA)”, conocida como “Carta de San Salvador”, suscrita por Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua; la nueva Organización fijó como sede la ciudad de San Salvador.

La institucionalidad de la ODECA se desarrolló de la forma siguiente: la Reunión de Presidentes, que es el órgano supremo de la Organización, integrado por los cinco presidentes de las Repúblicas Centroamericanas; la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, órgano principal de la Organización; la Reunión Eventual de Ministros de otro Ramo, que se convoca por interés de alguno de los Estados miembros; la Oficina Centroamericana constituye la Secretaría General de la Organización, y tiene su sede en la capital de la República de El Salvador; al frente de ella está un secretario general elegido por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo Económico, cuyas funciones son señaladas por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.⁴ El único órgano permanente de la Carta de San Salvador; es decir, de la ODECA, lo constituyó la Oficina Centroamericana, por lo que su evolución no marchó con la celeridad deseada; no obstante, todas las esperanzas estaban volcadas en ella a fin de fortalecer las relaciones centroamericanas que llevarían hacia la Unión.

En este mismo periodo, al mismo tiempo que se buscaba mayor vinculación política mediante la creación de la ODECA, también se procuraba una mayor vinculación económica, y es así como durante el IV Periodo de Sesiones de la Comisión Económica para la América Latina (CEPAL), efectuado en 1951, se acordó, a solicitud de los gobiernos centroamericanos, la formación de un Comité de Cooperación Económica del Istmo Centroamericano, en vista de los vínculos geográficos e históricos que unen a Centroamérica. Este Comité se reunió por primera vez en Tegucigalpa, Honduras, del 23 al 28 de agosto de 1952, iniciando de esta manera el proceso de integración

³ La Unión de Centroamérica, Alberto Herrarte, 1964, Guatemala.

⁴ Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA), 14 de octubre de 1951, “Carta de San Salvador”.

económica centroamericana, con objeto de alcanzar un verdadero mercado común centroamericano. En dicha reunión se estableció la necesidad de integrar las economías de Centroamérica, y para lograr la misma, esta debería darse en forma gradual y progresiva. Esto nos lleva a la creación del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, suscrito el 13 de diciembre de 1960 en Managua, Nicaragua, el que crea el Consejo Económico Centroamericano, integrado por los ministros de economía de cada uno de los Estados miembros; la Secretaría Permanente de Integración Económica Centroamericana (SIECA), con sede en Guatemala, y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), con sede en Tegucigalpa, Honduras. El Tratado estableció las bases para llegar a un mercado común centroamericano en un plazo de cinco años a partir de la vigencia del Convenio.

Asimismo, se estipuló “que los organismos creados por el mismo entrarán a formar parte de la Organización de Estados Centroamericanos, mediando un Convenio de vinculación y de reestructuración de la ODECA, que permita a los Organismos creados por este Tratado conservar todas las modalidades de que han sido dotados en su estructura y funcionamiento”.⁵ Otra disposición importante del Tratado fue la de establecer en un plazo de cinco años la unión aduanera. Por esta velocidad que llevaba la integración económica, hubo necesidad de adecuar la integración política, ya que una integración económica para que pueda ser perdurable debe ir de la mano de cierto grado de integración política, debido a que la sola integración económica sin la perspectiva de una unidad política puede llevar a una carrera competitiva de desastrosas consecuencias para los Estados asociados.

En este sentido, el 12 de diciembre de 1962, en la ciudad de Panamá, República de Panamá, los gobiernos de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala deciden sustituir la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos suscrita el 14 de octubre de 1951, conocida como “Carta de San Salvador”, por la “Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos”, conocida posteriormente como “Carta de Panamá”; no obstante, el artículo 30 de la misma disponía que el Convenio conservará el nombre de “Carta de San Salvador”, estableciendo “Que es necesario dotar a los cinco Estados de un instrumento más eficaz, estableciendo órganos que aseguren su progreso económico y social, eliminan las barreras que los dividen, mejoren en forma constante las condiciones de vida de sus pueblos, garanticen la estabilidad y la expansión de la industria y

⁵ Tratado General de Integración Económica Centroamericana, del 13 de diciembre de 1960.

confirmen la solidaridad centroamericana”.⁶ En la Carta se determina que Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala son una comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica. Esta Carta quedó abierta a la República de Panamá para que en cualquier tiempo pueda adherirse a la misma y formar parte de la ODECA.

En estas nuevas circunstancias, el comercio intrazonal centroamericano había experimentado un constante crecimiento debido al mercado común; sin embargo, a partir de 1969 la crisis entre El Salvador y Honduras debilitó estas organizaciones, lo que provocó problemas serios y una virtual paralización del proceso integrador; para salir del *impasse* se creó el Comité de Alto Nivel (CAN) formado por representantes de los cinco países a nivel ministerial y el 23 de marzo de 1976 presentó el Proyecto de “Tratado de la Comunidad Económica y Social Centroamericana”, por el cual la integración debería realizarse en un plazo de veinticinco años, en forma gradual y progresiva, teniendo como etapas intermedias el llegar a una unión aduanera, una unión monetaria, la libre circulación de trabajo y de prestación de servicios, una armonización tributaria, una política económica exterior común, entre otras.

En la práctica existían dos procesos: uno político, bajo la coordinación de la ODECA, con sede en San Salvador, y otro económico, diseñado en el Tratado General de Integración Económica, con sede en Guatemala, que llevaba una mayor velocidad, lo que provocó que el proceso de integración económica avanzara en la región, no sucediendo lo mismo con el proceso político de unificación que llegó a paralizarse.

B. *Proceso de Esquipulas*

Posteriormente, a finales de la década de 1970, en varios Estados de Centroamérica se dan una serie de conflictos internos, por lo cual se hizo necesario pacificar la región, lo que fue posible a través de la ayuda internacional y de la voluntad política de los Estados centroamericanos. Es en este marco donde nace el “Proceso de Contadora” y el “Proceso de Esquipulas”, cuando a partir de 1980 Centroamérica experimentaba cambios profundos sin precedentes, y atraviesa uno de los procesos políticos, sociales y económicos de mayor intensidad en toda su historia. Es precisamente en esta época cuando se desarrolló el proceso de pacificación y democratización en Centroamérica, que inició prácticamente en 1986, con el “Proceso de Esquipulas”, que recogió todo el producto de un intenso periodo de nego-

⁶ Carta de la Organización de Estados Centroamericanos del 12 de diciembre de 1962.

ciaciones auspiciado por el “Grupo de Contadora” integrado por México, Venezuela, Colombia y Panamá, al cual se le unió su “Grupo de Apoyo”, constituido por Perú, Argentina, Brasil y Uruguay en la búsqueda de una salida negociada a la crisis regional, contando con el respaldo de la OEA y de la ONU, el que quedó plasmado en el “Proyecto de Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica”.

Es por esta razón que en la “Declaración de Esquipulas I”, del 25 de mayo de 1986, se reconoció la necesidad de obtener la paz en Centroamérica en los términos siguientes:

sólo puede ser fruto [la paz] de un auténtico proceso democrático, pluralista y participativo que implique la promoción de la justicia social, el respeto a los derechos humanos y la autodeterminación centroamericana, la soberanía e integridad territorial entre los Estados y el derecho de todas las Naciones a determinarse libremente y sin injerencias externas de ninguna clase, su modelo económico político y social, entendiéndose esta determinación como el producto de la voluntad libremente expresada por pueblos.⁷

Este compromiso se ratificó el 6 y 8 de agosto de 1987, en el procedimiento para establecer la “Paz Firme y Duradera en Centroamérica”, donde fue reiterado el compromiso de la democratización de los gobiernos y que recoge las recomendaciones del Grupo de Contadora, de Esquipulas I y se fundamenta además en los propósitos y principios establecidos en la Carta de la ONU y en la Carta de la OEA.

Es así como el “Proceso de Esquipulas” marcó en esta época la historia política de Centroamérica, por cuanto permitió la pacificación regional y propició una nueva etapa hacia la democratización y el afianzamiento del Estado de derecho; sentando la premisa de que la democracia es inseparable del desarrollo, de la paz y de la libertad. Es en este proceso, que los centroamericanos convenimos en un nuevo modelo de “seguridad democrática común”, basado en el respeto y la promoción de los derechos humanos, las garantías básicas de un Estado de derecho, la seguridad de las personas y sus bienes, la reducción de armamentos y efectivos militares y la búsqueda de un desarrollo social con equidad.

Para la puesta en marcha de todos los compromisos asumidos en este Proceso de Esquipulas, los presidentes de Centroamérica crearon la “Comisión Ejecutiva”, integrada por los ministros de relaciones exteriores de los Estados centroamericanos, que tenía como función principal la verificación, el control y el seguimiento de todos los compromisos contenidos en este

⁷ Declaración de Esquipulas I, del 25 de mayo de 1986, República de Guatemala.

proceso. En este ambiente de identidad y solidaridad regional se concibió la idea de crear una “Comunidad del Istmo Centroamericano”, en la cual todos debemos participar, de forma que avancemos con una convicción ampliamente compartida de la necesidad de una Centroamérica unida, con una participación plena de la población en los esfuerzos y beneficios de ese desarrollo.⁸

Es así como en la “Declaración de Antigua”, República de Guatemala, los días 15, 16 y 17 de junio de 1990, los presidentes de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y con la presencia del presidente de Panamá, expresaron lo siguiente:

Que para crear una Comunidad Económica del Istmo Centroamericano, todos debemos participar, que nadie se quede atrás, por ello instamos a los diferentes grupos privados, asociaciones, cooperativas y organizaciones gremiales, sindicales, religiosas, culturales y de desarrollo, a los medios de comunicación y a toda nuestra población, para que a todos sus niveles, se sumen creativa y conjuntamente en sus respectivos campos de competencia y actuación a estos esfuerzos... [y en esa misma Declaración en su numeral 26 acordaron] Reestructurar, fortalecer y reactivar el proceso de integración, así como los Organismos regionales centroamericanos, adecuando o rediseñando su marco jurídico e institucional para imprimirlles renovado dinamismo y facilitar su readaptación a las nuevas estrategias de apertura externa y modernización productiva que emprenden los países centroamericanos, aspirando a la conformación y consolidación de la Comunidad Económica del Istmo Centroamericano.⁹

Tomando en cuenta lo anterior, en la “Declaración de San Salvador”, de junio de 1991, los presidentes de Centroamérica instruyeron a la Comisión Ejecutiva para que en un plazo de seis meses actualizaran el marco jurídico de la ODECA, readecuándolo a la realidad y a las necesidades actuales, para alcanzar efectivamente la integración centroamericana.¹⁰

Es bajo este mandato y con la necesidad de contar con nuevos y modernos instrumentos jurídicos que reflejaron la nueva etapa de la integración centroamericana como una “Comunidad Económica, Política y Social”, la Comisión Ejecutiva decidió actualizar la Carta de la ODECA, suscrita en San Salvador el 14 de octubre de 1951, y reformada el 12 de

⁸ *El libro de Centroamérica (un instrumento cívico de los pueblos)*, Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA), Secretaría General de la Integración Centroamericana (SICA), 1999.

⁹ Declaración de Antigua, Guatemala, del 15, 16 y 17 de junio de 1990.

¹⁰ Declaración de San Salvador, de junio de 1991.

diciembre de 1962 en Panamá, por medio del “Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA”, y signado por los presidentes centroamericanos el 13 de diciembre de 1991, creándose el “Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)” como el nuevo marco jurídico institucional de la integración Centroamericana, el cual fue anunciado en la “Declaración de Tegucigalpa” del 12 y 13 de diciembre de 1991, la que en su numeral 4 acordó lo siguiente:

... celebrar el acontecimiento trascendental, en las relaciones de los Estados Centroamericanos, al haber firmado, en esta ciudad, el Protocolo de Reforma de la Carta de la ODECA constituyendo el ‘Sistema de la Integración Centroamericana’ que enmarca toda la estructura orgánica de la región para realizar la integración en todos sus ámbitos, asegurando el seguimiento de las decisiones de la Reunión de Presidentes y coordinando la ejecución de las mismas en la perspectiva de la realización de Centroamérica como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.¹¹

2. *El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)*

La creación del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) representa la consagración de la visión más pragmática y futurista de los estadistas centroamericanos en la óptica de lograr la integración y el desarrollo, como resultado de los esfuerzos de una democracia participativa regional, cuyos frutos estén al servicio y utilidad del hombre y la mujer centroamericanos, proyectándose como la nueva organización regional diseñada para responder a las necesidades actuales del desarrollo.¹² En esta coyuntura, se hace necesario contar con un moderno marco jurídico institucional para el proceso de integración centroamericana, que recoja los principios y los compromisos fundamentales asumidos durante todo el “Proceso de Esquipulas”, con objeto de llevar a Centroamérica hacia un modelo de paz, libertad, democracia y desarrollo; el proceso de integración en esta nueva etapa se inició prácticamente a través de la integración política.

Es precisamente en el “Protocolo de Tegucigalpa” donde se reafirma que la razón de ser del nuevo proceso de integración regional es la promoción de la persona humana, y que así como la democracia es inseparable para el desarrollo, asimismo el desarrollo económico es inseparable del desarrollo social, cultural, político y ecológico, y para lograrlo es necesaria la participación de todos los sectores sociales. El Protocolo de Tegucigalpa es

¹¹ Declaración de Tegucigalpa, del 12 y 13 de diciembre de 1991.

¹² Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Comisión Preparatoria, 1993.

el molde que dio forma jurídica a la nueva Centroamérica, al recoger las experiencias, principios, objetivos y anhelos contraídos por los presidentes centroamericanos durante el “Proceso de Esquipulas”.

El SICA es la expresión de la transformación que se ha implementado en Centroamérica desde 1991, y es la estructura jurídica e institucional del nuevo proceso de integración. El “Protocolo de Tegucigalpa” tiene el alcance de una Constitución regional; siendo el Tratado Constitutivo Marco de la Integración Centroamericana, el instrumento de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana, de la naturaleza que sea anterior o posterior al mismo. En su artículo 1 se establece que “Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, son una Comunidad Económica-Política que aspira a la integración de Centroamérica”.¹³ Centroamérica ha optado desde el 13 de diciembre de 1991, por un eje estratégico de desarrollo integral en lo económico, social, cultural, político y ecológico, y tiene como base fundamental la tutela, el respeto y la promoción de los derechos humanos; cuenta con un innovador “Modelo de Seguridad Democrática Regional”, en donde se crean las condiciones apropiadas para que los habitantes de la región puedan participar y beneficiarse equitativamente de este desarrollo.

El SICA actualmente está integrado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Belice; la República Dominicana participa como Estado asociado al sistema. Su diseño tomó en cuenta las experiencias del pasado en materia de integración económica, así como las lecciones dejadas por las crisis políticas y los conflictos bélicos, felizmente superados en nuestros países, lo que ha contribuido a convertir a Centroamérica en una región más abierta, más ordenada, más democrática y más global, al abarcar los aspectos económicos, sociales, culturales, políticos, ecológicos, y al promover el desarrollo integral en forma armónica y equilibrada. La creación y entrada en vigencia del SICA, a través del Protocolo de Tegucigalpa, confirma el fortalecimiento de las instituciones democráticas en la región, así como el concretar el nuevo “Modelo de Seguridad Regional” de connotaciones profundamente humanistas, ya que está estrechamente vinculado al desarrollo de la persona humana.

El SICA es la estructura jurídica e institucional del nuevo proceso de integración centroamericana, y el “Protocolo de Tegucigalpa”, que lo instituye, es el instrumento de mayor jerarquía del Sistema, pues todos los demás instrumentos, tratados, acuerdos o decisiones regionales están supeditadas al mismo. Para la realización de sus fines, propósitos y principios, el SICA

¹³ Artículo 1 del Protocolo de Tegucigalpa.

cuenta con los siguientes órganos:¹⁴ a) la Reunión de Presidentes (se integra por los presidentes constitucionales y jefes de gobierno de los Estados miembros); b) el Consejo de Ministros; c) el Comité Ejecutivo; d) la Secretaría General. Adicionalmente forman parte de la institucionalidad del SICA las siguientes instancias:

- La Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República, como órgano de asesoría y consulta.
- El Comité Consultivo, que está integrado por los sectores empresariales, laboral, académico y otras principales fuerzas vivas del istmo centroamericano representativos de los sectores académicos, sociales y culturales, comprometidos con el esfuerzo de integración de la región.

El Parlamento Centroamericano, que es el primer órgano que nace en el nuevo proceso de la integración centroamericana, el 6 de octubre de 1987 en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala, en donde se suscribe el “Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas”, en el cual en su artículo 1 se establece “Que el Parlamento Centroamericano es un Órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común, con el fin de lograr una convivencia pacífica dentro de un marco de seguridad y bienestar social, que se fundamente en la democracia representativa y participativa, en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al derecho internacional”.¹⁵

La Corte Centroamericana de Justicia es el órgano judicial principal y permanente del SICA, que garantiza el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o derivados del mismo, cuya jurisdicción y competencias regionales son de carácter obligatorio para los Estados miembros, siendo además el órgano contralor de la legalidad del sistema. La integración, funcionamiento y atribuciones de esta Corte están regulados en su Convenio de Estatuto, del 10 de diciembre de 1992. La Corte Centroamericana de Justicia constituye un “Poder jurisdiccional” para los países centroamericanos; tiene como principal antecedente la Corte de Justicia Centroamericana, creada por los “Pactos de Washington de 1907”, que constituyeron la culminación de los esfuerzos pacifistas en la región centroamericana, luego de un perio-

¹⁴ Artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa.

¹⁵ Artículo 1 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas.

do de frecuentes guerras entre sus Estados. La Corte inició sus funciones en mayo de 1908, en la ciudad de Cartago, Costa Rica. La importancia de esta Corte es no solamente para la región centroamericana, sino también para la comunidad internacional; constituye el primer tribunal de justicia internacional con jurisdicción obligatoria y permanente de la historia moderna, y consagró por primera vez el acceso de los particulares a las cortes internacionales (*jus standi* de los particulares), estableciéndose de esta manera una de las conquistas más importantes del derecho internacional, derecho que también es regulado en la actual Corte Centroamericana de Justicia con sede en Managua, Nicaragua.

