



GOBERNANZA GLOBAL Y CAMBIO ESTRUCTURAL DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

JOSÉ MA.
SERNA DE LA GARZA

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

GOBERNANZA GLOBAL Y CAMBIO ESTRUCTURAL
DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie VERSIONES DE AUTOR, núm. 5

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Leslie Cuevas Garibay
Formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

GOBERNANZA GLOBAL Y CAMBIO ESTRUCTURAL DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2016

La serie “Versiones de autor”, a la que pertenece el presente volumen, reproduce las versiones originales de los autores, por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

Clasificación LC	
K232.S6 G63	<i>Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano</i> -- coordinador, José Ma. Serna de la Garza -- México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016
Clasificación IIJ	400 p. – (Serie Versiones de Autor, 5) ISBN 978-607-02-7677-4
C300.113 S632G	1. Filosofía del Derecho – Estudios Varios – México 2. Sistemas Jurídicos - México. 3. Gobierno - Globalización - México. 4. Recepción del Derecho - México. I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Serna de la Garza, José Ma., coordinador

Primera edición: 3 de marzo de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo 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 978-607-02-7677-4

CONTENIDO

Estudio introductorio.	1
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
Potestad y autoridad en el gobierno mundial	17
Jorge ADAME GODDARD	
Repensando el concepto de ‘derecho’ en la era de la globalización (consideraciones metateóricas con referencia especial al derecho constitucional)	37
Enrique CÁCERES NIETO	
Algunas reflexiones en torno al tema de la gobernanza global y su vinculación con el debido proceso	61
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
Globalización y gobernanza global: el quehacer del derecho internacional.	81
Luis T. DÍAZ MÜLLER	
Hacia un derecho “glocal” o “transnacional” y una jurisprudencia “glocal(izada)” o “transnacional(izada)”: repensar el derecho a la luz de la “globalización” o “gobernanza global”	91
Imer B. FLORES	
Orden penal, globalización y gobernanza.	105
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
La gobernanza en las relaciones laborales y en el derecho del trabajo .	127
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
Globalización, gobernanza y administración. La cabeza de Jano y sus problemas	137
Daniel MÁRQUEZ	

Gobernanza y derecho internacional	163
Ricardo MÉNDEZ-SILVA	
Proceso y justicia en la era de la globalización y la gobernanza global	179
José OVALLE FAVELA	
Derecho y gobernanza en la sociedad mundial. Algunas aportaciones de la sociología del derecho, con especial referencia al cambio jurí- dico en México	195
Héctor FIX-FIERRO	
Estado nacional y gobernanza global: definiciones, conceptos y refle- xiones	255
Francisco J. PAOLI BOLIO	
Gobernanza en el sistema financiero mundial.....	269
Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO	
La consolidación de la gobernabilidad laboral y el necesario tránsito a la buena gobernanza laboral	293
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA	
Gobernanza en Internet	315
Julio TÉLLEZ VALDÉS	
Regulación, gobernanza y justicia	325
Francisco TORTOLERO	
La protección contra epidemias y pandemias como manifestación del derecho a la salud desde una perspectiva de gobernanza global...	339
Pedro Alejandro VILLARREAL LIZÁRRAGA	
Globalización, gobernanza global y derecho penal.....	365
Arturo VILLARREAL PALOS	
Globalización, derecho económico y gobernanza.....	381
Jorge WITKER	
Acerca del coordinador	391

Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de marzo de 2016 en los talleres de MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes Brotantes 43-1, colonia Portales Oriente, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5243 9110. Se utilizó tipo Baskerville de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión digital).