La Corte Centroamericana de Justicia fue establecida en el artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa, y su convenio de estatuto fue suscrito en la “XIII Cumbre de Presidentes Centroamericanos”, celebrada en Panamá, República de Panamá, el 10 de diciembre de 1992, e inició sus funciones el 12 de octubre de 1994. La Corte Centroamericana de Justicia, conforme a su Estatuto, es el órgano judicial principal y permanente del Sistema de la Integración Centroamericana, cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados; constituye además un órgano supranacional, que permite resolver los problemas propios del sistema en forma pacífica y civilizada y con jurisdicción privativa para los Estados del istmo. Asimismo, la Corte tiene competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tiene efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el SICA, y para sujetos de derecho privado.¹⁶ La Corte tiene su sede en Managua, República de Nicaragua, donde funciona permanentemente, pero puede celebrar sesiones en cualquiera de los Estados miembros si así lo acuerda.

La garantía de salvaguardia de la comunidad centroamericana y del equilibrio de poderes descansa en un poder jurisdiccional fuerte y universal, capaz de interpretar y aplicar uniformemente el derecho regional y resolver jurídicamente las diferencias con valor definitivo e inapelable. De esta manera, el “Protocolo de Tegucigalpa” crea la nueva visión de Centroamérica como una región de “Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo”. El SICA es una región de paz, porque actualmente las diferencias se resuelven por los medios de solución pacífica de los conflictos; de democracia, porque priva la participación ciudadana y el respeto a la voluntad popular, expresada en elecciones libres y periódicas; asimismo, es un principio de libertad, ya que aspira a consolidar todas las libertades de la integración; esto es, libre mo-

¹⁶ Artículo 3 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, del 10 de diciembre de 1992.

vilidad de personas, bienes, servicios y capital; de desarrollo, basada en un esquema político, económico y social, equilibrado e interdependiente, centrado en el ser humano y capaz de generar un mejoramiento de la calidad de vida, sin deteriorar el medio ambiente.

Bajo este nuevo esquema, la Centroamérica de hoy en día cuenta con reuniones periódicas de presidentes centroamericanos y jefes de gobierno, instituidas en sus “Reuniones Cumbres”; con reuniones de consejos de ministros; con un Parlamento Centroamericano; con una Corte Centroamericana de Justicia; con una Secretaría General Comunitaria, y con una sociedad civil organizada. Esto ha facilitado para que Centroamérica se presente con una sola voz ante los foros y organismos internacionales; es en este sentido que el 12 de octubre de 1995 la ONU le concedió al SICA el estatus de observador en la ONU,¹⁷ con lo cual Centroamérica, como región, ha logrado el reconocimiento universal como un nuevo actor en la escena internacional.

3. Instrumentos del Sistema de Integración Centroamericana

Siendo el “Protocolo de Tegucigalpa” el tratado constitutivo marco del Sistema de la Integración Centroamericana y el instrumento de mayor jerarquía en el mismo, con el alcance de una constitución regional, es la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana, de la naturaleza que sea anterior o posterior al mismo. En ese sentido, todos los instrumentos complementarios o derivados del protocolo tienen que ser acordes con sus propósitos y principios.

Entre los instrumentos complementarios o derivados más importantes y posteriores al “Protocolo de Tegucigalpa” tenemos:

a) El Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, suscrito en Panamá, durante la “Cumbre de Presidentes”, el 10 de diciembre de 1992, al que ya se ha hecho referencia, y que tiene como objetivo garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa, así como de sus instrumentos complementarios y derivados.

b) El Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 1960, conocido como “Protocolo de Guatemala” porque fue suscrito en la Cumbre de Presidentes de Guatemala el 29 de octubre de 1993, por el que se establece el Subsistema de Integración Económica Centroamericana en el marco del SICA, por el cual los Estados partes del

¹⁷ Informe del Secretario General A/50/499, octubre de 1995 de la Organización de las Naciones Unidas.

mismo se comprometen a alcanzar de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva la Unión Económica Centroamericana. Para la consecución de este objetivo básico, los Estados de la región se han comprometido a alcanzar el desarrollo económico, social, equitativo y sostenible de sus países, que se traduzca en bienestar de sus pueblos y en crecimiento de todos los Estados miembros, mediante un proceso que permita la transformación y modernización de las estructuras productivas, eleve la competitividad y logre la inserción eficiente y dinámica de Centroamérica en la economía internacional.

El proceso de integración económica se impulsa mediante la coordinación, armonización y convergencia de las políticas económicas, negociaciones comerciales extrarregionales, infraestructura y servicios, con el fin de lograr la concreción de las diferentes etapas de la integración. El proceso de integración económica se regula por el “Protocolo de Guatemala”, en el marco del ordenamiento jurídico e institucional del SICA, el que es desarrollado mediante instrumentos complementarios o derivados.¹⁸

El subsistema de la integración económica se ajusta a los principios de legalidad; consenso; gradualidad; flexibilidad; transparencia; reciprocidad; solidaridad; globalidad; simultaneidad y complementariedad. Este proceso de integración económica debe transitar por el perfeccionamiento de los siguientes estadios: la zona de libre comercio centroamericana; las relaciones comerciales externas; la Unión Aduanera Centroamericana; la libre movilidad de los factores productivos y la integración monetaria financiera centroamericana.

c) La Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), que se adoptó el 12 de octubre de 1994 en Managua, Nicaragua, durante la “Cumbre de Presidentes Centroamericanos”, como una estrategia nacional y regional en lo político, económico, social, cultural y ambiental; tiene entre sus objetivos específicos el apoyo a los procesos de paz y reconciliación, la promoción de la plena vigencia de los derechos humanos, el fortalecimiento del Estado de derecho y las instituciones democráticas, el combate contra la corrupción y la impunidad, el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y electoral, el combate de las causas que originan la violencia y la criminalidad, la reinserción de la población refugiada, desplazada y desarraigada en un entorno centroamericano, seguro y estable. La ALIDES le dio una visión más integral al “Modelo de Seguridad Democrática Regional”.¹⁹

¹⁸ Artículo 1, Protocolo de Guatemala, del 29 de octubre de 1993.

¹⁹ Compromiso de la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES) en materia de seguridad regional, 12 de octubre de 1994, Managua, Nicaragua.

Bajo esta nueva opción de una estrategia integral de desarrollo sostenible de la región, Centroamérica ha construido un paradigma de progreso político, económico y social, equilibrado e interdependiente, centrado en el ser humano, y capaz de propiciar un mejoramiento de la calidad de vida, sin deteriorar el medio ambiente. En este nuevo esquema es fundamental mantener interrelacionados la integración con el desarrollo sostenible y darle al medio ambiente un nivel de importancia igual a los otros objetivos específicos del sistema, por lo que el “desarrollo sostenible” constituye la estrategia política central de los Estados y de la región centroamericana en su conjunto. Con este nuevo esquema de “desarrollo sostenible”, el proceso de integración en Centroamérica tiene como principios rectores los siguientes: el respeto a la vida en todas sus manifestaciones y la mejora permanente de su calidad; el respeto a la vitalidad y a la diversidad de nuestra tierra; el respeto a la paz y a la democracia participativa; el respeto, promoción y tutela de los derechos humanos; el respeto a la pluriculturalidad y a la diversidad étnica de los pueblos; el respeto a la integración económica de la región y de esta con el resto del mundo, y el respeto a la intergeneracional con el desarrollo sostenible.²⁰

Al convertirse a la ALIDES en una estrategia integral propia de desarrollo sostenible, ha llevado a Centroamérica a crear su propio concepto de “desarrollo sostenible”, siendo este el siguiente:

El Desarrollo Sostenible es un proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo y que se sustenta en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región. Este proceso implica el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local, así como el fortalecimiento y la plena participación ciudadana, en convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras.²¹

d) El Tratado de la Integración Social Centroamericana, conocido como “Tratado de San Salvador”, por haber sido suscrito en El Salvador, el 30 de marzo de 1995, durante la “Cumbre de Presidentes”; por este Tratado se constituye el Subsistema Social de la Integración Centroamericana, y se fundamenta en la premisa de que el ser humano constituye el centro y

²⁰ Principio de la Alianza para el Desarrollo Sostenible, 12 de octubre de 1994, Managua, Nicaragua.

²¹ Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible de 12 de octubre de 1994, Managua, Nicaragua.

el sujeto primordial del desarrollo, cuyo fin es promover mayores oportunidades y una mejor calidad de vida y de trabajo a la población centroamericana, asegurando su participación plena en los beneficios del desarrollo sostenible.²²

e) El Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, suscrito en San Pedro Sula, Honduras, durante la “Cumbre de Presidentes”, el 15 de diciembre de 1995; por este Tratado se concretó el “Nuevo Modelo de Seguridad Regional”, único, integral e indivisible, inspirado en los logros alcanzados en el intenso proceso de pacificación e integración de Centroamérica, y fundamentado en el desarrollo sostenible de la región. Está fundamentado en un enfoque multidimensional, que cubre aspectos políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; orientando cada vez más sus recursos a la inversión social, y ofrece respuestas colectivas a las amenazas transnacionales. Este nuevo “Modelo de Seguridad Regional” en Centroamérica, basado en la democracia y en connotaciones profundamente humanistas, es lo que le permitió a Centroamérica avanzar desde una agenda para la paz, hacia una agenda para el desarrollo humano y sostenible.

La Agenda de Seguridad Centroamericana está fundamentada en el mencionado “Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica” y en el funcionamiento de su “Modelo de Seguridad Regional”, con un enfoque multidimensional de la seguridad, lo que nos permite a los centroamericanos continuar avanzando regionalmente, enfrentando las nuevas amenazas, retos y desafíos que se plantean a la seguridad hemisférica e internacional; consolidar la paz y la seguridad en la región, teniendo como parámetros rectores en este proceso nuestra fe por la democracia, el desarrollo y la integración.

En este sentido, en la “Conferencia Especial sobre Seguridad Hemisférica”, celebrada en México el 27 y 28 de octubre de 2003, se adoptó la Declaración sobre “el Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática”, en la que se destacan “las sustantivas contribuciones del Sistema de la Integración Centroamericana al esquema de Seguridad Hemisférica, así como los avances alcanzados en el desarrollo integral de su Modelo de Seguridad Democrática”.²³ El Tratado Marco de Seguridad Democrática viene a constituir el instrumento jurídico que permite desarrollar en forma integral todos los aspectos contenidos en el “Nuevo Modelo de Seguridad Democrática”, fundamentado en la democracia, el fortalecimiento de sus

²² Artículo 6, literal B, Tratado de la Integración Social Centroamericana.

²³ Declaración Especial de la Conferencia Especial sobre Seguridad Hemisférica de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del 27 y 28 de octubre de 2003.

instituciones y el Estado de derecho, en cuyo origen se fundamenta la existencia de gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto, así como en el irrestricto respeto de todos los derechos humanos en los Estados que conforman la región.

Este nuevo “Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática” se sustenta también en la supremacía y el fortalecimiento del poder civil, el balance razonable de fuerzas, la seguridad de las personas y sus bienes, la superación de la pobreza, la promoción del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas.²⁴

Por otra parte, entre los instrumentos más importantes anteriores al “Protocolo de Tegucigalpa” y suscritos durante el Proceso de Esquipulas tenemos:

a) El Tratado Constitutivo al Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, suscrito en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala, el 6 de octubre de 1987, y al cual nos hemos referido anteriormente como el primer instrumento que nace en el nuevo proceso de integración centroamericana, y por el cual se constituye el “Parlamento Centroamericano” como órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales, que se fundamentan en la democracia representativa y participativa, así como en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al derecho internacional.²⁵

b) El Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, suscrito en San José, Costa Rica, el 12 de diciembre de 1987, durante la “Cumbre de Presidentes” de San Isidro Coronado; por medio de este Convenio, los Estados centroamericanos establecen un régimen regional de cooperación para la utilización óptima y racional de los recursos naturales del área, el control de la contaminación y el restablecimiento del equilibrio ecológico, para garantizar una mejor calidad de vida a la población del istmo centroamericano. Asimismo, por este Convenio se crea “la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD)”, encargada de la formulación de estrategias que promuevan el desarrollo ambientalmente sustentable de los países de la región, que protejan su patrimonio natural, caracterizado por una alta diversidad biológica, y tiene como responsabilidad esencial el propiciar la integración regional en materia de política ambiental.

²⁴ Artículo 1 del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica del 15 de diciembre de 1995.

²⁵ Artículo 1 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas.

4. *La Centroamérica de hoy*

Centroamérica ha cambiado y está equipada de un bagaje de autodeterminación histórica y futurista; cuenta con nuevos y modernos instrumentos para promover el desarrollo del istmo sobre la base de una plataforma jurídico-política que permita profundizar y proyectar acciones tendientes a la consecución de la democracia y el desarrollo. Con la puesta en vigor del Sistema de Integración Centroamericana, a través del Protocolo de Tegucigalpa, la región ha demostrado su capacidad de decisión, sentando una señal de credibilidad para el futuro, fundamentada en la necesidad de la integración. La Centroamérica de hoy es diferente a la de ayer; está organizada jurídicamente como sistema de la integración centroamericana, creado por su instrumento de mayor jerarquía, con alcance de constitución regional, que es el “Protocolo de Tegucigalpa”. En este sentido, el secretario general de la ONU, en su informe de octubre de 1995 sobre la situación en Centroamérica, al referirse al sistema de la integración centroamericana, expresó “Que el SICA refleja la nueva realidad regional, a saber una Centroamérica más abierta, más ordenada y democrática”.²⁶ La Centroamérica de hoy como región tiene foros de cooperación con la Unión Europea, China, Japón, Corea, presentándose en todos estos foros con una sola voz.

En la XIX Reunión Ordinaria de Presidentes Centroamericanos, celebrada el 12 de julio de 1997 en la ciudad de Panamá, y acompañados esta vez por el presidente de la República Dominicana y el viceprimer ministro de Belice, en calidad de observadores, entre otros, acordaron revisar y fortalecer el proceso de integración centroamericana, en particular la institucionalidad regional en que se sustenta, y con el fin de enfrentar con eficiencia y eficacia los desafíos de la próxima centuria y hacer de esa manera posible la inserción de Centroamérica en las corrientes mundiales de comercio y de inversión, dotándola de la capacidad necesaria para competir con éxito en el nuevo orden mundial que se viene gestando y enfrentar los desafíos internacionales de la globalización. Adicionalmente, puede comentarse que en ese mismo año, en Managua, Nicaragua, el 2 de septiembre de 1997 bajo este nuevo esquema de integración, los presidentes centroamericanos decidieron ir más allá del mismo y suscribir su histórica “Declaración de Nicaragua”, en la que proclamaron al mundo su voluntad de avanzar de una manera gradual y progresiva hacia “La Unión Centroamericana” como expresión superior de la Asociación Comunitaria establecida en el Protocolo de Tegucigalpa. La Unión Centroamericana permitirá que todos los sec-

²⁶ Informe del secretario general A/50/499, octubre de 1965 de la Organización de las Naciones Unidas.

tores sociales de la región aprovechen al máximo la estratégica ubicación geográfica del área, su potencial económico, su vasta riqueza ecológica y su vigoroso y abundante recurso humano en el nuevo orden mundial.

Con este nuevo esquema, y de cara a este siglo, Centroamérica se presenta ante el mundo y a la globalización misma, con objeto de insertarse con éxito al nuevo modelo económico mundial, y mejorar de esta manera sus relaciones comerciales con el exterior; en este sentido, la región centroamericana ha suscrito y ratificado tratados de libre comercio con los Estados Unidos Mexicanos, Chile, Panamá, República Dominicana y con los Estados Unidos de América.

Con objeto de consolidar el proceso de integración centroamericana, durante la “XXIII Cumbre Ordinaria de Presidentes y Jefes de Gobierno del SICA”, celebrada en Belice el 19 de diciembre de 2003, los mandatarios instruyeron a sus cancilleres, evaluar y sugerir adecuaciones a las decisiones presidenciales de Panamá, del 12 de julio de 1997, para que a la brevedad posible presentaran una propuesta de reforma integral de la institucionalidad centroamericana. En ese mismo sentido, la Cumbre Extraordinaria de Presidentes, celebrada en la ciudad de Guatemala el 26 de febrero de 2004, acordó conformar una comisión ad hoc, que se encargara de la elaboración de una propuesta para el “Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana”.

En la “XXIV Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del SICA, celebrada en la ciudad de Guatemala, el 29 de junio de 2004”, con relación al acuerdo presidencial de realizar un “Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana”, mencionada en el párrafo anterior, la comisión ad hoc presentó el documento titulado “Elementos para un Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana”, en el que entre otros objetivos se destaca la necesidad de propiciar la participación universal y uniforme de todos los Estados del sistema en los tratados, órganos y organismos del mismo. En tal sentido, los presidentes acordaron instruir al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores para que tomando en cuenta los elementos planteados por la comisión ad hoc presente un acuerdo consensuado en un plazo de dos meses, en ocasión de la Cumbre Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno del SICA, a realizarse en El Salvador. En dicha Cumbre, el resultado de este replanteamiento fue imprimirle una mayor coherencia y efectividad al sistema de la integración centroamericana, a fin de responder de una manera más eficiente y efectiva a los nuevos retos que se derivan del escenario internacional actual.