ESTUDIO INTRODUCTORIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho Internacional.* III. *Derecho constitucional.* IV. *Derecho Administrativo.* V. *Derecho Laboral.* VI. *Derecho procesal y justicia.* VII. *Derecho del Comercio y de las Finanzas Internacionales.* VIII. *Derecho Penal.* IX. *Conclusión.*

José Ma. SERNA DE LA GARZA¹

I. INTRODUCCIÓN

Los objetos de la ciencia son objetos abstractos, conceptuales, que están más o menos indirectamente conectados a los fenómenos empíricos. La ciencia trata de la construcción de esquemas o modelos que esquematizan los fenómenos empíricos y los insertan en un sistema de conceptos en el cual obtienen su sentido científico. Si esto es así, entonces el avance en el conocimiento científico depende de la extensión de los conceptos que ya existen, o bien de la construcción de nuevos conceptos.²

El proyecto “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, se planteó el reto de hacer avanzar el conocimiento en el ámbito de la ciencia jurídica, explorando la posibilidad de extender los significados de conceptos que han sido fundamentales para explicar y para operar el sistema jurídico mexicano; y examinando la pertinencia y aún la necesidad de construir nuevos conceptos que sirvan para alcanzar esos mismos objetivos. Todo ello, en el contexto del impacto e influencia de la globalización y la “gobernanza global” sobre el sistema jurídico mexicano.

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco el apoyo que en este proyecto de investigación colectiva me han proporcionado las siguientes personas, todas ellas alumnas del Doctorado en Derecho del IIJ-UNAM: Guadalupe Barrena, Marcela Corro Priego, Sandra Gómora Juárez, Virginia Petrova Georgieva, Alma Clarisa Rico Díaz y Ana Pamela Romero Guerra.

² Geoffrey, Samuel, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences”, en Hoecke, Mark van (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, USA, pp. 44-45.

En efecto, la llamada mundialización o globalización es un fenómeno de nuestro tiempo que impacta en distintas esferas de las sociedades y de los Estados nacionales. Asociado a este fenómeno complejo y de manifestaciones diversas, ha surgido el concepto de “Gobernanza global”.

Este término se encuentra cada vez más presente en las agendas de investigación y debate de las ciencias sociales. Sin embargo, no se trata de un concepto pacífico. Al contrario, es un concepto polisémico y aún equívoco. Además, suele ser utilizado en sentidos diversos, a veces de manera descriptiva, a veces de forma prescriptiva.

Para algunos, la “Gobernanza global” se refiere al conjunto de reglas e instituciones que se ha construido en las últimas décadas para organizar la acción colectiva a nivel mundial, con el fin de atender problemas percibidos como globales.³

Para otros, la “Gobernanza global” es parte de un discurso hegemónico compatible con las transformaciones dominantes que tienen lugar a nivel internacional y nacional; discurso que contribuye a legitimar al mercado y a actores privados en áreas que antes se encontraban en el ámbito de lo público.⁴

Los argumentos de una y otra postura han sido debatidos en el marco del presente proyecto, como se podrá ver en diversos ensayos que componen este volumen. Profundizar en la discusión conceptual referido a este término es importante. Sin embargo, para poder avanzar en la investigación, decidimos identificar algunos fenómenos y procesos que están en el núcleo de todo análisis sobre este tema, que además justifican la indagación y reflexión académicas:⁵

1. Estamos ante una expansión sin precedentes del papel formal e informal de las instituciones internacionales multilaterales.
2. Nos encontramos ante un aumento significativo en el alcance, densidad y grado de influencia de las normas generadas a nivel internacional en la forma en que las sociedades nacionales se organizan.

³ Ver por ejemplo, Finkelstein, Lawrence, “What is Global Governance?”, *Global Governance*, vol. 1, no. 3, 1995, pp. 367-372.

⁴ Ver por ejemplo, Brand, Ulrich, “Order and Regulation: Global Governance as a Hegemonic Discourse of International Politics?”, *Review of International Political Economy*, vol. 12, No. 1, 2005, pp. 155-176.

⁵ Hurrell, Andrew, “Emerging Powers, Global Order and Global Justice”, Ponencia presentada en el IIIJ International Legal Theory Colloquium, Primavera 2010, *The Turn to Governance: The Exercise of Power in the International Public Space*, Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, Enero 20 de 2010, pp. 1-2.

3. Somos testigos de cambios fundamentales en la comprensión política, jurídica y ética de la soberanía del Estado y de la relación entre el Estado, el ciudadano y la comunidad internacional.
4. Observamos la formación de complejas redes transnacionales de actores estatales y no estatales para la generación de normas que regulan los temas y problemas globales.
5. Hay evidencia clara de la apertura de los Estados nacionales a regímenes internacionales diversos, que cada vez tienen más relevancia en la orientación de las conductas y las relaciones sociales a nivel doméstico.
6. Atestiguamos la creciente interpenetración entre el derecho internacional y el derecho nacional, así como entre instituciones internacionales y los aparatos administrativos nacionales en diversas áreas.
7. Parece emerger un esquema de relaciones en donde no hay una subordinación jerárquica entre actores a nivel internacional, sino redes de interacciones. Se dan relaciones interdependientes en ausencia de una autoridad política global.

Algo está ocurriendo en la forma en que se organiza la acción colectiva a nivel mundial para atender problemas percibidos como globales, que ha llamado la atención de las ciencias sociales. Estas buscan una explicación, y también orientaciones prescriptivas que sirvan para ordenar el esquema de relaciones emergente. La ciencia jurídica no debe permanecer ajena a esta reflexión.⁶

Precisamente estas son las razones que han justificado la realización del presente proyecto, cuyos primeros resultados se ven reunidos en este libro. Cabe recordar que el proyecto planteó desde un inicio los siguientes objetivos:

Primero, lograr que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, junto con otras instituciones académicas nacionales y extranjeras, se sume a la reflexión mundial sobre el impacto de la globalización y la “gobernanza global” en el cambio estructural de los sistemas jurídicos nacionales.

⁶ Mencionamos algunos trabajos desde la perspectiva jurídica desarrollados en esta línea: Goldmann, Matthias, “Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority”, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013, Noviembre 4, pp. 1-19; Laporta, Francisco, “Globalización e Imperio de la Ley. Algunas dudas Westfalianas”, en Cancio Meliá, Manuel. *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no. 9, 2005, pp. 177-198; Twining, William, “A Post-Westphalian Conception of Law”, *Law and Society Review*, EUA, March 2003, Vol. 37, No. 1, pp. 199-257.

Segundo, reflexionar acerca de los problemas que trae aparejada la integración del derecho a regímenes internacionales diversos; pensar acerca de las presiones políticas y económicas producidas por el entorno global sobre el sistema jurídico mexicano, y sobre la orientación que la academia puede brindar a los operadores jurídicos nacionales.

Y tercero, realizar una reflexión académica sobre la necesidad de repensar categorías tradicionales del derecho en virtud de los referidos cambios.

Ahora bien, lo anterior plantea importantes problemas tanto en el terreno práctico como en el teórico. En el terreno práctico, estos fenómenos tienen repercusiones fundamentales en múltiples niveles y en los distintos poderes del Estado. En nuestro país, por ejemplo, la apertura del Estado hacia el régimen internacional de derechos humanos plantea a los jueces el reto de construir las premisas de los argumentos con los que motivan sus resoluciones, mediante la incorporación de normas de derecho internacional. Ello implica resolver dificultades vinculadas con la preservación de la coherencia de un sistema normativo que no ha sido pensado en su integridad por los órganos legislativos nacionales, sino que incorpora normas producidas en otras instancias.

Asimismo, en el ámbito de los poderes Legislativo y Ejecutivo se plantean retos provenientes de la llamada “Gobernanza global”. La producción de leyes, su aplicación y el diseño de políticas públicas exige un esfuerzo que tienda a lograr un equilibrio entre las expectativas sociales de los ciudadanos y las influencias e incluso presiones que ejerce el nuevo entorno global. Esto es particularmente importante en el caso mexicano, pues al parecer algunos aspectos de la globalización han contribuido a profundizar las desigualdades sociales. Los diseñadores de políticas públicas deben encontrar formas de contrarrestar estas tendencias.