El proceso de la integración centroamericana se encuentra actualmente en una etapa de mayor profundización a consecuencia de los mencionados tratados de libre comercio suscritos con varios países, como son Chile, México, Panamá, República Dominicana, Estados Unidos de América, y se enmarcan en la apuesta estratégica de llegar a la etapa final de la Unión Aduanera, con la adopción de un arancel externo común en la región, y por las negociaciones preliminares de un Acuerdo de Cooperación Unión Europea. Lo que confirma que Centroamérica no se equivocó al escoger un regionalismo abierto para coadyuvar con el modelo de desarrollo e integración; esto también ha dado lugar a la participación de todos los países centroamericanos en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

La crisis económica y política que afectó a la región centroamericana en la década de los ochenta provocó que en la época de los noventa se diera la construcción gradual de un nuevo estilo de desarrollo en la región, en el que se aprovecharon tanto las ventajas de una vinculación creciente en la economía mundial como las oportunidades que ofrece la integración entre los países de la región, lo que la diferencia de la integración de los años sesenta, que se fundamentó en la sustitución de importaciones al interior del Mercado Común Centroamericano. En este sentido, el proceso de integración centroamericana ha sido beneficioso para el ámbito económico y comercial de la región tanto en su conjunto como para cada uno de los países que la conforman, teniendo en esta última década el mercado común centroamericano una fuerte expansión; sin embargo, todavía no se han podido superar los rezagos sociales provocados por la crisis de los ochenta en la región; es por ello que una estrategia centrada en el comercio es insuficiente como estrategia de desarrollo, necesitándose una “acción regional multidimensional”, que vaya más allá del comercio. Debe subrayarse que los tratados de libre comercio han contribuido significativamente en la región centroamericana a mejorar la institucionalidad y al adoptar estándares más elevados en el manejo de las disciplinas comerciales, de negocios y de inversiones. Para ello, y de acuerdo con el enfoque de “acción regional multidimensional”, los países centroamericanos están afrontando varios retos y desafíos en su proceso de integración, como la consolidación y profundización democrática, la gobernabilidad (buen gobierno), el fortalecimiento de la institucionalidad de la integración; todo esto con objeto de obtener mayor estabilidad y seguridad jurídica.²⁷

La agenda multidimensional regional centroamericana está comprometida con la paz y la democracia, con el crecimiento económico, con el

²⁷ *La integración centroamericana: beneficios y costos*, SG-SICA y CEPAL, 2004.

desarrollo social y con la sostenibilidad ambiental. En este sentido, el proceso de integración centroamericana ha presentado al mundo la creación de una nueva visión en materia de “desarrollo sostenible” y de “seguridad democrática” surgidos de la propia dinámica regional, razón por la cual la integración centroamericana no puede ser simplemente política, ni simplemente económica, sino concebida de manera multidimensional, para obtener las metas a las que Centroamérica viene aspirando. De tal manera que el proceso de integración centroamericana, con su acción regional multidimensional, ha contribuido de una manera positiva al desarrollo económico, al desarrollo sostenible y a la seguridad democrática de la región, y ha causado impactos favorables sobre el mismo desarrollo.

Los beneficios del libre comercio en la región centroamericana se vinculan principalmente con la generación de inversión y con el fortalecimiento de las instituciones de los países de la región, así como la adopción de disciplinas comerciales y de manejo de inversiones y negocios con estándares más elevados, contribuyendo de esta manera en el fortalecimiento de la institucionalidad de los países centroamericanos, lo que generará mayor capacidad de atraer inversiones a través de un marco jurídico más firme. En este sentido, la incorporación de los países centroamericanos a la OMC ha provocado una readecuación de la normativa comercial con objeto de darle cumplimiento a los compromisos asumidos en ese marco multilateral, como lo es la revisión de los instrumentos jurídicos de la integración regional, así como la adopción de leyes generales para la aplicación de los acuerdos de la OMC.

Estos nuevos retos y desafíos que enfrenta el proceso de integración centroamericana la fortalecen y ponen a prueba una vez más sus principios y valores compartidos, que nos llevarán sin duda alguna hacia la unión política y económica y a consolidar la paz y la seguridad en la región, teniendo siempre como principios rectores en este proceso nuestra fe por la democracia, el desarrollo y la integración. Solamente de esta manera Centroamérica replanteará y renovará su proceso de integración regional, con objeto de llegar a los máximos estadios de la integración, mejorando de esta manera la calidad de vida de los centroamericanos.

III. RETOS Y DESAFÍOS

Uno de los retos que actualmente afronta el proceso de integración centroamericana, y que debe superar, consiste en que no todos los Estados parte del SICA son Estados parte de todos los tratados, órganos y organismos del

sistema, desafío que actualmente se está superando al sumarse Guatemala, a ser Estado parte de la Corte Centroamericana de Justicia. Asimismo, se deben superar los diferentes enfoques y grados de interés respecto a la integración, ya que no todos los países miembros del SICA han demostrado el mismo interés ni la misma voluntad para asumir los compromisos regionales. En este sentido, se deben fortalecer los mecanismos de financiamiento del SICA, así como la cohesión social. También se debe seguir combatiendo la vulnerabilidad económica y la vulnerabilidad ambiental, y seguir enfrentando las amenazas tradicionales y no tradicionales a la seguridad ciudadana, haciéndose necesario en este actual proceso de la integración regional el fortalecer el papel de la sociedad civil en el mismo.

A pesar de estas particularidades que atraviesa el proceso de integración centroamericana, también se tienen avances positivos en el plano económico; se han armonizado el 94% de las partidas arancelarias; estos avances en la integración económica y en la conformación de una Unión Aduanera Centroamericana nos han permitido posicionarnos como la primera región de América Latina y el Caribe en iniciar negociaciones con la Unión Europea para un “Acuerdo de Asociación”. En ese sentido, Centroamérica se ha preparado en revisar y depurar los mandatos presidenciales acumulados en las diferentes cumbres de jefes de Estado y de gobierno, priorizando aquellos que aún tienen vigencia e importancia. Se instaló y se puso en funcionamiento el Comité Ejecutivo del SICA, con la finalidad de darle seguimiento y cumplimiento a las decisiones presidenciales; se creó el órgano Contralor del SICA, con objeto de lograr un mejor control presupuestario, ya que todos los órganos del sistema deberán someterse a auditorías periódicas; la comisión ad hoc para el replanteamiento de la institucionalidad en la Cumbre Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno del SICA, celebrada en San Salvador, El Salvador, el 20 de febrero de 2008, suscribió el Protocolo de Reforma al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, con objeto de fortalecer este órgano del Sistema de la Integración Centroamericana.

Centroamérica sigue preparándose en el fortalecimiento de su proceso de integración, lo cual constituye un imperativo a pesar de la cantidad de tareas que se tienen por delante. Finalmente, debe mencionarse que las negociaciones con la Unión Europea constituyen una ventana de oportunidades; el Acuerdo abre también una puerta privilegiada para un diálogo sin precedente entre las dos regiones, un puente comunitario trasatlántico de fortalecimiento recíproco entre las dos comunidades.

IV. CONCLUSIONES

El actual proceso de integración centroamericana cuenta con una institucionalidad lo suficientemente capaz para desarrollar un proceso comunitario; cuenta además con un enfoque multidimensional en su integración en lo político, económico, social, cultural y ambiental, convirtiéndose en un proceso con vocación comunitaria, en el cual sus Estados miembros constituyen una comunidad económica-política. En este sentido, esta es una aspiración permanente de la reunión de presidentes, demostrada en la “Declaración de Nicaragua: sobre la Unión Centroamericana”, del 2 de septiembre de 1997, cuando se establece: “Centroamérica es una Comunidad política, económica, social y cultural. Esta realidad es el punto de partida hacia la Unión Centroamericana que estamos decididos alcanzar”. En dicha Declaración, los presidentes centroamericanos acordaron “Iniciar el proceso de constitución, gradual y progresivo de la Unión Centroamericana, como expresión superior de la Asociación Comunitaria estipulada en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991”.

Centroamérica manifiesta su inclinación comunitaria, cuando al establecerse la Corte Centroamericana de Justicia se expresa en la exposición de motivos del Estatuto de la misma, la creación un órgano supranacional que permitirá resolver los problemas propios del “Sistema de la Integración Centroamericana” en forma pacífica y civilizada. La soberanía estatal queda limitada por el sometimiento a la jurisdicción de la Corte, lo que implica que los Estados acaten sus decisiones. En ese sentido, el artículo 1o. del Estatuto de la Corte, en su inciso segundo, expresa: “La Corte Centroamericana de Justicia es el Órgano Judicial principal y permanente del sistema de la integración Centroamericana, cuya jurisdicción y competencia regionales son de Carácter Obligatorio para los Estados”. Esta vocación comunitaria también se interpreta en el “Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas”, cuando en su artículo 2, relativo a la Integración del Parlamento Centroamericano, se establece que los diputados al mismo serán elegidos por sufragio universal y directo.

Finalmente, debe mencionarse que el Sistema de la Integración Centroamericana, al representar un esquema institucional con instituciones permanentes, lo asimila más al modelo europeo. No obstante, en su actuar gradual y progresivo tiene que acercarse cada vez más al ideal comunitario para el que fue creado.

V. REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. *Doctrina*

HERRARTE, Alberto, *La Unión de Centroamérica (tragedia y esperanza)*, GUATEMALA, Centro Editorial José de Pineda Ibarra, 1964.

LEIVA VIVAS, Rafael, *La Unión Centroamericana (utopía, lirismo y desafío)*, Tegucigalpa, Empresa Nacional Artes Gráficas, 2004.

2. *Documentos vinculantes*

Acta de Contadora para la Paz y Cooperación de Centroamérica, 1986.

Acuerdo de Esquipulas II, Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica, Guatemala, 6 y 7 de agosto de 1987.

Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), Carta de San Salvador, 1951 y su reforma de 1962.

Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), Tegucigalpa, Honduras, 13 de diciembre de 1991.

Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica de 1995.

3. *Iniciativa y declaraciones*

Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES) de 1994.

Declaración de Antigua, Guatemala, 15, 16 y 17 de junio de 1990.

Declaración de Nicaragua: sobre Unión Centroamericana de 1997.

Declaración de Panamá II de 1997.

Declaración de San Salvador, El Salvador, junio de 1991.

4. *Compilaciones*

ODECA, *Reuniones y Conferencias de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica periodo 1951-1967*, Publicaciones de la Secretaría General.

Reuniones Cumbres de Presidentes de Centroamérica y sus Declaraciones.

Reuniones de Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica.

Secretaría Nacional de Comunicaciones. Presidencia de la República. Acuerdos Cumbres Presidenciales, El Salvador, julio de 1991.

5. Documentos de divulgación

El Libro de Centroamérica (un instrumento cívico de los pueblos), Secretaría Permanente del Consejo Superior Universitario (CSUCA) y Secretaría General de la Integración Centroamericana, 1999.

La integración centroamericana: beneficios y costos, SG-SICA y CEPAL, 2004.

VI. SIGLAS

ALIDES	Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible
BCIE	Banco Centroamericano de Integración Económica
CAN	Comité de Alto Nivel
CCJ	Corte Centroamericana de Justicia
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
ODECA	Organización de los Estados Centroamericanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SICA	Sistema de la Integración Centroamericana
SIECA	Secretaría de Integración Económica Centroamericana

BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO
A LA GLOBALIZACIÓN DEL ESTADO-NACIÓN
Y A LAS APORTACIONES DE LA ORGANIZACIÓN
DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) AL DESARROLLO
DE LA ARQUITECTURA JURÍDICA
INTERNACIONAL-POLÍTICO-INSTITUCIONAL
DEMOCRATIZADORA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Eugenio GARCÍA FLORES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las corrientes globalizadoras y su incidencia en América Latina*. III. *Las transformaciones del Estado-nación soberano a la luz del fenómeno globalizador*. IV. *El proceso de desarrollo jurídico internacional-político-institucional democrático representativo del sistema interamericano*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Relación de fuentes documentales y electrónicas*.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, el fenómeno de la globalización a principios del siglo XXI ha dejado entrever sus contradicciones y disparidades, como la profundización de la pobreza, la homogeneización de modelos, principios y valores de identidad a nivel global; el fenómeno que nos ocupa se caracteriza por su contenido multidimensional de interrelaciones y conexiones entre los actores de las sociedades y los Estados.

El Estado-nación actual no se puede concebir plenamente al margen de la globalización y de la mundialización del capital, que necesita de un orden político y legal estable que proporcione los marcos de referencia y certidumbre en donde los temas de la democracia, de la gobernanza y de los dere-

* Doctor en derecho internacional por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); docente de tiempo completo, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, México. Perfil PROMEP-SEP.

chos humanos se tornan controversiales al interactuar con la naturaleza de las grandes corrientes globalizadoras que inciden sobremanera al interior de los espacios subnacionales del Estado-nación. Una realidad innegable es que los temas de origen interno, como los mencionados anteriormente, se vinculan directamente con las preocupaciones de la comunidad internacional, e inclusive pasan a formar parte de la agenda global o hemisférica. Acorde a lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo presentar al amable lector —con las restricciones inherentes a la extensión de una investigación de esta naturaleza— el desarrollo de la arquitectura jurídica-política-institucional de apoyo al proceso democratizador impulsado desde la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, realizada en Buenos Aires, Argentina, en 1936, hasta la Primera Sesión Plenaria del Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, en donde se adoptó la Carta Democrática Interamericana, así como examinar la naturaleza de la misma y la evolución de los principios que han sido pilares del sistema interamericano, como lo son el de no intervención y de autodeterminación, teniendo como telón de fondo precisamente el fenómeno globalizador.

En la primera parte del trabajo se examina la importancia de las corrientes globalizadoras y su impacto en nuestra región; en el segundo apartado se analizan las transformaciones del moderno Estado-nación a la luz del fenómeno globalizador, concretamente en lo referente al concepto de soberanía, así como algunas propuestas teóricas en cuanto a su posible evolución a otras formas jurídico-políticas; en la tercera sección —que constituye el centro de gravedad de este trabajo— se examina el desarrollo del sistema jurídico-político-institucional del sistema interamericano desde la vertiente de la Organización de los Estados Americanos a través de sus diversas resoluciones, declaraciones y tratados, que son el reflejo de las prácticas, valores del hemisferio, así como de ser un tejido armónico y coherente; finalmente, se presentan las reflexiones finales y una relación de fuentes documentales y electrónicas.

II. LAS CORRIENTES GLOBALIZADORAS Y SU INCIDENCIA EN AMÉRICA LATINA

Al finalizar la guerra fría, la inercia hacia la globalización de las sociedades se expande, acelerándose las interconexiones y la comercialización de nuevas tecnologías, en donde las rápidas transformaciones impactan todos los campos de lo social. La globalización se caracteriza por la extensión y

la intensidad con que se desarrollan los fenómenos de contenido multidimensional, que implica la presencia de valores fundamentales, o modos de pensar y de actuar en el marco de un proceso de expansión o aceptación, que conlleva la homogeneización de la cultura. En este contexto, se hace evidente ajustar o sincronizar las instituciones de los Estados a las grandes corrientes globalizadoras. A principios del siglo XXI, en las relaciones internacionales ya no resultan viables proyectos estatales aislados; es un hecho que la globalización de las relaciones repercute en el ámbito mundial.

Con la globalización, resultan contradictorios principios como el de igualdad de oportunidades; por ejemplo, se ha transformado la naturaleza de la actividad económica, se registra una línea de ensamble global, y, en consecuencia, una amplia variedad de productos son manufacturados por trabajadores que obtienen bajos salarios, vendiéndose en países de mayor desarrollo. Actualmente se ha acentuado en las corporaciones transnacionales la búsqueda de precios más favorables en las materias primas y en condiciones políticas y sociales más laxas; como resultado de lo anterior, las empresas transnacionales ven al mundo como un gran mercado en donde se venden bienes, se ofrecen servicios y se contratan empleados. Como consecuencia, la seguridad en el empleo ha disminuido sustancialmente a nivel global, teniendo impacto de género; la feminización del trabajo ha aumentado y, paradójicamente, como se mencionó, la inestabilidad laboral también.¹ Por otra parte, la globalización se incentiva por la ideología neoliberal, conocida también como el “consenso de Washington”,² que ha

¹ Brecher, J. *et al.*, *Globalization from below: the power of solidarity*, Cambridge, South End Press, 2000, pp. 1-9. Cit. por. González Aguirre, Rosa Luz, “Tecnología y globalización ¿cómo se relacionan con derechos humanos?”, en Díaz Müller, Luis (coord.), *Paz tecnología y bioética. Cuartas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 133 y 134.

² Al respecto, a inicios de la década de 1990, después de la caída del muro de Berlín, el socialismo real como sistema económico estaba progresivamente cuestionado y abandonado, y en ciertos círculos de poder económico se formuló en principio una lista de medidas de política económica que representara un paradigma para la triunfadora economía capitalista. El listado de referencia sería utilizado para orientar a los gobiernos de países en desarrollo y a los organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial (BM), para valorar los avances en materia de ortodoxia económica, que deberían seguir los países en vías de desarrollo. Por otra parte, la primera mención del llamado “consenso de Washington” al autor John Williamson, y data de 1990, contenido en su obra titulada *Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de las políticas económicas*. En este contexto, Washington significa el complejo político-económico-intelectual integrado por los organismos internacionales FMI y BM, entre otros, el Congreso de los Estados Unidos de América (EUA), la Reserva Federal, los altos cargos de la administración y los grupos de expertos. Los temas sobre los cuales existiría acuerdo son, a saber: disciplina presupuestaria;

permeado evidentemente en las esferas de decisión a nivel de los Estados y de los organismos internacionales. Se argumenta que las fuerzas del mercado por sí solas son eficientes, y la intervención gubernamental deriva en malos resultados económicos. Sin embargo, los beneficios tangibles de la globalización económica se registran en una capa social, que se integra con relativa facilidad a las grandes corrientes globalizadoras, y los costos a ese proceso homogeneizador lo pagan sectores amplios de las sociedades, evidenciando el fracaso en la implementación de las referidas políticas neoliberales, identificándose a manera de ejemplo, cuatro áreas fundamentales:

1) la privatización tiende a elevar los precios de bienes y servicios antes producidos públicamente, afectando sobre todo a los pobres; 2) la liberación del mercado de capital permite a los especuladores desestabilizar las economías nacionales; 3) el establecimiento de precios mediante mecanismos de mercado, lo que aumenta los costos de los alimentos básicos y del combustible para los pobres; 4) la apertura comercial, sin considerar que el “libre” mercado se encuentra regido por las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) las cuales suelen colocar en situación de peligrosa desventaja a los países pobres.³

En el ámbito latinoamericano, la década perdida de 1980, así como las inestabilidades macroeconómicas, han demostrado el fracaso de las políticas neoliberales, repercutiendo incuestionablemente en los niveles de pobreza en América Latina (AL), siendo que un 50% de la pobreza existente, que representa prácticamente a 100 millones de personas, tiene su origen precisamente en la desigualdad regional; por otra parte, para 2000, la tasa de crecimiento promedio alcanzó un 3.2 % anual, muy distante al 6% propuesto por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), previsto para aminorar los rezagos tecnológicos y sociales. En promedio los índices de crecimiento económico en AL desde 1990 han alcanzado un

cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructura); reforma fiscal encaminada a buscar bases impositivas amplias y tipos marginales moderados; liberalización financiera, especialmente de los tipos de interés; búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos; liberalización comercial; apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas; privatizaciones; desregulaciones y garantía de los derechos de propiedad. *Cfr. María Serrano, Joseph F. El “consenso de Washington” ¿Paradigma económico del capitalismo triunfante?*, Papeleras [s. p.], [s. a.], pp. 1-3, en <http://www.fesplain.com/esplain/realitat/pap/46.htm> (fecha y hora local de consulta: 20/07/2008; 01:25 pm).