Por otro lado, y en el terreno teórico, la reflexión debe estar atenta a las nuevas dinámicas del derecho positivo y contribuir a construir los nuevos marcos de referencia que permitan comprender y actuar tanto a los operadores como a las instituciones jurídicas nacionales. Es preciso repensar incluso el concepto de derecho, dado que el paradigma aún dominante, en sus diversas versiones teóricas, está cimentado sobre el concepto de Estado, y éste ya no tiene la exclusividad en el ejercicio de la autoridad, ni en la producción del derecho. De igual manera resulta imprescindible reconsiderar el concepto de sistema jurídico ante la presencia de una diversidad de normas que ya no pueden ser identificadas con las mismas reglas de reconocimiento vigentes bajo el paradigma estatal.

Incluso la idea tradicional de “Constitución” no escapa a esta necesidad de reformulación. Por ello es que la teoría ha empezado a generar

conceptos como “pluralismo constitucional”, “interconstitucionalidad”;⁷ “transconstitucionalismo”⁸ o el de “Constitución-red”;⁹ y se ocupa ahora de idear cuales podrían ser los mecanismos adecuados para la resolución de conflictos de normas en lo que bien podemos llamar un constitucionalismo de múltiples niveles. Como lo ha hecho ver en una de sus observaciones a este proyecto el Dr. Armin von Bogdandy, Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (Heidelberg, Alemania), hoy día el estándar de la investigación de calidad debe afrontar los problemas desde una perspectiva más amplia y con un nuevo enfoque, que tome en cuenta el nuevo entorno global.

Cada área del derecho tiene sus propias problemáticas y enfrenta sus propios retos. Mencionaremos de manera breve algunos de los que se han discutido en el marco del presente proyecto, y que se ven plasmados en los ensayos que componen el presente volumen.

II. DERECHO INTERNACIONAL

Al parecer, el derecho internacional público ha extendido considerablemente su ámbito de aplicación respecto de áreas que anteriormente se pensaba eran de la exclusiva competencia de los Estados. Esto parece indicar que está cambiando el objeto del derecho internacional público, al tiempo que se fortalecen instituciones internacionales de diverso tipo, las cuales han empezado a ejercer algo parecido a la “autoridad pública” estatal, condicionando y determinando la conducta de Estados e individuos de manera creciente.

Vinculado con lo anterior, se habla del surgimiento de una nueva generación de tratados internacionales, que prevén mecanismos de seguimiento, monitoreo e implementación de sus normas. Los tratados internacionales de derechos humanos están cambiando el estatus de muchos sujetos dentro de los Estados que suscriben aquéllos.¹⁰

La creciente autoridad de instituciones internacionales de diverso tipo ha provocado algunas reacciones de parte de la academia y de los gobiernos. Una de ellas, tiene que ver con el surgimiento de una preocupación so-

⁷ Miguel Poiares Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, “Four Visions of Constitutional Pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325-370, 2008. Versión estenográfica del simposio revisada en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf>, pp. 7-10.

⁸ Neves, Marcelo, *Transconstitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁹ Bustos Gisbert, Rafael, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

¹⁰ Ver el ensayo de Ricardo Méndez Silva en el presente volumen.

bre el tema de la legitimidad de dicha autoridad. ¿Cuál es su fundamento? Se ha propuesto incluso un enfoque que tenga una aproximación con “sensibilidad constitucional” a la actividad de las instituciones internacionales, ante lo cual surge la pregunta: ¿es conveniente emplear este tipo de enfoque en el análisis del marco jurídico de la gestión de los asuntos públicos por parte de las instituciones internacionales?¹¹

Preocupaciones como ésta ha llevado a algunos analistas a proponer la idea de revisar los procedimientos de designación de jueces internacionales, para que sean procesos más transparentes y abiertos, no sujetos únicamente a compromisos entre Estados a los que se llega lejos de la vista pública.¹²

Por otra parte, se ha hablado de la expansión de un derecho internacional que se encuentra fuera del alcance de los órganos representativos de los Estados nacionales y alejado del control democrático. En este sentido, un derecho doméstico que es expresión de compromisos internos, parece ceder ante un derecho internacional o supranacional que es expresión de compromisos internacionales en los que generalmente prevalecen los enfoques y agendas de los poderes ejecutivos nacionales.¹³

En un nivel más general, se percibe la preocupación acerca de cómo disciplinar los nuevos poderes desregulados del mercado y de la política que han adquirido gran fuerza con la globalización. Y ante esto se va abriendo paso la propuesta de incorporar un enfoque de derecho público en el manejo de la gobernanza global. De eso trata precisamente el enfoque de la “Autoridad pública internacional”¹⁴ y la propuesta del “Derecho Administrativo Global”¹⁵ que desde hace años se viene discutiendo en diversos círculos académicos.

Finalmente, ha llamado la atención la creciente relevancia de llamado “derecho blando” o “soft law” a nivel internacional. Este tipo de derecho en

¹¹ Bogdandy, Armin von, “El Derecho Internacional como Derecho Público”, en su libro *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, p. 113.

¹² Propuesta de Edgar Corzo y Jorge Ulises Carmona, en la Mesa VI Derecho Procesal y Justicia, del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

¹³ Para una discusión de este tema, ver Bogdandy, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5, 2004, p. 885-889.

¹⁴ Bogdandy, Armin von, Dann, P., y Goldmann, M. “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008.

¹⁵ Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., “The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems, vol. 68, no. 15, (Summer/Autum, 2005).

ocasiones es el origen de lo que después se convertirá en tratados internacionales; o bien proporciona criterios que pueden apoyar el cumplimiento del “derecho duro”. Incluso, algunos instrumentos de “soft law” pueden adquirir obligatoriedad por la vía consuetudinaria.¹⁶

III. DERECHO CONSTITUCIONAL

En el derecho constitucional, y sobre todo en lo que tiene que ver con los derechos humanos, ha surgido el problema relativo a cómo explicar y conceptualizar una situación en la que un mismo problema de naturaleza constitucional (p.e. derechos humanos) puede implicar a tribunales estatales, internacionales y supranacionales, en la búsqueda de una solución.

Aquí el gran reto parece ser cómo estructurar la relación entre tribunales en situaciones en las cuales tribunales nacionales e internacionales puede ser invocados para la resolución de un mismo caso.

El esquema mental tradicional nos lleva a buscar fórmulas de solución basadas en el principio de jerarquía. Pero hoy se duda si esto debe ser así: ¿debe necesariamente algún tribunal tener la “última palabra”?

Un camino alternativo y promisorio es el que ofrece el enfoque propuesto por el llamado “transconstitucionalismo”, según el cual se puede pensar en una relación basada en la disposición para el aprendizaje de tribunales nacionales e internacionales, mediante la formación de una red transversal constructiva. A su vez, ello exige identificar cuáles son las precondiciones y el método para generar conversaciones constitucionales constructivas entre tribunales del orden jurídico internacional y del orden jurídico estatal (federales y locales). Y al parecer una de las precondiciones es precisamente la consideración de que ninguno de esos conjuntos de tribunales puede presentarse legítimamente como poseedor de la última *ratio* discursiva.¹⁷

Así es como han surgido principios que buscan estructurar la relación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales tales como, si bien todavía estamos en un proceso de asignación de un significado específico en el contexto actual. Me refiero a conceptos como los siguientes:

¹⁶ Abbott, K. y Snidal, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 53, no. 3, Summer, 2000.

¹⁷ Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia Latinoamericana”, en Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan; y Clérigo, Laura, *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Argentina, Eudeba, 2012, pp. 41-73.