³ Concha Malo, Miguel, “Globalización neoliberal y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 25.

2.6% anual, la mitad de lo registrado durante la etapa de industrialización de las décadas de los cincuenta y sesenta, que fue de 5.5%.⁴ Ante estas realidades, la globalización conlleva desafíos a los países de tal magnitud, que implica su desarrollo o el aumento de su atraso y de la profundización de la brecha entre países ricos y pobres; en este sentido, los jefes de Estado y de gobierno reconocieron en la Declaración del Milenio, lo siguiente:

...la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de políticas y medidas a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías.⁵

En consecuencia, de las estrategias que se puedan implementar como respuesta a los desequilibrios antes mencionados en nuestra región dependen rubros como la acumulación del capital, la tasa de crecimiento, la distribución de la riqueza o el empleo. Urge en AL implementar políticas que impulsen el crecimiento económico en grandes sectores sociales y que incremen-ten la transformación; Aldo Ferrer en la década de los noventa, indicó que las malas respuestas a la globalización fracturan la realidad interna de los países, sancionan y someten a decisiones fuera del propio control, re-

⁴ Díaz Müller, Luis T. (coord.), “América latina: paz y desarrollo”, en *idem, Paz, tecnología y bioética. Cuartas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 65. En este sentido, autores como Ulrich Beck han sugerido para equilibrar las políticas neoliberales y el desarrollo que se deben considerar como ejes de toda iniciativa lo siguiente: “—La experiencia de crisis de la sociedad mundial: la interdependencia. —El principio de reconocimiento de las diferencias de la sociedad mundial. —El principio de la empatía cosmopolita y del cambio de perspectiva. —El principio de la imposibilidad de vivir en una sociedad mundial sin fronteras. —El principio de mezcolanza: las culturas se interpenetran y entremezclan”, p. 66 y 67.

⁵ Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General, *Declaración del Milenio* (A/55/L.2), 8a. Sesión plenaria, 8 de septiembre de 2000, p. 1, en <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html> (fecha y hora local de consulta: 17/08/2008; 08:18 pm).

flejándose en el ingreso per cápita, así como en los indicadores principales de desarrollo económico y social, ampliando la brecha con los países más avanzados.⁶

III. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO-NACIÓN SOBERANO A LA LUZ DEL FENÓMENO GLOBALIZADOR

El Estado-nación que coexiste en el marco del sistema internacional actual constituye una figura jurídico-política en permanente cambio, en donde las sociedades del pasado y actuales lo continúan transformando en cuanto a sus alcances, estructuras y fines, así como por ser actualmente receptor de diversas fuerzas, necesidades y demandas sociales en la doble vertiente interna e internacional.⁷ Sin embargo, el Estado-nación favorece e incentiva los procesos de las grandes fuerzas del mercado, no pudiéndose liberar de las insuficiencias o contradicciones propias del capitalismo, en virtud de que el

⁶ Ferrer, Aldo, "América Latina y la globalización", *Revista de la CEPAL. Cincuenta Años*, Santiago de Chile, núm. extraordinario, octubre de 1998, p. 156.

⁷ En el ámbito interno, históricamente las funciones del Estado-nación pueden resumirse —desde la concepción del Estado absolutista hasta su etapa liberal— de la siguiente manera: "a) Creación de las premisas de instauración y desarrollo, de las condiciones generales de estructuración y reproducción, de la economía, la sociedad, la clase capitalista. b) Disolución de componentes, modos, y formas de producción, de tipo arcaico o precapitalista (agricultura campesina, artesano, profesiones tradicionales), a favor de la extensión de relaciones capitalistas. c) La acumulación originaria, primero, normal y permanente, luego, y el lanzamiento y la continuidad del crecimiento y la modernización. d) Control capitalista sobre el proceso productivo (trabajo, tecnología, propiedad). e) Creación y generalización de mercados libres de trabajo, capital y tierra. f) Separación de los productores directos y de los medios de producción, para la creación de una masa de trabajadores que venden su fuerza de trabajo como mercancía. g) Creación y garantías de desarrollo permanente de las fuerzas productivas: tecnología medios de producción, carácter y organización del proceso de trabajo, naturaleza y estructura de la clase trabajadora; todo ello en adaptación a las necesidades del capitalismo. h) Racionalización y actualización de las viejas formas, creación, adaptación y desarrollo de las nuevas formas, de la propiedad privada, en general, y sobre todo, con las referentes inherentes a la empresa capitalista, de libre iniciativa y libre competencia de mercados abiertos. i) Reconocimiento y expresión de las tendencias a la concentración y la centralización del capital y las empresas, sobre todo en términos de las necesidades de dirección y control, financiamiento, tecnología, etcétera. j) Desarrollo de infraestructura (económica, sociales, políticas, militares): transportes, comunicaciones, salud, educación, seguridad social, etcétera. k) Articulación y mutuo apoyo y refuerzo de los avances de la economía mundial en emergencia. l) Gobierno y administración de la heterogeneidad de actores, intereses, fuerzas y conflictos en sociedades cada vez más complejas, y en el contexto de los procesos de integración creciente en la economía y la política mundiales". Véase Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 131.

desarrollo capitalista en su primera fase se relacionó casi irremediablemente a la formación de los Estados nacionales, que deben ser conceptualizados como productos históricos en evolución de largo plazo, conflictivos y contradictorios como su formación —si es que se puede comparar— en el campo de las tensiones que existieron, entre reducidas unidades sociopolíticas y reinos feudales, en el proceso de surgimiento de la sociedad burguesa.⁸

El Estado-nación actual se encuentra, más que en el pasado, subordinado a los procesos y sucesos del orden económico global, lo que lleva a la necesidad de plantearse su actual y futuro papel en el contexto de la globalización; existen en la doctrina tres posturas fundamentales en torno a este tema. La primera establece que el fenómeno globalizador y el mercado han desplazado al actual Estado-nación, disminuyendo su soberanía, así como su poder, al grado de que en el futuro la figura jurídico-política, tal como se le concibe actualmente, será innecesaria. La segunda corriente de opinión expresa el no poder concebirse la globalización sin el Estado-nación, y a manera de ejemplo se indica que las corporaciones transnacionales siguen ubicadas en Estados-territoriales, espacios jurídico-políticos necesarios para entender el sistema internacional capitalista en el marco de una economía global; en otras palabras, el Estado-nación se ve disminuido aunque útil al sistema global.⁹ Y la tercera, de naturaleza continuista, que concibe al Estado-nación, y en general al sistema interestatal, como el centro de gravedad y principal actor de las relaciones internacionales.¹⁰ La segunda postura teórica se ajusta más a la realidad mundial: si bien es cierto, como se ha examinado anteriormente, que el proceso de formación del Estado se registró paralelamente al sistema de producción capitalista (véase nota 7), hoy como en el pasado el Estado-nación cumple con la función de proporcionar a las sociedades un sentido de pertenencia, de integración y de seguridad, necesarios para el desenvolvimiento de las sociedades.

Es un hecho que el Estado-nación del siglo XXI tiene la imperiosa necesidad de acoplarse a los rápidos cambios que exige el contexto de mundialización. Debe subrayarse que el desarrollo del fenómeno globalizador no se extiende y profundiza de manera uniforme en las diferentes regiones

⁸ Wolfgang, Hein, “El fin del Estado-nación y el nuevo orden mundial. Las instituciones políticas en perspectiva”, *Nueva Sociedad*, núm. 132, julio-agosto de 1994 [s. p.], p. 87.

⁹ Batta Fonseca, Víctor (coord.), “Prospectiva y teoría internacional: escenarios sobre el Estado y la globalización en el siglo XXI”, *Escenarios futuros sobre la globalización y el poder mundial. Un enfoque interdisciplinario*, México-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 33.

¹⁰ García Contreras, David, “Apuntes sobre el Estado-nación: una aproximación sobre el mañana”, *Escenarios futuros sobre la globalización y el poder mundial. Un enfoque interdisciplinario*, *cit.*, nota 9, p. 147.

del globo terráqueo y, en consecuencia, no es igual para todos los Estados-nación. Es por esta razón que metodológica y empíricamente se deben considerar las transformaciones del ente jurídico-político que nos ocupa, en un entorno globalizado y no del fin del mismo, como lo expresa la postura teórica mencionada en el párrafo anterior. Ahora bien, siguiendo el hilo conductor en cuanto al futuro del Estado-nación, Saki Laidi sostiene que el Estado-nación se encuentra en una etapa de transformación parecida a la que se registró entre el Estado feudal y la actual figura jurídico-política, y propone que evolucionará hacia una Estado-región con características semejantes a la de la actual Unión Europea (UE). Laidi considera que esa sería la figura colectiva más adecuada para hacerle frente y encauzar los desafíos que conlleva el fenómeno globalizador.¹¹ Por su parte, Luis Dallanegra considera que se debe cambiar el término de Estado-nación al de Estado transnacionalizado, en virtud de que actualmente existe una marcada tendencia a no considerar la lógica interestatal como punto de referencia básico en las relaciones mundiales, y se registra en el escenario mundial un gran número de actores no estatales; sin embargo, los Estados y sus instituciones político-administrativas son un elemento necesario para que estos nuevos actores —si los comparamos con el Estado— logren sus objetivos.¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 145.

¹² *Ibidem*, p. 146.

Otras propuestas que se mencionan en la obra consultada y en la misma página son las de Hard y Negri, quienes argumentan —con razón empírica suficiente— que la soberanía del Estado se encuentra en declive y se registra una progresiva incapacidad del Estado para regular los intercambios económicos y culturales al interior de las fronteras, representa —a juicio de los autores mencionados— uno de los síntomas principales de la llegada del “imperio”, o sea, del poder soberano que gobierna al mundo. Esta figura se compone a partir de una red de organismos internacionales y supranacionales aglutinados bajo una lógica de mando, y se distingue por la falta de fronteras. Para los autores de referencia, el imperio se encuentra en “todas partes y en el no lugar”, y en consecuencia ninguna frontera territorial puede “limitar su reinado”. Al respecto, puede mencionarse que si bien es cierto que algunos autores han calificado a los Estados Unidos de América como un imperio (en decadencia), y que de alguna manera se está registrando ese poder difuso que llega al interior de las fronteras nacionales de algunos Estados, no puede considerarse esa postura teórica como del todo real en los hechos, pues al margen del imperio se encuentran otros actores transnacionales, que no siempre se identifican con los objetivos y fines del mencionado imperio. Otra propuesta teórico-metodológica es la de Manuel Castells, quien propone el advenimiento del “Estado red”; esta figura se caracteriza por compartir la autoridad para imponer decisiones a través de una red de instituciones. El autor de referencia considera que a través del análisis de redes, una red no tiene un centro, todos los nodos son indispensables para que exista la misma, y el Estado-red es consecuencia de la adaptación y acoplamiento de las realidades estatales a las rápidas transformaciones impuestas por el fenómeno globalizador y es útil para darle cauce a las necesidades derivadas de lo global con lo nacional y lo local.

La propuesta del “Estado transnacionalizado” se acercaría más a las actuales realidades mundiales; poco a poco dejamos de ver un Estado-nación de corte clásico para dar paso a un Estado cada vez más flexible, interpenetrando o más expuesto a las corrientes globalizadoras.

El estado-nación actual y el concepto de soberanía

Puede afirmarse que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se empezó a registrar un debilitamiento acelerado del Estado como actor central en el escenario mundial; se empezaron a redimensionar —como se examinó en el apartado anterior— fuerzas e intereses difusos transnacionales que el Estado ya no podía controlar. Actualmente, conceptos como “autonomía”, “interdependencia” y desde luego “soberanía”, están adquiriendo otras connotaciones aún inacabadas, como consecuencia de los nuevos actores transnacionales y de los mencionados intereses difusos que pueden representar. Por otra parte, los actores no estatales son jugadores en el sistema internacional, en virtud de poseer una “población base”, entendiéndose que cuentan con una fuerza de trabajo, con recursos financieros, así como con alguna forma de “base geográfica”, y generalmente comprende más de un Estado-nación.¹³ Asimismo, entre los actores no estatales que le disputan el poder al ente jurídico-político antes mencionado se encuentran las agrupaciones del crimen organizado dedicadas, por ejemplo, al tráfico de personas, al de armas, al lavado de dinero o al terrorismo. Cabe mencionar que el fenómeno del terrorismo se caracteriza por ser cambiante y por la enorme capacidad de adaptarse vertiginosamente a las realidades tan dinámicas, llegando a considerarse actualmente un verdadero desafío al poder clásico del Estado-nación.¹⁴

Esta propuesta se acerca a la del “Estado transnacionalizado” examinada en el *corpus* del trabajo, en virtud de existir identificación con la no existencia de la lógica interestatal de las relaciones internacionales, aunque se puede refutar el diverso peso político y económico que tienen los Estados en el marco de la geopolítica del escenario internacional y, en consecuencia, no se identifica con los “nodos”.

¹³ *Ibidem*, p. 154. Puede indicarse que en el marco de las relaciones internacionales, no fue hasta la década de los setenta cuando se empiezan a construir algunas corrientes teóricas en el ámbito de las relaciones internacionales contestatarias a la teoría del realismo político; pueden mencionarse a los autores Robert Keohane y Joseph S. Nye; el último proponiendo la necesidad de examinar a los actores no estatales para un mejor entendimiento de la realidad internacional. Para los tratadistas, la “política mundial” se integra por el conjunto de interacciones políticas que se desarrollan entre “actores significativos”, no necesariamente estatales y en el marco de un sistema mundial, p. 153.

¹⁴ García Flores, Eugenio, “El Estado-nación en un proceso globalizador, la lucha contra el terrorismo transnacionalizado y la observancia de los derechos humanos”, en Méndez-

Para cumplir con los objetivos de esta investigación, debe considerarse el tema de la limitación a la soberanía, en virtud de que se relaciona con la transformación del Estado-nación a la luz de las corrientes globalizadoras. Puede citarse —siguiendo a Herdocia Sacasa— la sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana del 9 de marzo de 1917, siendo esta el antecedente y modelo de las dos Cortes mundiales, pionera en cuanto el acceso de los particulares a los tribunales supranacionales y tal vez la primera en hablar de interdependencia:

La función de la soberanía de un Estado no es irrestricta ni ilimitada. Llega hasta donde alcancen los derechos soberanos de otros Estados. Bluntschli enseña ‘que la soberanía no implica independencia absoluta, ni libertad absoluta’. Los Estados no son seres absolutos, sino entidades cuyos derechos están limitados. Un Estado, añade, [sic] no puede pretender más que a la independencia y libertad compatibles con la organización necesaria de la humanidad, con la independencia de los otros Estados y con los lazos que unen a los Estados entre sí... Invocar los atributos de la soberanía para realizar actos que puedan deparar daño o peligro a otro país, es desconocer el principio de la interdependencia de los Estados que les obliga a respetarse mutuamente y a abstenerse de todo aquello que involucre lesión, aunque sea potencial para los derechos fundamentales de las demás entidades internacionales, que a semejanza de los individuos, tienen el derecho de vivir y desarrollarse, sin detrimento una de otra...¹⁵

De acuerdo con lo anterior, el Estado coexiste en el sistema internacional detentando el atributo de soberanía que conlleva, entre otros, los principios de igualdad, libre determinación y, desde luego, no intervención. Este sentido clásico de soberanía se ha transformado como consecuencia de la creciente interdependencia mencionada en la postura de la Corte de Justicia Centroamericana de una concepción clásica de “... ejercicio sobre el territorio y por los gobiernos, para desarrollar la dimensión humana de las poblaciones y de las personas concretas que las integran”.¹⁶ Hoy en día el concepto de soberanía se aplica más en la vertiente de interrelación a un orden jurídico interestatal en donde el Estado-nación se encuentra subordinado directa e inmediatamente al derecho internacional. La soberanía,

Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, cit., nota 3, p. 396.

¹⁵ Herdocia Sacasa, Mauricio, “Soberanía desafiada y organismos internacionales. El principio de la solidaridad jurídica” [Luis Toro Utilano comp.], *XXXII Curso de Derecho Internacional*, Washington, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2006, p. 26.

¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

desde una perspectiva actual, conlleva la presunción de competencia en un territorio. El Estado soberano, desde la óptica de un entorno globalizado, es el que tiene exclusividad, autonomía y plenitud de competencias.¹⁷ Para algunos autores, el concepto de soberanía hace referencia al poder político de un Estado dotado de plenitud de capacidad de derecho en relación con los demás Estados, y es actualmente considerada como la estructuración de relaciones entre diferentes órdenes jurídicos. Es un poder jurídico que tiene que coexistir con otros sistemas jurídicos.¹⁸ En consecuencia, el concepto clásico propuesto por Bodino como absoluto, hoy más que en el pasado, ha dejado de tener vigencia, porque como en el pretérito, no se ajusta a la realidad del sistema internacional complejo e interrelacionado; actualmente los Estados tienen que afrontar desafíos que por mucho rebasan las fronteras nacionales, en donde se registran fenómenos de diversa naturaleza, en los cuales estas entidades jurídico-políticas no pueden ejercer total o parcialmente un control sobre ellos.