- A. Diálogo jurisprudencial
- B. Responsabilidad compartida
- C. Complementariedad
- D. Subsidiariedad
- E. Cooperación multi-nivel
- F. Asistencia mutua e interacción
- G. Cooperación judicial

Al parecer, es necesario examinar con mayor profundidad el enfoque del “Pluralismo jurídico” para explicar la estructura multi-nivel de ordenamientos normativos que se identifica con el concepto de gobernanza global y sus interacciones.¹⁸ Y esto es preciso verlo no solamente “hacia afuera” del Estado, sino “hacia adentro”, por la estructura federal del Estado mexicano, y por los órdenes normativos de los pueblos indígenas que existen en el país.

Además, desde una perspectiva de economía política conviene preguntarnos: ¿cuáles actores definen los derechos humanos y sus contenidos en la actualidad? Ya no son solamente los Estados, a través de la suscripción de tratados internacionales. Ahora tenemos que incluir jueces internacionales y nacionales; redes transnacionales de defensa de derechos formadas por ONGs globales y domésticas; clínicas de litigio estratégico; instituciones intergubernamentales e instituciones académicas.

IV. DERECHO ADMINISTRATIVO

Un motivo de preocupación desde la perspectiva del derecho administrativo, proviene de la percepción de que el impulso y establecimiento de normas generales y uniformes por parte de diversos regímenes internacionales (OMC, TLCs), pone en duda las “prerrogativas de derecho público” tradicionalmente en manos de los diferentes Estados para regular las relaciones entre la administración pública y los gobernados, en las áreas más diversas.¹⁹ Ante este fenómeno, los Estados parecen haber perdido cierta autonomía en la fijación de las políticas públicas y en la atención y cuidado del “interés público” o “interés general” como producto de necesidades y decisiones internas.²⁰

¹⁸ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002.

¹⁹ Rincón Salcedo, Javier, “Globalización y Derecho Administrativo”, *Quaestiones Iuridicae*, No. 29, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Enero 2004, p. 13.

²⁰ Schneiderman, David, “Investment Rules and The Rule of Law”, *Constellations*, vol. 8, no. 4, 2001, p. 521.

Asimismo, al parecer la globalización y la gobernanza global han impulsado una reestructuración de las relaciones entre el Estado y el mercado a nivel mundial, favoreciendo el fortalecimiento de actores privados a través de procesos de privatización y desregulación. A su vez, esto ha llevado a la propuesta de idear un “nuevo derecho administrativo”, capaz de llevar a actores privados o híbridos que ejercen funciones antes consideradas como públicas, valores de derecho público como transparencia, control, rendición de cuentas y participación. Esto implicaría pensar en un derecho administrativo que sea aplicable a cualquier sujeto que ejerza “poder administrativo”, independientemente de que sea público, privado o híbrido. Por otra parte, se ha propuesto también que un “nuevo derecho administrativo” debería también diseñar procedimientos y mecanismos para que valores no-económicos sean escuchados y atendidos por parte de actores privados a las que se les ha transferido o delegado funciones públicas.²¹

V. DERECHO LABORAL

Todo parece indicar que es posible asociar los cambios en el derecho laboral, a instituciones, procesos, influencias identificadas con la globalización, o la gobernanza global. La reestructuración de la economía mundial asociada a la globalización, está forzando cambios en el derecho laboral “tradicional”, impulsando, por ejemplo, nuevas formas de contratación, tales como:

- A. Subcontratación
- B. Terciarización
- C. Out-sourcing
- D. Contratos a prueba
- E. Empresas administradoras de mano de obra
- F. Ampliación de causales de despido justificado²²

Han surgido nuevas formas de organización corporativa que impacta en las relaciones laborales.

Asimismo, han surgido fenómenos nuevos que inciden sobre el contenido del derecho laboral. Por ejemplo, han aparecido los códigos de con-

²¹ Aman, Alfred C., “Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law”. *UCLA Law Review*, 2002, No. 49, 1687-1716. Y Aman, Alfred C., “The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, Vol. 8, Issue 2, Article 7, pp. 379-400.