IV. EL PROCESO DE DESARROLLO JURÍDICO INTERNACIONAL-POLÍTICO-INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Vista AL desde fuera de la región, se le concibe generalmente con rasgos comunes en cuanto a las lenguas ibéricas predominantes, el marcado catolicismo en el subcontinente, los cinturones de miseria que circundan las grandes ciudades, los polos de desarrollo, brotes de caudillismo —que son más bien reminiscencias de tendencias pasadas— son, a juicio de algunos autores, características determinantes para la conformación de los nacionalismos y de los discursos explicativos-justificativos de realidades sociopolíticas.

¹⁷ Albuquerque Mello, Celso D., *Curso de derecho internacional público*, 15a. ed., revista e ampliada, I volume (prefácio de M. Franchini Netto), Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 365 y 366. Al respecto, Raymond Polin menciona que la noción de soberanía se desarrolló entre los años de 1550 a 1650 en Francia y en Inglaterra, en el contexto de las guerras de trasfondo religioso y los señores feudales, siendo que la noción de soberanía coadyuvaría al establecimiento de la paz pública. Indica —el tratadista— que el concepto de soberanía se formó después del siglo XVII para que la cultura occidental resolviera los problemas institucionales de una autoridad, en cuanto a la legitimación en una comunidad política, reuniendo a un gran número de personas, viviendo en común en un territorio nacional. Por otra parte, la doctrina del derecho internacional y la soberanía absoluta se puede encontrar en los desarrollos teóricos de Emer de Batel. Esta concepción fue propuesta también por los doctrinarios alemanes del siglo XIX, influenciados por el hegelianismo, p. 365.

¹⁸ Waldir de Albuquerque, Tercio, “Soberania do Estado frente à globalização – o caso brasileiro”, *Jornadas de derecho internacional*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos [Luis Toro Utiliano edit.], 2005, p. 54.

cas¹⁹. Aunque se observa en nuestra región una tendencia hacia la izquierda —desde las variantes socialdemócrata hasta las populistas— lo ciertos es que de manera formal y general se registra la observancia y respeto hacia las instituciones y procesos democráticos constitucionales que coincidieron, a juicio de Jorge Castañeda, en los años noventa, con un círculo virtuoso de progreso económico, mejoramiento de la gobernanza democrática y el arribo al poder de las dirigencias centristas tecnócraticas; entre las diferencias que se encuentran en la AL de hace quince años o más se pueden mencionar las reformas de libre mercado, acuerdos comerciales al interior del subcontinente, con Estados Unidos de América y países extrarregionales, así como la consolidación formal de la democracia representativa.²⁰ Entendiendo algunas de las razones por las cuales las orientaciones políticas de los gobiernos de AL han girado en algunos países hacia la izquierda, puede indicarse que existen fundamentalmente dos tendencias muy marcadas: las conformadas por dirigencias políticas reformistas e internacionalistas, y, paradójicamente provienen del centro duro de la izquierda del pasado, que evolucionaron, y las que se integran por las corrientes tradicionales populistas, nacionalistas, estridentes y de pensamiento cerrado, que desafortunadamente no pudieron evolucionar.²¹ En consecuencia, al margen de las orientaciones políticas de los gobiernos en la región, es un hecho que las actuales instituciones deben estar animadas por valores de naturaleza democrática. Hoy, a diferencia del pasado, en nuestra AL la democracia ya no es únicamente una aspiración; es una realidad y una necesidad su preservación, así como su fortalecimiento, y es desde el pasado un tema hemisférico de prioridad.

La primera referencia sobre la democracia plasmado en un instrumento internacional en el subcontinente se encuentra en la Declaración de Prin-

¹⁹ González Manrique, Luis E., “2006, decisiones en América Latina”, *Política Exterior*, Madrid, núm. 109, vol. XX, enero-febrero de 2006, pp. 133 y 134.

²⁰ Castañeda, Jorge G., “Latin America’s left turn”, *Foreign Affairs*, Nueva York, núm. 3, vol. 85, may/jun 2006, pp. 28 y 29.

²¹ *Idem*. Al respecto, algunos polítólogos argumentan que las razones por las cuales las dirigencias políticas hayan llegado al poder en sus respectivos países puede explicarse de la siguiente manera: 1. Por la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y, en consecuencia, pudo haber ayudado a América Latina a remover la estigma geopolítica. Washington no podía acusar a la URSS de la orientación política que tuvieran los gobiernos en la región. 2. Las reformas económicas implementadas en la región de corte neoliberal quedaron profundamente desacreditadas porque conllevaron la extensión de la pobreza y la desigualdad. La combinación de inequidad y democracia llevó al poder a los grupos políticos de izquierda en diversos países. 3. El advenimiento de la democratización y consolidación de la misma, es el camino para llegar al poder y a la postre, darían las victorias políticas a la izquierda por la base social, demográfica y la configuración étnica y religiosa de la región, p. 30.

cipios sobre Solidaridad y Cooperación Interamericana, que derivó de la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, llevada a cabo en Buenos Aires en 1936; en esa ocasión los gobiernos, establecieron lo siguiente:

...la identidad de sus formas democráticas de gobierno y los ideales comunes de paz y justicia, han sido exteriorizados en los diferentes Tratados y Convenciones que han suscripto [sic] hasta llegar a constituir un sistema puramente americano [declararon] las Naciones de América, fieles a sus instituciones republicanas, proclaman su absoluta libertad jurídica, el respeto irrestricto a su soberanía y la existencia de una democracia solidaria en América.²²

En el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), emanado de la Conferencia para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, conocida como la Cuarta Conferencia Extraordinaria, realizada en Río de Janeiro en 1947 se estableció lo que a continuación se indica:

... la comunidad regional americana afirma como verdad manifiesta que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, y que la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos y libertades de la persona humana, en el bienestar indispensable de los pueblos y en la efectividad de la democracia para la realización internacional de la justicia y de la seguridad.²³

Posteriormente, en otro mecanismo jurídico internacional-regional que representa la culminación de una etapa del proceso de formación del sistema continental, como lo es la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se estableció en el preámbulo, que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región.²⁴ Asimismo, en el artículo 3d se indica, en alusión a

²² Alice, Mauricio, “La democracia en el sistema interamericano”, *XXII Curso de Derecho Internacional*, cit. nota 15, p. 311. Adicionalmente, la promoción y defensa de la democracia en nuestro continente quedaron plasmados en la Recomendación LXXII de la Conferencia de Lima de 1938, en la Resolución de La Habana de 1940 y en la Declaración de México de 1945, siendo importante resaltar que en todos estos instrumentos internacionales la promoción y defensa de la democracia se interrelacionó con el principio de no intervención, pp. 311 y 312.

²³ *Idem*.

²⁴ Carta de la Organización de los Estados Americanos [s. p.], en <http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados/a-41.htm> (fecha y hora local de consulta: 05/IX/08; 18:55 hrs.). Un rápido repaso histórico da cuenta de que la Organización de los Estados Americanos

la democracia, que la solidaridad de los Estados del continente americano y los altos fines que se persiguen, requieren la organización política de los mismos, sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa. Para cumplir los objetivos de la presente investigación, debe subrayarse que es esta la primera ocasión que se utiliza el término de “representativa”, aunque no se define su significado.

Otro instrumento internacional de trascendental importancia para el desarrollo teórico-práctico del sistema democrático interamericano lo constituye la Declaración de Santiago, adoptada durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959, que dio origen institucional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicha Declaración se indica lo siguiente:

1. El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado.
2. Los gobiernos de las repúblicas

(OEA) es la organización regional más antigua del mundo, en virtud de que tiene su origen en la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington, D. C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En la reunión de referencia se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigor en diciembre de 1951. Posteriormente, nuestra Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, iniciando su vigencia en febrero de 1970; mediante el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; con el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual inició su vigencia el 29 de enero de 1996; y a través del Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual inició su vigencia el 25 de septiembre de 1997.

Entre algunos de los propósitos esenciales de nuestra Carta se pueden mencionar: afianzar la paz y la seguridad en el continente americano; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de los Estados en caso de agresión; procurar, la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural y alcanzar la efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros. Actualmente la OEA tiene 35 Estados miembros. Asimismo, la Organización ha otorgado categoría de observador permanente a más de 55 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Los Estados miembros —por orden alfabético— son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth de las*), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominicana (*Commonwealth de*), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. *Cfr.* Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Documentos e Interpretaciones, Consejo Permanente, OEA/Ser. G./CP-1. p. 2, en http://www.oas.org/oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008; 11:45hrs.).

americanas deben surgir de elecciones libres. 3. La perpetuación en el poder, o en el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia. 4. Los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. 5. Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces. 6. El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano. 7. La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático. 8. Los Estados americanos, con el fin de fortalecer las instituciones democráticas, deben cooperar entre sí en la medida de sus recursos y dentro de los términos de sus leyes para consolidar y desarrollar su estructura económica y con el fin de conseguir justas y humanas condiciones de vida para sus pueblos.²⁵

En consecuencia, desde 1936, en la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, realizada en Buenos Aires, se plasmó la referencia a una democracia solidaria en el continente; relacionando este concepto con el de la seguridad, de la estabilidad y del desarrollo de la región —como se hizo referencia en el TIAR y en la Carta de la OEA— así como la interrelación entre democracia y derechos humanos plasmada en la Declaración de Santiago y en el último instrumento se indica que los gobiernos de los Estados americanos deben surgir de elecciones libres, así como la necesidad de reforzar las instituciones democráticas. Desde esa época o etapa de desarrollo del sistema democrático interamericano ya se vislumbraban los vasos comunicantes existentes entre seguridad, democracia y derechos humanos, que actualmente son más que evidentes. Otros dos principios de interrelación fundamentales que deben examinarse en cuanto a su evolución, para cumplir con los objetivos de la presente investigación, lo constituyen el de no intervención, plasmado en el artículo 19 de la Carta de la OEA, que indica que ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro Estado de la Organización. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen también. Asimismo, en el artículo 2b se indica que la OEA, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con

²⁵ Alice, Mauricio, “La democracia en el sistema interamericano”, *cit.*, nota 22, p. 313.

la Carta de las Naciones Unidas, establece entre sus propósitos esenciales la promoción y consolidación de la democracia representativa, en el marco del principio de no intervención. Por lo que se refiere al principio de autodeterminación, plasmado en la Carta, a través del Protocolo de Buenos Aires, en 1967 (véase nota 24) en el artículo 17 se expresa que “Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.²⁶ Adicionalmente, en el párrafo segundo del artículo 1 de la Carta se hace referencia a la autolimitación de las facultades de la Organización, que se relaciona con el principio de autodeterminación, mencionado en el artículo 3, inciso e, de la propia Carta, en los siguientes términos:

[art. 1] La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros [art. 3 inciso e.] Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.²⁷

En consecuencia, la Organización no puede intervenir en los asuntos de los Estados miembros, fuera del marco de atribuciones que le confiere la propia Carta, y los Estados pueden y deben actuar sin injerencias externas en un esquema de cooperación regional. Sin embargo, con el desarrollo de la arquitectura jurídico-política internacional del sistema interamericano los principios de autolimitación y no intervención empezarían poco a poco a ser modificados en su esencia como principios casi absolutos, para ser reorientados —teniendo como telón de fondo la cooperación y los fenómenos políticos que se registraban en la región— hacia la observación y monitoreo de los procesos electorales. En este sentido, la Asamblea General de la Organización adoptó en 1989 la Resolución AG/RES.991 (XIX-0/89), en los siguientes términos: “...la decisión de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos de afianzar y fortalecer los sistemas auténticamente democráticos y participativos mediante el pleno respeto de todos los derechos humanos, y en particular, la celebración de

²⁶ Carta de la Organización de los Estados Americanos, *cit.* nota 24 [s. p.].

²⁷ *Idem.*

procesos electorales honestos y periódicos en donde se exprese libremente y se respete la voluntad popular en la elección de los gobernantes sin injerencias externas".²⁸ Debe mencionarse que esta Resolución y el artículo 2b (véase *supra*) de la Carta fueron las bases de conformación de la Unidad para la Promoción de la Democracia, dependiente de la Secretaría General de la Organización. Siguiendo con el hilo conductor de desarrollo histórico, se entraría a otra fase de evolución, al adoptarse la Resolución AG/RES.1080 (XXI-0/91), aprobada en la Quinta Sesión Plenaria, celebrada el 5 de junio de 1991, asentándose en el apartado de Considerandos, que es preciso observar el debido respeto a las políticas de cada uno de los miembros en el ámbito de reconocimiento de Estados y gobiernos, así como la necesidad de darle efectiva aplicación al principio establecido en la Carta, de solidaridad (la resolución se aplicó en los casos de Haití 1991, Perú 1992 y Guatemala 1993). En el apartado de resolutivo se menciona:

1. Instruir al Secretario General que solicite la convocatoria inmediata del Consejo Permanente en caso de que se produzcan hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del Poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros de la Organización para, en el marco de la Carta, examinar la situación, decidir y convocar una reunión ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores, o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, todo ello dentro de un plazo de 10 días.
2. Expresar que la reunión ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores o el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General tenga por objeto analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y el derecho internacional.²⁹

La resolución antes mencionada, aunque establece el compromiso de actuar bajo el principio de solidaridad, fija un mecanismo en los casos de presentarse interrupciones abruptas o irregulares de los procesos políticos. En este sentido, se crean contradicciones entre los artículos indicados anteriormente (véase *supra*) de la Carta, relacionados con el principio de no intervención, como lo es el artículo 19, referente a que ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuera el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro Estado

²⁸ Alice, Mauricio, "La democracia en el sistema interamericano", *cit.*, nota 22, p. 314.

²⁹ Organización de los Estados Americanos, *Resolución Para el Fortalecimiento de la Democracia Representativa*, AG/RES.1080 (XXI-0/91), aprobada durante la Quinta Sesión Plenaria, celebrada el 5 de junio de 1991, p. 2, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/pr/pr18.pdf> (fecha y hora local de consulta: 02/09/2008; 12:30 hrs.).

de la Organización; el artículo 2b, al mencionarse que entre los propósitos esenciales de la Organización se encuentra la promoción y consolidación de la democracia representativa, dentro del respeto al principio de no intervención, así como la “Declaración de Principios sobre Solidaridad y Cooperación Interamericana”, de 1936, en donde se expresa que los Estados, fieles a sus instituciones republicanas, proclaman su absoluta libertad jurídica, el respeto irrestricto a su soberanía y la existencia de una democracia solidaria en América.

Después de haberse adoptado la Resolución 1080, que establece un mecanismo específico de referencia para que el secretario general de la OEA convocara al Consejo Permanente en los casos de interrupción abrupta o irregular de los procesos políticos, la siguiente fase consistió, como lo expresa Mauricio Alice, en diseñar los criterios que deberían seguirse en los casos de derrocamientos de gobiernos democráticamente constituidos; lo anterior cristalizaría con el Protocolo de Washington, del 14 de diciembre de 1992, que modificó el artículo 9 de la Carta (véase nota 24), en los siguientes términos:

Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado. a) La facultad de suspensión solamente será ejercida cuando hayan sido infructuosas las gestiones diplomáticas que la Organización hubiera emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado. b) La decisión sobre la suspensión deberá ser adoptada en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros. c) La suspensión entrará en vigor inmediatamente después de su aprobación por la Asamblea General. d) La Organización procurará, no obstante la medida de suspensión, emprender nuevas gestiones diplomáticas tendientes a coadyuvar al restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado. e) El miembro que hubiere sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones con la Organización. f) La Asamblea General podrá levantar la suspensión por decisión adoptada con la aprobación de dos tercios de los Estados miembros. g) Las atribuciones a que se refiere este artículo se ejercerán de conformidad con la presente Carta.³⁰

³⁰ Alice, Mauricio, “La democracia en el sistema interamericano”, *cit.*, nota 22, p. 316.

El Protocolo de Washington sería trascendental para el desarrollo de la arquitectura del sistema regional de democratización en casos extremos, al establecer sanciones a los gobiernos que por vías ilegítimas derrocaran a los poderes democráticamente constituidos, siempre y cuando la opción diplomática haya sido infructuosa. Asimismo, en 1992 se adoptó la Declaración de Nassau, la cual reconoce que persisten en la región focos rojos de inestabilidad en los ámbitos económico, social y humanitario, así como que no se ha logrado el desarrollo integral en los Estados miembros de la Organización. En la declaración de referencia se expresó el compromiso renovado e indeclinable con el fortalecimiento la defensa y la promoción de la democracia representativa, los derechos humanos, en el marco de los principios de autodeterminación y no intervención y solidaridad, así como la decisión de desarrollar mecanismos para proporcionar a los Estados miembros la asistencia que soliciten, a fin de promover, preservar y fortalecer la democracia representativa, con objeto de complementar y seguir desarrollando lo establecido en la Resolución AG/RES.1080 (XXI-0/91) y continuar examinando la Carta de la OEA e instrumentos regionales pertinentes, a fin de seguir fortaleciendo la Organización en lo referente a estimular el apoyo a los esfuerzos de los Estados miembros orientados a la consolidación y el ejercicio efectivo de la democracia representativa.³¹

Dos constantes se observan en los instrumentos regionales examinados anteriormente sobre el desarrollo del sistema interamericano de democracia; por un lado se invocan principios que han sido angulares en el sistema interamericano, y, por otra parte, se profundizan los mecanismos de supervisión y apoyo, derivado también de las necesidades innegables que han interrumpido los procesos de desarrollo de la democracia en diversos países de nuestra región. Adicionalmente, se pueden mencionar y examinar resoluciones adoptadas por otros órganos e instancias de la Organización,

³¹ Organización de los Estados Americanos, Declaración de Nassau, aprobada en la Tercera Sesión Plenaria, celebrada el 19 de mayo de 1992, OEA/Ser. P./AG/DEC.1 (XXII-O-92), pp.1-4, en <http://www.cajpe.org.pe/RJ/bases/democracia/xxii./pdf> (fecha y hora local de consulta: 08/IX/08; 10:35 hrs). La Declaración de Nassau menciona otros tópicos de interrelación con la democracia representativa no mencionados, referentes a la extrema pobreza, comercio, infraestructura, salud, etcétera; en este sentido, en el apartado de declaración se indica “1. Su determinación de trabajar por la adopción y puesta en práctica de programas de cooperación para el desarrollo en ámbitos críticos como la extrema pobreza, integración regional, liberalización del comercio, infraestructura, salud, educación, medio ambiente y ciencia y tecnología, con objeto de fortalecer la democracia representativa. [...] 11. Su opinión de que el logro del desarrollo sustentable exige, entre otras cosas, esfuerzos en los planos national [sic] e internacional, y la adopción de medidas concretas que suntan [sic] efectos positivos en las economías de la región, particularmente las de América Latina y el Caribe”, pp. 3 y 4.

a favor de la observancia de los principios de cooperación, autodeterminación, no intervención; sin embargo, revisarlas desbordarían los objetivos y propósitos de la presente investigación. Sin embargo, por la trascendencia del órgano principal de la OEA, como lo es el Comité Jurídico Interamericano, se transcribirá parte del documento CJI/RES.23(LVIII-0/01), en donde se hace referencia a la democracia representativa y su interrelación con los principios de autodeterminación y no intervención:

PRIMERO: Todo Estado del sistema interamericano tiene la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa en su sistema y organización política. Esta obligación existe frente a la organización de los Estados Americanos y para su cumplimiento, todo Estado del sistema interamericano tiene el derecho a escoger los medios y formas que estime adecuados. SEGUNDO: El principio de no intervención y el derecho de cada Estado del sistema interamericano a elegir, sin injerencia externa, su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga, no pueden amparar la violación de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa en dicho sistema y organización. TERCERO: La Organización de los Estados Americanos tiene la competencia de promover y consolidar la democracia representativa en todos y cada uno de sus Estados miembros. En especial, corresponde a la Organización, a través de la Reunión AD Hoc de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Asamblea General sesionando en un período extraordinario, determinar, en el marco de la resolución AG/RES. 1080 (XXI-O/91), 'Democracia Representativa', cuando uno de sus Estados miembros ha violado o dejar de cumplir la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa. CUARTO: La interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente constituido, constituyen, en el sistema interamericano, incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa. QUINTO: El Estado del sistema interamericano que incurre en incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa adquiere la obligación de restablecer dicho ejercicio efectivo. Las resoluciones que la organización de los Estados Americanos adopte en tal eventualidad deben tener por objeto ese restablecimiento.³²

³² Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2001, 59º. Período Ordinario de Sesiones, 30 de julio al 24 de agosto de 2001, Río de Janeiro, Brasil, OEA/Ser. Q./VI/32/CJI/doc.79/01 p. 48, en <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2001.ESP.pdf> (fecha y hora local de consulta: 14/07/2008; 10:36 hrs.). Resulta importante mencionar lo referente al origen, bases jurídicas, estructura y propósitos del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, en virtud de ser un órgano principal de la Organización para el desarrollo de la arquitectura jurídico-institucional de nuestro hemisferio; en otras palabras, de todo el sistema interamericano. Al respecto puede indicarse

Debe subrayarse que la obligación de todos los Estados del sistema interamericano, de ejercer efectivamente la democracia, así como la competen-

que “El más antiguo antecedente del Comité Jurídico Interamericano lo constituye la Junta Interamericana de Jurisconsultos de Río de Janeiro, creada por la Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906. Su primera reunión se efectuó en 1912, aunque el período de mayor importancia fue durante el año 1927 en el cual se aprobaron doce proyectos de convención de derecho internacional público y el Código Bustamante en el campo del derecho internacional privado. Posteriormente en 1933, durante la VII Conferencia Panamericana de Montevideo, se establecieron las Comisiones Nacionales para la Codificación del Derecho Internacional así como la Comisión Interamericana de Expertos cuya primera sesión se celebró en la ciudad de Washington D. C., en abril de 1937. En 1939, del 26 de septiembre al 3 de octubre, se realizó la Primera Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas en la cual se creó el Comité Interamericano de Neutralidad. Este Comité actuó durante más de dos años hasta que en 1942 fue transformado en el Comité Jurídico Interamericano por la Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Río de Janeiro, mediante resolución XXVI. Se determinó además que el Comité Jurídico Interamericano tuviera su sede en la ciudad de Río de Janeiro. En 1948, la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, adoptó la ‘Carta de la Organización de los Estados Americanos’, mediante la cual se creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos con un representante por cada Estado miembro con funciones de consulta y de promoción del desarrollo progresivo en los asuntos jurídicos de la OEA. Su comisión permanente sería el propio Comité Jurídico Interamericano, integrado por nueve juristas de los Estados miembros y encargado, con amplia autonomía técnica, de emprender los estudios y trabajos preparatorios que le fueran confiados por determinados órganos de la Organización. Mas tarde, en 1967, la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Buenos Aires, Argentina, aprobó el ‘Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos’ o ‘Protocolo de Buenos Aires’, mediante el cual se elimina el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuyas funciones pasaron al Comité Jurídico Interamericano, elevándolo así al nivel de órgano principal de la OEA. El Comité Jurídico Interamericano tiene como atribuciones básicas, según el artículo 99 de la Carta, las de... servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente. Le compete asimismo, según el artículo 100 de la Carta: ... emprender los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas. El Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Río de Janeiro pero en casos especiales puede celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente. Además, está integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros de la Organización, los cuáles representan el conjunto de los Estados y tienen la más amplia autonomía técnica”. *Cfr.* Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2007, 71º. Período Ordinario de Sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 2007, Río de Janeiro, Brasil, OEA/ Ser.Q/VII.38, CJI/doc. 286/07, p. 7, en <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2007.ESP.pdf> (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008; 07:50 hrs.).

cia de la Organización, de promover y consolidar la democracia representativa, se expresa en un contexto-tendencia irreversible de interrelación entre la democracia y el derecho internacional, por ser precisamente el tema de la democracia representativa, desde hace algún tiempo tema de la agenda global. En el documento emitido por el Comité Jurídico Interamericano CJI/doc.47/01 se hace alusión a esta interrelación, al mencionarse que prácticamente ha acabado la indiferencia del derecho internacional al régimen político y a la forma de gobierno interno, dejado al libre albedrío de cada Estado, característica de un sistema global de coexistencia pacífica; existe una marcada tendencia hacia “la unificación ideológica de los derechos humanos, apoyada sobre la adhesión común a la escogencia liberal, pluralista y democrática de gobierno”.³³ Apoyando esta tendencia, algunos autores sostienen que se estaría en un proceso de conformación de un principio de derecho positivo, que obligaría a los Estados a sustentar la legitimidad de sus regímenes políticos nacionales en la democracia representativa.³⁴ Lo anterior se hace patente, una vez más, en la siguiente etapa, que se registró en los instrumentos regionales, como lo es la Declaración de Managua, adoptada durante el Vigésimo Tercer Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización, en donde se expresó:

3. Su convicción de que la misión de la Organización no se agota en la defensa de la democracia en los casos de quebrantamiento de sus valores y principios fundamentales sino que requiere, además, una labor permanente y creativa dirigida a consolidar, así como de un esfuerzo permanente para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afecten el sistema democrático de gobierno. 4. Su seguridad de que la consolidación de la democracia requiere iniciativas y programas tanto de prevención como de estímulo para su desarrollo...³⁵

La declaración de Managua es fundamental en el proceso de evolución, en virtud de que se hace alusión a la necesidad de “prevenir y anticipar” las causas que incidan o afecten el sistema democrático de gobierno de algún Estado miembro de la Organización. Debe subrayarse que actualmente, cuando ocurre un fenómeno social que afecte los esquemas democráticos de los Estados, se pueden y deben activar los mecanismos previstos, para casos

³³ *Ibidem*, p. 50.

³⁴ *Ibidem*, p. 51.

³⁵ Organización de los Estados Americanos, Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo, aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 8 de junio de 1993, p. 2, en http://www.cajpe.org.pe/mat_bol/Docs/9_Declaracion_de_%20managua%20_1993doc- (fecha y hora local de consulta: 09/08/2008; 20:30 hrs.).

extremos, en los instrumentos anteriormente examinados, como la Resolución 1080, o el artículo 9 de la Carta de la OEA, o, en su caso, lo previsto en la Carta Democrática Interamericano, que se examinará a continuación.

En la III Cumbre de las Américas, llevada a cabo en Québec, Canadá, en 2001, los jefes de Estado y de gobierno instruyeron a sus ministros de relaciones exteriores para que en la próxima Asamblea General de la Organización prepararan una Carta Democrática Interamericana (CDI), que tenga, entre otros, los objetivos de reforzar los instrumentos existentes para la defensa activa de la democracia representativa; asimismo, es importante esta Declaración, porque establece una cláusula democrática en los siguientes términos:

Reconocemos que los valores y prácticas de la democracia son fundamentales para avanzar en el logro de todos nuestros objetivos. El mantenimiento y fortalecimiento del Estado de Derecho y el respeto estricto al sistema democrático son, al mismo tiempo, un propósito y un compromiso compartido, así como una condición esencial de nuestra presencia en ésta y en futuras cumbres. En consecuencia, cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de cumbres de las Américas. Tomando debidamente en cuenta los mecanismos hemisféricos, regionales y subregionales, existentes, acordamos llevar a cabo consultas en el caso de una ruptura del sistema democrático de un país que participa en el proceso de Cumbres.³⁶

Debe indicarse que esta Declaración de la Ciudad de Québec representó el paso previo para la culminación de todo un proceso que inició en Buenos Aires en 1936 y que preparaba las condiciones para la elaboración de la CDI; además, puede mencionarse que Perú acababa de recuperar su democracia, y esa era una de las razones por la cual se integró la cláusula demo-

³⁶ Organización de los Estados Americanos, Declaración de la Ciudad de Quebec, Plan de Acción, Tercera Cumbre de las Américas, [Canadá, del 20 al 22 de abril de 2001] p. 1, en http://www.iin.oca.org/tercera_cumbre.htm (fecha y hora local de consulta: 05/09/2008; 21:29 hrs.).

Adicionalmente, debe indicarse que la Declaración que nos ocupa enfatiza el hecho de la necesidad de enfrentar los retos inherentes derivadas de las diferencias de tamaño y niveles de desarrollo social, económico e institucional en los países y en general en la región, así como que la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente como elementos fundamentales para aminorar la pobreza y la desigualdad. Otro tema de importancia mencionado lo representa la corrupción, al expresar que menos cabía valores democráticos básicos y representa un verdadero desafío a la estabilidad política y al crecimiento económico y, en consecuencia, amenaza los intereses vitales del hemisferio —expresándose por último— que se reforzará la lucha contra la corrupción, pp. 1 y ss.

crática.³⁷ La CDI se adoptó durante la Primera Sesión Plenaria del Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada el 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú; precisamente, el mismo día de los atentados terroristas en Nueva York, Pensilvania y Washington, D. C. La anterior circunstancia cambiaría el telón de fondo en la región. Sin embargo, la innegable fuerza ética-normativa de la CDI le daría un impulso propio al proceso institucional evolutivo de democratización de la Organización. La CDI se integra por un preámbulo y 28 artículos, divididos por apartados; son de hecho amplios subtemas teórico-prácticos que se habían venido mencionando y desarrollando en el seno de la Organización a través de sus diversos órganos, mediante resoluciones, declaraciones y, en su caso, los tratados signados en el marco de la Organización y, desde luego, en los instrumentos examinados anteriormente —interrelacionándose sobremanera— con el tema de la democracia representativa. Los subtítulos de referencia abordan los siguientes subtemas: I. La democracia y el sistema interamericano. II. La democracia y los derechos humanos. III. Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. IV. Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. V. La democracia y las misiones de observación electoral. VI. Promoción de la cultura democrática.³⁸ El centro de gravedad de la CDI lo constituye el apartado IV, basándose en la Resolución 1080 y la Declaración de la ciudad de Québec, en los siguientes términos:

Artículo 17 Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. Artículo 18 Cuando en un Estado miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente.

³⁷ Tomic Errázuriz, Esteban, *La carta democrática interamericana. Orígenes, principios, valores, importancia y aplicación*, p. 1, en <http://www.oas.org/documents/sap/legis/documentos/La%20Carta%20Democrática%20 p. 1> (fecha y hora local de consulta: 10/07/2008; 14:10 hrs.).

³⁸ Organización de los Estados Americanos, Carta Democrática Interamericana, aprobada en la Primera Sesión Plenaria del Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, p. 3, en http://www.oas.org/OASSpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008; 11:30 hrs.).

te, y esté realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento. Artículo 19 Basados en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la Ciudad de Québec, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro constituye mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización. Artículo 20 En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare, El Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática. Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. Artículo 21 Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato. El Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de su obligación como miembro de la organización, en particular en materia de derechos humanos. Adoptada la decisión de suspender a un gobierno, la Organización mantendrá sus gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado Miembro afectado.³⁹

³⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 6. Otro rubro que debe subrayarse lo constituye el apartado V, referente —como se indicó en el *corpus* del trabajo— la Democracia y las misiones de observación electoral. Son fundamentales los artículos que integran el apartado, en virtud de establecer los criterios para llevar a cabo las misiones de observación y monitoreo de los procesos electorales tan importantes en nuestra región. En este apartado se indica que los Estados miembros

Como se podrá observar, los artículos 17 y 18 reafirman lo previsto en la Resolución 1080; el artículo 19 recoge y desarrolla lo previsto en la cláusula democrática de la Declaración de la ciudad de Québec, e hipotetiza fenómenos sociales que representen posibles amenazas al quebrantamiento del orden democrático, abarcando también, posibles disturbios que pongan en peligro un régimen democrático. Por último, los artículos 20 y 21 especifican lo previsto en el artículo 9 de la Carta de la OEA (*véase supra*); expresan que cualquier Estado miembro de la Organización o el secretario general podrán solicitar —cuando se produzca una alteración del orden constitucional que ponga en peligro la democracia representativa— la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para evaluar la situación prevaleciente y considerar adoptar las medidas pertinentes que puedan encauzar la situación irregular prevaleciente en el Estado miembro. Por otra parte, como menciona Mauricio Alice, la CDI representa un instrumento político regional de importancia y es uno de los principales mecanismos para la defensa de la democracia en el continente, porque desarrolla y profundiza los criterios previstos en la Resolución 1080. La CDI se activó en abril de 2002, en la crisis de Venezuela, y fue determinante para lograr la restitución al poder del presidente Hugo Chávez Frías, así como en Ecuador en 2004 y 2005.⁴⁰ Se activó también en el caso de Nicaragua en 2005.⁴¹

Determinar la naturaleza jurídica de la CDI es un tema teórico-práctico fundamental y de no fácil solución, en virtud de que doctrinariamente es un tema inacabado que se ubica en el ámbito de la disciplina académica del derecho de las organizaciones internacionales (DOI)⁴² y de las fuentes

son los que tienen, en principio, la responsabilidad de llevar a cabo los procesos electorales, pudiendo solicitar a la Organización asesoramiento para el fortalecimiento y desarrollo de sus instituciones y procesos electorales; indicándose también, que las misiones de observación se realizarán a “solicitud” del Estado miembro mediante un convenio entre el secretario general y el gobierno del Estado, en donde se establecerán el alcance y la cobertura de la misión de observación electoral, llevándose a cabo bajo los principios y normas de la OEA. La Organización deberá asegurar la eficacia e independencia de las misiones, realizándose en forma objetiva, imparcial, transparente y apoyada con la capacidad técnica apropiada, p. 6.

⁴⁰ Alice, Mauricio, “La democracia en el sistema interamericano”, *cit.*, nota 22, pp. 319 y 320.

⁴¹ Herdocia Sacasa, Mauricio, “Soberanía desafiada y organismos internacionales. El principio de la solidaridad jurídica”, en *XXXII Curso de Derecho Internacional*, *cit.*, nota 15, p. 39.

⁴² Seitenfus, Ricardo, *Manual das organizações internacionais*, 4a. ed. revista, actualizada e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 16. Debe indicarse que el estudio sistemático de las organizaciones internacionales como disciplina adquirió aspecto propio y evolucionó a partir de su introducción en las universidades europeas durante los años cincuenta del siglo XX, en la cátedra de instituciones internacionales. Posteriormente, se desarrollaron dos corrientes de pensamiento teórico-doctrinales de la naciente disciplina:

del derecho internacional, como en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴³ Al respecto, para los fines de la presente investigación, debe recordarse que la doctrina dominante, durante casi todo el siglo XX —acorde al mencionado artículo 38-1— consideró que las fuentes del derecho internacional son los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho, y como fuentes subsidiarias se ubican la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad. Sin embargo, en la práctica se pueden considerar otras fuentes que de alguna manera son la vía de conformación y expresión de la *opinio juris* y, a la postre, de expansión del derecho internacional. En la práctica es difícil llegar a establecer reglas genéricas capaces de hipotetizar todas las configuraciones posibles.⁴⁴ En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (RAGONU), cuando son aprobadas por la mayoría o la totalidad de los Estados, tienen evidentemente el respaldo colectivo de los intereses internacionales, en oposición, por ejemplo, a las emitidas por el Consejo de Seguridad (CS), que podrían no tener el respaldo o el consenso amplio de la comunidad internacional. Las resoluciones de las organizaciones internacionales y las RAGONU son utilizadas por los Estados para el reconocimiento de los principios generales del derecho.⁴⁵ En el ámbito de nuestra región, históricamente fue a partir de las diversas conferencias

la primera cultivada en las universidades de la Europa continental, que puede denominarse como de “corriente institucional”, caracterizada por el estudio de las organizaciones internacionales, en un contexto más amplio a la historia diplomática y al derecho internacional público. La otra gran corriente se desarrollaría en la Gran Bretaña, a la cual se le denominó “corriente constitucional”, caracterizada por el estudio de los problemas constitucionales de las organizaciones internacionales, p. 16.

⁴³ Bécerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 2. Al respecto, el antecedente más remoto de la codificación de las fuentes del derecho internacional en un instrumento jurídico internacional. Se localiza en el artículo 7o. del XII Convenio de La Haya, del 18 de septiembre de 1907, mediante el cual se instituyó el Tribunal Internacional de las Presas, p. 2.

⁴⁴ Silva, Gerardo Eulalio do Nascimento E. y Hildebran do Accioly, *Manual de direito internacional público*, 15a. ed. revista e atualizada por Paulo Borba Casella e colaboradores, São Paulo, Saravia, 2002, p. 26.

⁴⁵ Alburquerque Mello, Celso D., *Curso de direito internacional público*, cit., nota 17, p. 315. Cabe mencionar que las primeras referencias a las fuentes del DI mediante las resoluciones de los organismos internacionales fueron hechas por el Liszt, antes de la Primera Guerra Mundial, quien mencionaba como fuentes los reglamentos emanados de los organismos internacionales. Pueden citarse posteriormente a los teóricos Verdross y Reuter, quienes indicaron la aparición de una fuente del DI, que no se encontraba en las enumeradas en el artículo 30-1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, desarrolladas por la CECA, CEE y el EURATOM, pp. 313 y 321.

internacionales americanas que surgieron problemas derivados en los tratados signados por los Estados, en donde existían problemas derivados de insuficiencias de ratificaciones o de reservas. Las resoluciones llegaron a ser tan numerosas, como, por ejemplo, en la VII Conferencia de Lima en 1938, fueron adoptadas 112 resoluciones o declaraciones. Los instrumentos de referencia tuvieron, en consecuencia, gran importancia en el desarrollo del sistema interamericano, trascendiendo inclusive la duración de las conferencias que las adoptaron; como por ejemplo la Resolución IX, de la Conferencia de México de 1945, que creó órganos periódicos, como las reuniones de ministros de relaciones exteriores o permanentes, como el Consejo de la Unión Panamericana, que a la postre establecerían las bases para la conformación de lo que posteriormente se conocería como la OEA. En este sentido, puede considerarse que las decisiones de las conferencias interamericanas han sido una fuente del derecho internacional por excelencia.⁴⁶

Por otra parte, para Juillard, las resoluciones pueden declarar reglas jurídicas y dependiendo de las condiciones de su aprobación, pueden ser asimiladas a una Convención; asimismo, las resoluciones pueden —en su caso— sistematizar y desarrollar una costumbre y mediante este tipo de fuente de *soft law*, dan mayor flexibilidad al Estado para aplicar la norma internacional. El valor jurídico de una resolución depende del consentimiento general que reflejen y que consagren un derecho preexistente.⁴⁷ Para Becerra Ramírez, es necesario considerar en las resoluciones el grado de aceptación que tenga de los Estados —elemento cuantitativo— y el objeto del instrumento —elemento cualitativo—; además, las resoluciones pueden tener diversos objetivos muy precisos “hacer meros pronunciamientos o bien establecer situaciones jurídicas de carácter normativo; es decir para una mejor comprensión de las resoluciones y darles la interpretación que le corresponde es necesario buscar su *opinio juris*”.⁴⁸ Debe considerarse también la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), referente al valor de las resoluciones, como la relacionada con la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional y las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados, de acuerdo con la Carta de la ONU.

⁴⁶ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Direito das organizações internacionais*, 3a. ed. revisada, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 624 y ss.

⁴⁷ Alburquerque Mello, Celso D., *Curso de direito internacional público*, *op. cit. supra*, nota 17, pp. 315 y 316.

⁴⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, *cit.*, nota 43, pp. 7 y 8.

El efecto de un consentimiento al texto de tal resolución, no puede ser entendido como un simple recordatorio o una simple especificación del compromiso convencional adoptado en la Carta. Por el contrario, puede interpretarse como una adhesión al valor de la regla o del conjunto de reglas declaradas por la Resolución e incorporadas en ella misma.⁴⁹

Al considerar la naturaleza jurídica de la CDI a la luz de los antecedentes mencionados, debe indicarse que se aprobó mediante resolución de la Asamblea General en un periodo extraordinario de sesiones, aprobándose por unanimidad, y representa, como se ha examinado, el desarrollo del proceso democrático del sistema interamericano, que refleja sin duda *opinio juris* regional, a través de afirmaciones y desarrollos de los instrumentos internacionales regionales precedentes mediante la interrelación existente de los mismos, representando en esencia —como se menciona en la postura de la CIJ—, la adhesión al valor de las reglas contenidas en las diversas resoluciones y, desde luego, la CDI es de indudable valor ético-normativo y reflejo de las prácticas de los órganos de la OEA.

Por último, debe hacerse referencia a la importancia que representa CDI para coadyuvar en el tema de la corrupción; el artículo 4 de la mencionada CDI establece que son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, así como la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública.⁵⁰ Otros principios relacionados con la democracia y la corrupción se encuentran en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en donde se establece que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, así como su combate fortalece las instituciones democráticas, evita posibles distorsiones y vicios en la gestión pública.⁵¹ Otra mención sobre la corrupción

⁴⁹ Herdocia Sacasa, Mauricio, “Soberanía desafiada y organismos internacionales. El principio de la solidaridad jurídica”, en *XXXII Curso de Derecho Internacional*, *cit.*, nota 15, p. 38.

⁵⁰ Organización de los Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana*, *cit.*, nota 38, p. 3.

⁵¹ Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996, entró en vigor el 6 de marzo de 1997, p. 1, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html> (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008/; 10:15 hrs.). Los propósitos de la Convención se establecen en el artículo II, al indicar que los mismos son: “1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para

se encuentra en la Declaración de la Ciudad de Québec (véase nota 36). Asimismo, el tema de la corrupción en los régimenes democráticos es desde mediados de la década de 1990⁵² un tema global; asimismo, desde 1974 más del 90% de los Estados han hecho transiciones a la democracia; al término del siglo pasado, 60% de los Estados fueron democráticos.⁵³ Sin embargo, a nivel global las celebraciones por el triunfo de las democracias en el mundo podrían ser prematuras, en pocos años los régimenes democráticos han sido lentamente sostenidos por corrientes autoritarias, y en algunas regiones del mundo se ha registrado una recesión democrática.

Las democracias emergentes deben demostrar que pueden resolver problemas de gobernanza y dar a sus ciudadanos mejores y reales expectativas de justicia y mejor nivel de desarrollo; si las democracias emergentes no son más efectivas contra el crimen, la corrupción y generan mejores niveles de crecimiento económico que reduzca la inequidad económica, las sociedades podrían preferir regresar a los régimenes autoritarios.⁵⁴ Una corriente de opinión establece que en esencia —en nuestra región— las sociedades no cuestionan el sistema democrático como forma de gobierno, ni como forma de vida; lo que realmente se cuestiona es la calidad de los dirigentes sociales, con especial referencia a las élites políticas, quienes generalmente se les desconoce legitimidad, capacidad de conductores de los procesos políticos.⁵⁵ En este sentido, la CDI viene a apuntalar indirectamente los régimenes de los Estados que integran el sistema interamericano, a fin de ser más transparentes. La CDI —como se ha examinado— se interrelaciona como un tejido armónico y coherente, con los demás mecanismos e instrumentos jurídicos regionales que en su conjunto inciden sobremanera en el bienestar de las sociedades de nuestro hemisferio.

prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”, p. 2.

⁵² Heineman, Ben W., Jr. and Fritz Heimann, “The long war against corruption”, *Foreign Affairs*, New York, núm. 3, vol. 85, May/June 2006, p. 75.

⁵³ Diamond, Larry, “The democratic rollback. The resurgence of the predatory state”, *Foreign Affairs*, New York, núm. 2, vol.87, March/April, 2008, p. 36.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁵ Ferreira Rubio, Delia M., “Valores y prácticas legislativas en la lucha contra la corrupción”. Síntesis de exposición realizada en el Seminario/Taller para Legisladores de Centroamérica y República Dominicana denominado *El Poder Legislativo en la lucha contra la corrupción*, llevado a cabo por la Organización de los Estados Americanos y realizado del 19 al 21 de septiembre de 2007 en la República Dominicana, p. 1, en <http://www.oas.org/documents/sap/legis/documentos/Valores%20y%20Prácticas%20Legilación.html> (fecha y hora local de consulta: 13/07/2008; 13:56 hrs.).

V. REFLEXIONES FINALES

Como se ha examinado, la globalización se distingue por la extensión e intensidad de los fenómenos de naturaleza multidimensional y profundamente inequitativos, en donde uno de los principales retos es reconvertir el fenómeno globalizador en una fuerza positiva que ofrezca posibilidades de mayor desarrollo y aminore la brecha de inequidades que se registran en las diversas sociedades de nuestra región. El Estado-nación actual es un ente en permanente cambio, que favorece e incentiva las grandes corrientes globalizadoras al interior de su espacio jurídico-político, cumpliendo a principios del siglo XXI, trascendentales funciones como de proporcionar un sentido de pertenencia, de integración social y de seguridad, necesarios para el desenvolvimiento de las sociedades.

A la luz del fenómeno globalizador se registran al interior del Estadonación, fuerzas e intereses difusos, que no pueden controlarse en su totalidad por el actual Estado-nación, haciéndose cada vez más patente la necesidad de implementar viables respuestas a los desafíos que conlleva la globalización; propuestas equivocadas e inviables pueden fracturar la realidad interna del Estado-nación y en casos extremos, afectar a todo el sistema global y reflejarse en los indicadores de desarrollo económico y social. Hoy más que en el pasado, el Estado transnacionalizado se encuentra subordinado por diversos vasos comunicantes a los procesos y sucesos del orden económico global, debiéndose de adaptar más rápidamente a los veloces cambios que exige el contexto globalizador. Conceptos como el de soberanía adquieren otras connotaciones aún inacabadas, como consecuencia de cambiantes transformaciones sociales. La categoría de soberanía se aplica en la vertiente de interrelación a un orden jurídico interestatal y conlleva la presunción de competencia en un territorio, así como el de poder jurídico que coexiste y coopera con otros poderes.

Actualmente se registra en nuestro hemisferio, de manera casi general, la observancia formal hacia las instituciones y procesos democráticos constitucionales, que coincidió en sus inicios con progresos de índole económica y mejoramiento de la gobernanza. Asimismo, los valores democráticos ya no son de manera general una lejana aspiración, y hoy se han convertido en una realidad y necesidad su profundización en la región, y han sido desde la Conferencia Interamericana para la Consolidación de la Paz de Buenos Aires de 1936, un tema de la agenda regional, que ha evolucionado en su arquitectura jurídico-política-institucional, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, y a partir de épocas tempranas se vislumbró la interrelación existente entre democracia, seguridad y derechos humanos.

En este sentido, los principios de no intervención y autodeterminación también se han transformado, acorde al desarrollo del sistema democrático regional, formalizado en las diversas declaraciones, resoluciones y, desde luego, en la propia transformación de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; al mismo tiempo, los mecanismos de supervisión y apoyo a los procesos democráticos se van expandiendo y profundizando, como consecuencia de las mismas necesidades de desarrollo del sistema jurídico-político-institucional del sistema interamericano.

Por otra parte, de los instrumentos regionales examinados debe subrayarse que representan un tejido armónico y coherente, así como la trascendencia de los mecanismos formalizados, como lo son la Resolución 1080, el Protocolo de Washington y la Carta Democrática Interamericana, en los casos de interrupciones abruptas o irregulares de los procesos políticos o de las sanciones que conllevan las referidas interrupciones; adicionalmente, este último instrumento es en esencia la culminación de una etapa del proceso de democratización que recoge las aspiraciones, los valores, y representan la materialización de *opinio juris* en nuestro sistema interamericano.

VI. RELACIÓN DE FUENTES DOCUMENTALES Y ELECTRÓNICAS

1. *Bibliografía*

ALICE, Mauricio, “La democracia en el sistema interamericano”, *XXXII Curso de Derecho Internacional*, Washington, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos [Luis Toro Utiliano, comp.], 2006.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D., *Curso de derecho internacional público*, 15a. ed. revista e ampliada, I vol. (prefácio de M. Franchini Netto), Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

BATTA FONSECA, Víctor, “Prospectiva y teoría internacional: escenarios sobre el Estado y la globalización en el siglo XXI”, *Escenarios futuros sobre la globalización y el poder mundial. Un enfoque interdisciplinario*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Direito das organizações internacionais*, 3a. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

CONCHA MALO, Miguel, “Globalización neoliberal y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, en MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, 2008.

DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coord.), “América Latina: paz y desarrollo”, *Paz, tecnología y bioética. Cuartas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008.

GARCÍA CONTRERAS, David, “Apuntes sobre el Estado-nación: una aproximación sobre el mañana”, en BATTA CONTRERAS, Víctor y SOSA FUENTES, Samuel (coords.), *Escenarios futuros sobre la globalización y el poder mundial. Un enfoque interdisciplinario*, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.

GARCÍA FLORES, Eugenio, “El Estado-nación en un proceso globalizador, la lucha contra el terrorismo trasnacionalizado y la observancia de los derechos humanos”, en MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, 2008.

GONZÁLEZ AGUIRRE, Rosa Luz, “Tecnología y globalización ¿como se relacionan con derechos humanos?”, en DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Paz tecnología y bioética. Cuartas Jornadas sobre Globalización y Derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

HERDOCIA SACASA, Mauricio, “Soberanía desafiada y organismos internacionales. El principio de la solidaridad jurídica”, en TORO UTILIANO, Luis (comp.), *XXXII Curso de Derecho Internacional*, Washington, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2006.

KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

SEITENFUS, Ricardo, *Manual das organizações internacionais*, 4a. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, Gerardo Eulalio do nascimento E. y HILDEBRAN DO ACCIOLY, *Manual de direito internacional público*, 15a. ed. revista e atualizada por Paulo Borba Casella e colaboradores, São Paulo, Saravia, 2002.

WALDIR DE ALBURQUERQUE, Tercio, “Soberania do Estado frente à globalização – o caso brasileiro”, en *Jornadas de derecho internacional*, [Luis Toro Utiliano edit.], Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2005.

2. *Bibliografía electrónica*

FERREIRA RUBIO, Delia M., “Valores y prácticas legislativas en la lucha contra la corrupción”. Síntesis de exposición realizada en el seminario/taller para legisladores de Centroamérica y República Dominicana denominado *El Poder Legislativo en la Lucha Contra la Corrupción*, llevado a cabo por la Organización de los Estados Americanos y realizado del 19 al 21 de septiembre de 2007 en la República Dominicana, 10 pp., en <http://www.oas.org/documents/sap/legis/documentos/Valores%20y%20Prácticas%20Legilación.html> (fecha y hora local de consulta: 13/07/2008; 13:56 hrs.).

MARÍA SERRANO, Joseph F., *El “consenso de Washington” ¿Paradigma económico del capitalismo triunfante?*, Papeles [s. p.], [s. a.], 17 pp., en <http://www.fespinel.com/espinal/realitat/pap/46.htm> (fecha y hora local de consulta: 20/07/2008; 01:25 pm).

TOMIC ERRÁZURIZ, Esteban, *La carta democrática interamericana. Orígenes, principios, valores, importancia y aplicación*, 10 pp., en <http://www.oas.org/documents/sap/legis/documentos/La%20Carta%20Democrática%20.htm> p. 1.(fecha y hora local de consulta: 10/07/2008; 14:10 hrs.).

3. *Hemerografía*

CASTAÑEDA, Jorge G., “Latin America’s left turn”, *Foreign Affairs*, New York, núm. 3, vol. 85, may/jun 2006.

FERRER, Aldo, “América Latina y la globalización”, *Revista de la CEPAL. Cinuenta años*, Santiago de Chile, núm extraordinario, octubre de 1998.

DIAMOND, Larry, “The democratic rollback. The resurgence of the predatory state”, *Foreign Affairs*, New York, núm. 2, vol. 87, march/april, 2008.

GONZÁLEZ MANRIQUE, Luis E., “2006, decisiones en América Latina”, *Política Exterior*, España, núm. 109, vol. XX, enero-febrero de 2006.

WOLFANG, Hein, “El fin del Estado-nación y el nuevo orden mundial. Las instituciones políticas en perspectiva”, *Nueva Sociedad*, núm. 132, julio-agosto de 1994 [s. p.].

4. *Instrumento internacional global*

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Declaración del Milenio* (A/55/L.2), 8a. sesión plenaria, 8 de septiembre de 2000, 10 pp., en <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html> (fecha y hora local de consulta: 17/08/2008; 08:18 p.m.).

5. *Mecanismos jurídicos regionales*

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Carta de la Organización de los Estados Americanos, en <http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados/a-41.html> (fecha y hora local de consulta: 05/IX/08; 18:55 hrs.).

_____, Departamento de Derecho Internacional. Convención Interamericana Contra la Corrupción. Adoptada en la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996, entró en vigor el 6 de marzo de 1997, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html> (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008/; 10:15 hrs.).

6. *Instrumentos internacionales regionales*

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la Primera Sesión Plenaria del Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, 7 pp., en http://www.oas.org/OASSpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm (fecha y hora local de consulta: 12/07/2008; 11:30 hrs.).

_____, Declaración de la Ciudad de Quebec. Plan de Acción, Tercera Cumbre de las Américas. [Canadá, 20 al 22 de abril de 2001] 5 pp., en http://www.iin.oca.org/tercera_cumbre.htm (fecha y hora local de consulta: 05/09/2008; 21:29 hrs.).

_____, Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo, Aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 8 de junio de 1993, 4 pp., en http://www.cajpe.org.pe/mat_bol/Docs/9_Declaracion_de_%20managua%20_1993doc- (fecha y hora local de consulta: 09/08/2008; 20:30 hrs.).

_____, Declaración de Nassau, Aprobada en la Tercera Sesión Plenaria, celebrada el 19 de mayo de 1992, OEA/Ser. P./AG/DEC.1 (XXII-O-92). 5 pp., en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/democracia/xxii./pdf> (fecha y hora local de consulta: 08/IX/08; 10:35 hrs.).

_____, Resolución Para el Fortalecimiento de la Democracia Representativa, AG/RES.1080 (XXI-0/91), Aprobada Durante la Quinta Sesión Plenaria, celebrada el 5 de junio de 1991, 2 pp., en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/pr/pr18.pdf>. (fecha y hora local de consulta: 02/09/2008; 12:30 hrs.).

_____, Comité Jurídico Interamericano. Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2001, 59º. Periodo Ordinario de Sesiones, 30 de julio al 24 de agosto de 2001, Río de Janeiro, Brasil, OEA/Ser. Q./VI/32/CJI/doc.79/01, 159 pp., en <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2001.ESP.pdf> (fecha y hora local de consulta: 14/07/2008; 10:36 hrs.).

_____, Comité Jurídico Interamericano. Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2007, 71º. Periodo Ordinario de Sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 2007, Río de Janeiro, Brasil, OEA/ Ser.Q/VII.38, CJI/doc. 286/07, 277 pp., en <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2007.ESP.pdf> (fecha y hora local de consulta; 12/07/2008; 07:50 hrs.).

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS AUTORES

ÁVALOS VÁZQUEZ, Roxana de Jesús. Licenciada en derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales “Acatlán” (ENEP-Acatlán), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); doctora en derecho internacional por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Funcionaria en la administración pública federal, así como en la administración universitaria de la UNAM. Se ha desempeñado como profesora de asignatura “A” interina, en las materias de derecho internacional público y derecho internacional privado, en la carrera de relaciones internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, así como de diversas universidades en la ciudad de México. Fue profesora de tiempo completo adscrita a la División de Derecho en la Universidad de Las Américas, A. C., en la ciudad de México. Ha impartido diversos cursos, diplomados y conferencias en la ciudad de México y en diversas entidades federativas de México. Actualmente es profesora de asignatura “A” interina, en la Coordinación de Estudios de Posgrado de la Facultad de Estudios Profesionales Acatlán, UNAM. Ha participado con artículos científicos en diversas obras colectivas, así como en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Autora del libro titulado *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, Porrúa, 2007.

AVENDAÑO GONZÁLEZ, Luis E. A. Licenciado en derecho; maestro en derecho constitucional y amparo y candidato a doctor por la Universidad Autónoma de Querétaro. Cursó el diplomado en amparo penal, y la especialidad en derecho fiscal por la misma universidad, y el diplomado en filosofía del derecho en la Universidad de Granada, España. Actualmente es coordinador del doctorado en derecho y catedrático en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, impartiendo las materias de juicio de controversia constitucional y seminario de investigación, impartiendo a nivel licenciatura las materias derecho constitucional, garantías constitucionales, juicio de amparo, argumentación jurídica y filosofía del derecho en la misma Facultad. Es profesor en otras universidades e institutos en la ciudad de Querétaro.

rétero, específicamente en la Universidad Contemporánea y en la Fundación de Derecho y Administración Pública (FUNDAp). Es colaborador del Poder Judicial de la Federación a través de la Casa de la Cultura Jurídica “Agapito Pozo Balbas” en la ciudad de Querétaro, México; imparte los seminarios sobre tendencias actuales del derecho procesal constitucional en la sede de los tribunales federales, en las ciudades de Celeya, Guanajuato, México, y la controversia constitucional como instrumento de defensa de los municipios y las entidades federativas en la sede del estado de Querétaro. Ha participado y realizado publicaciones en la revista *Stricto Sensu* y en la revista arbitrada nacional *Sapere*.

COELLO NUÑO, Ulises. Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara; maestro en administración pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset (España); doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo titula “B”, perfil PROMEP-SEP, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores-Conacyt, nivel 1. Actualmente es coordinador del Programa Universitario de Fortalecimiento de la Democracia, la Paz y la Justicia de la Universidad Autónoma de Chiapas. Ha sido director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas, así como coordinador de Investigación y Posgrado de la misma Universidad. Ha participado como ponente y conferencista en diversos congresos, foros y seminarios en el país, y ha tomado diversos cursos en México y el extranjero. Ha colaborado con artículos científicos en diversas revistas especializadas, entre los que destacan, “El Estado de derecho, ¿imperio de leyes justas?”, México, *Revista de la Facultad de Derecho de México* (UNAM), t LVII, núm. 248, 2007; “¿Qué es una Constitución abierta?”, *Revista Jurídica el Foro*, México, Barra Mexicana de Abogados, A. C., núm. 1, primer semestre, 2004. Y ha publicado el libro *La Constitución abierta como categoría dogmática*, México y Barcelona, México Universitario y J. M. Bosch Editor, 2005.

DUARTE ROMERO, Enrique. Economista, formado por la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul en 1997, y maestro en economía política por la Pontifícia Universidad Católica de São Paulo en 2004. Doctorando por la Universidad de São Paulo en historia económica. Durante 2003 y 2004 fue profesor de economía en cursos de contabilidad, administración y derecho en la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul, campus de Corumbá. Fue investigador en la Fundación Cândido Rondon de Campo Grande/Mato Grosso do Sul en 2002. Desde 2003 fue profesor de los cursos de economía y derecho en la Facultad Salesiana de Santa Teresa, en

donde también fue coordinador del curso de ciencias económicas de 2005 a 2010. Actualmente es profesor contratado por la Universidad Federal de Grande Dourados (UFGD) desde abril/2011 en la Facultad de Administración, Contabilidad y Economía (FACE).

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México, y doctora por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Investigadora titular “C” definitiva de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pride “D”. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC); miembro numerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); miembro y vicepresidenta segunda suplente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP); miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI); miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Profesora de licenciatura y posgrado en la UNAM y en la Universidad Iberoamericana, así como profesora invitada en distintas universidades de la República Mexicana y del extranjero. Ha publicado, en torno al área del derecho internacional privado y comparado, más de 160 contribuciones, entre las cuales destacan 12 libros de propia autoría y/o coautoría y 15 coordinaciones publicadas en el ámbito nacional e internacional, así como la colección coordinada bajo el título genérico *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*—Parte general, Parte especial y Varia—editada por Porrúa-UNAM entre 2007 y 2009. Entre sus más recientes galardones destaca el Premio Altamirano 2000 y la Distinción Universidad Nacional Jóvenes Académicos, Investigación en Ciencias Sociales 2008.

KERN MOREIRA, Felipe. Graduado en ciencias jurídicas por la Fundación Universidad Federal de Río Grande FURG (Brasil), y en filosofía por la Facultad de Filosofía de Nuestra Señora de la Inmaculada Concepción (Brasil) FAFINC-Viamão/RS /Institutum Sapientiae-Anápolis/GO. Maestro en relaciones internacionales, áreas de concentración, política internacional y comparada; doctorando en relaciones internacionales, área de concentración, historia de las relaciones internacionales, ambas por la Universidad de Brasilia UnB; se ha desempeñado como asesor jurídico de la Coordinación General de Legislación y Normas de Enseñanza Superior (2002-2004), y coordinador de Articulación Institucional del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional DRCI del

Ministerio de Justicia de Brasil; asimismo, se desempeñó como profesor en la Escuela Superior de Administración Hacendaria ESAF (2004-2005) y profesor de derecho internacional en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Roraima (Brasil). Actualmente es investigador de CNPq/DAAD en el Johann Wolfgang Goethe-Universität Francfort, áreas de concentración, derecho internacional, teoría de las relaciones internacionales y política de la defensa.

HERNÁNDEZ CRUZ, José Luis. Doctor en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor de tiempo completo, titular “A”, adscrito a la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH); miembro del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional, en la Facultad de Derecho, campus III, y coordinador de Extensión, Vinculación y Difusión de la misma universidad. Catedrático, entre otras, de las materias de derecho constitucional y de garantías individuales y sociales en la licenciatura en derecho y a nivel maestría, de las materias de régimen jurídico municipal, así como de la materia derecho comparado y métodos y técnicas de investigación jurídica en la universidad de referencia. Ha sido coordinador de la maestría en derecho, con formación en derecho constitucional y amparo en el campus III de la UNACH, y docente en diversas universidades de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas. Ha sido ponente en diversos congresos e impartido conferencias en cursos y diplomados sobre temas de su especialización, y ha ocupado diversos cargos en la administración pública federal, en el Distrito Federal, así como las entidades federativas de Guanajuato y Chiapas.

MBALLA, Louis Valentín. De nacionalidad camerunesa y naturalizado mexicano. Licenciado en economía por la Facultad de Ciencias Económicas y de Gestión Aplicada de la Universidad de Douala Camerún, y también licenciado en filosofía por el Instituto de Filosofía Saint Joseph Mukasa (Yaundé Camerún). Maestro en relaciones internacionales y doctor en relaciones internacionales por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ha publicado diversos artículos científicos en revistas especializadas en Camerún y México. Actualmente es profesor de tiempo completo en el Departamento de Humanidades del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Querétaro, y editor de la revista *Retos Internacionales*.

ORTIZ ADAME, José. Candidato a doctor en economía aplicada por la Universidad de Alcalá, España. Maestro en administración y gerencia pública por el Instituto Nacional de Administración Pública de España, donde también cursó la especialidad en desarrollo social. Es licenciado en relaciones internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ha trabajado en el gobierno del estado de Querétaro, la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Centro de Informática Legislativa de la Cámara de Senadores. Ingresó a la docencia desde 1993 en la Universidad Internacional, la Universidad del Valle de México y la Universidad Contemporánea. Publicó el libro titulado *Crónica internacional*, México, FUNDAP, Santiago de Querétaro, 2004. Actualmente trabaja en la Secretaría de Desarrollo Social del municipio de Querétaro, y ejerce como consultor en áreas de planeación municipal; es miembro fundador del Centro de Estudios e Investigación Estratégica; asimismo, es comentarista de radio en el programa “La Noticia Internacional de la Semana”. Ha participado en diversos congresos como ponente, como moderador y en presentación de diversos libros.

RAMÍREZ GÓMEZ, León Phelipe. Licenciado en derecho por Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en donde también se diplomó de la especialidad en derecho fiscal; obtuvo el grado de maestro en derecho por la misma Facultad de Derecho; así como la maestría en derecho constitucional y amparo por la Universidad Iberoamericana, y posteriormente cursó el doctorado en derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); a la fecha es candidato a este grado. Ha sido docente de nivel licenciatura y posgrado en diversas universidades. Actualmente ejerce profesionalmente como abogado postulante especializado en materia fiscal y administrativa, y estudia la maestría en impuestos en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

ROJANO ESQUIVEL, José Carlos. Originario de la ciudad de Querétaro. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Obtuvo los grados académicos de maestro en administración pública estatal y municipal y doctor en derecho por la Facultad de Derecho antes mencionada. Profesor de tiempo completo, categoría VII, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro; profesor de derecho internacional público y derecho internacional privado, así como de posgrado, en la misma Facultad de Derecho, y presidente de la Academia de Derecho Internacional en la referida Facultad de Derecho.

SÁNCHEZ ARTEAGA, Apolo. Licenciado en derecho por la Universidad del Valle de México. Especialista en derecho penal y maestro en derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Perito profesional en grafoscopía, grafometría, documentoscopía y dactiloscopía, egresado del Instituto de Profesionalización, Capacitación y Ciencias Periciales. Actualmente, catedrático de la materia sistemas jurídicos contemporáneos y excatedrático de las asignaturas temas selectos de derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos y humanitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

VÁZQUEZ AVEDILLO, José Fernando. Licenciatura en derecho y maestría en administración pública estatal y municipal en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en 1994 y 1999, respectivamente. Es profesor de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Querétaro, adscrito a la Facultad de Derecho. Titular de las materias de derecho romano, instituciones de derecho privado romano, derecho administrativo y derecho procesal administrativo, en la licenciatura en derecho, así como de las materias sistema político mexicano y gobernabilidad y gestión pública en México, correspondiente a la maestría en administración pública en la citada Facultad de Derecho. Ha participado en diversos cursos, foros y seminarios. En el ámbito laboral se ha desempeñado en el sector privado como litigante y asesor jurídico, y en el sector público como actuaria, secretario de acuerdos y conciliador en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Querétaro; proyecto en los juzgados Segundo y Cuarto de Distrito, con sede en la ciudad de Querétaro, así como coordinador de Promoción Social y coordinador de Desarrollo Municipal en el gobierno del estado de Querétaro. Actualmente es coordinador de las especialidades en la División de Estudios de Posgrado de la referida Facultad de Derecho, y se encuentra estudiando el doctorado en derecho en la antes citada Facultad de Derecho.

VÁZQUEZ SORIANO, Mario Armando. Profesor de tiempo completo en el Departamento de Humanidades del Tecnológico de Monterrey, campus Querétaro. Licenciado en ciencias de la comunicación (Tecnológico de Monterrey, campus Querétaro; Santiago de Querétaro, 1992); maestro en estudios regionales (Instituto de Investigaciones “Dr. José María Luis Mora”, México, D. F., 1995); se encuentra en proceso de titulación como doctor en estudios latinoamericanos (Universidad Nacional Autónoma de México; México, D. F.). Se desempeñó como investigador asociado en El Colegio de la Frontera Norte (Nuevo Laredo) de 1995 a 1998. En 1997 recibió el reconocimiento *Good Neighbord Award* otorgado por la Webb Coun-

ty Heritage Foundation de Laredo, Texas. Asimismo, es autor del libro *Signos de identidad. Los espacios simbólicos de Dolores Hidalgo, Guanajuato*, y de varios capítulos en libros colectivos y diversos artículos en revistas nacionales y extranjeras.

VÁZQUEZ VALLEJO, Salvador. Abogado, notario y actuario por la Universidad Autónoma de Puebla; maestro en derecho económico por la Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Xochimilco; doctor en ciencias sociales con especialidad en relaciones internacionales por la Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Xochimilco (doctorado de excelencia académica, inscrito en el padrón de Conacyt). Profesor-investigador de tiempo completo titular “C” en la Universidad Autónoma de Puebla. Profesor invitado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt), nivel 1. Ha publicado diversas antologías, artículos científicos, así como el libro *El pensamiento internacional de Octavio Paz*, coedición Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Miguel Ángel Porrúa. Actualmente es responsable del proyecto de investigación *La contribución del pensamiento internacional latinoamericano a la teoría de las relaciones internacionales*, en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Conferencista en diversos foros e instituciones de educación superior en México; ponente en diversos seminarios nacionales e internacionales. Miembro de la Asociación Interamericana de Juristas, de la Academia Mexicana de Ciencias y de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI).

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos. Licenciado, maestro y doctor en relaciones internacionales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); doctor en ciencias políticas y sociales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Investigador nacional SIN-nivel II. Postulante al posdoctorado en derecho internacional privado por la universidad Complutense de Madrid; tiene estudios avanzados en las universidades de Paris X-Nanterre, Texas y Libre de Berlín. Profesor titular “C” de carrera, nivel Pride “D”, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, así como en la Universidad Anáhuac del Sur y en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Profesor visitante en reconocidas universidades nacionales y extranjeras; en 2008 en Sudáfrica, Botswana y Namibia. Autor de 16 libros, 25 capítulos de libros y numerosos artículos científicos en áreas de su especialidad, como política comparada,

derecho internacional, medio ambiente, energéticos, pedagogía, derechos humanos, así como negociación, organización, tratados y contratos internacionales. Coordinador del Seminario Permanente de Derecho Internacional y del Seminario de Estudios de Política Comparada en Relaciones Internacionales (SEPCRI) en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Dirige desde 1982 el Corporativo Jurídico y Administrativo “VERI Consultores Internacionales, S. C.”.

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. De nacionalidad salvadoreña. Licenciada en ciencias jurídicas por la Universidad de El Salvador; obtuvo el título de notario de la República de El Salvador. Licenciada en relaciones internacionales por la Universidad de El Salvador. Embajadora de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de El Salvador, desempeñándose de 1984 a 1990 como asesora jurídica de la Dirección General de Límites; de 1990 a 1994 fue asesora de alta dirección en el Despacho Ministerial, y de 1995 a la fecha ocupa el cargo de directora general de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos en la citada cancillería. Ha participado representando a El Salvador en diferentes conferencias internacionales y seminarios, entre los que se pueden mencionar el Congreso Iberoamericano de Fronteras; la Comisión Interamericana de Atún Tropical; la Conferencia del Mar de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), celebrada en Nueva York, así como en la Corte Internacional de Justicia en el Diferendo Limítrofe El Salvador-Honduras; en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, en el tema de adopción internacional; en la Comisión Preparatoria del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); en la Reunión de Asesores Jurídicos de las Cancillerías de los Estados Miembros de la ONU; miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de enero de 2006 a diciembre de 2009; miembro del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional; Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP); Punto de Contacto de la IberRed en Asistencia Judicial Mutua en materia penal y extradición, miembro fundador del Centro de Estudios Interinstitucionales para los Estudios de la Integración CIPEI; miembro del Instituto Centroamericano de Integración (ICI; miembro propietario de la Comisión Ad-Hoc para el Replanteamiento del Proceso de la Integración Centroamericana por El Salvador; miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador; representante de El Salvador en procesos ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ante la Co-

misión Interamericana de Derechos Humanos. Representante de El Salvador en la negociación de tratados internacionales ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ante la Organización de los Estados Americanos (OEA), ante el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), ante la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, ante la Organización Marítima Internacional (OMI), entre otros. Es profesora en la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España, de la cátedra “Estado de derecho, democracia y derechos humanos”; profesora de la Universidad en León, en Nicaragua, a nivel posgrado, de la Maestría en integración regional; así como profesora en la Universidad “Dr. José Matías Delgado” en El Salvador, cátedra “derecho internacional privado”.

Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 5 de diciembre de 2013 en Offset Universal, calle dos núm. 113, col Granjas San Antonio, delegación Iztapalapa, 09070 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).