²² Reynoso Castillo, Carlos, “Internacionalización de las relaciones laborales”, *Alegatos*, No. 60, Mayo-agosto 2005, pp. 351-374.

ducta empresariales en la regulación de las relaciones laborales; además, la llamada “deslocalización empresarial” tiene un impacto determinante en las relaciones laborales y el derecho del trabajo, al igual que el surgimiento de nuevas formas de organización corporativa y los procesos de integración económica y comercial que han creado las llamadas “zonas francas industriales”, en donde se privilegia el interés de atraer inversión extranjera.²³

Por otro lado, parece haber un desfase importante entre el derecho laboral internacional (normas y criterios de la OIT) y el derecho laboral nacional, lo cual ha llevado a los especialistas y sectores interesados a dirigir su atención hacia la posibilidad de fortalecer los mecanismos de escrutinio de la OIT en relación con el contenido y aplicación del derecho laboral nacional, y el cumplimiento de los estándares internacionales de protección del trabajo.

Por ejemplo, como lo ha señalado Patricia Kurczyn, los sindicatos independientes en México recurren hoy a instancias externas (Comité de Libertad Sindical de la OIT) para influir el contenido del derecho laboral nacional.²⁴ Asimismo, esta misma investigadora ha mencionado el potencial que tienen los llamados “Convenios de Gobernanza” de la OIT, para generar un nuevo discurso de “Buena gobernanza laboral” en México pasado en principios de equidad, participación, transparencia, responsabilidad y Estado de derecho (y que nos aleje del modelo de relaciones laborales heredado de la época del sistema de partido hegemónico). De esos convenios, México solamente ha suscrito solamente el relativo a la consulta tripartita:

- A. Convenio (núm.81) sobre la inspección del trabajo, 1947.
- B. Convenio (núm. 122) sobre la política del empleo, 1964.
- C. Convenio (núm.129) sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969.
- D. Convenio (núm. 144) sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976.²⁵

Y observó que la aplicación de la normatividad internacional laboral ratificada por México cada vez se aplica más en la solución de controversias.

²³ Lugares dotados de incentivos especiales para atraer inversión extranjera. Ver Jaramillo, Humberto jairo, “El Derecho Laboral y la Seguridad Social en la globalización de la economía”, *Revista Derecho Social*, No. 59, noviembre de 2005, Colombia, p. 57.

²⁴ Ponencia de Patricia Kurczyn en la Mesa V Derecho Laboral y protección de grupos vulnerables del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

²⁵ Idem.

En 2013, por ejemplo, cuando se quiso considerar la obesidad como causa de retiro de militares, se tomó en cuenta el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, de la OIT. Y en 2012 se decidió que la sindicación única que se aplica a los trabajadores del Estado, es violatoria del artículo 123 Constitucional y del Convenio 87 de la OIT.²⁶

Finalmente, se empieza a explorar cuál es la naturaleza, modalidades, alcances y efectos tienen las cláusulas de responsabilidad social en los tratados de libre comercio, y el potencial que tienen para fortalecer los derechos de los trabajadores y los mecanismos para alcanzar su plena eficacia.²⁷

VI. DERECHO PROCESAL Y JUSTICIA

Existe una discusión sobre el tema de si es verdad que los procesos de integración económico-comercial se ven afectados por la existencia de grandes diferencias en cuanto a las reglas del litigio ante los tribunales.²⁸ UNIDROIT²⁹ parece sostener que la respuesta es afirmativa, por lo que ha propuesto los llamados Principios ALI/ UNIDROIT sobre el litigio civil transnacional, con la idea de armonizar el derecho procesal civil en los procesos de integración.

Esto plantea un arduo trabajo de derecho comparado, tendiente a la identificarse de principios de justicia civil comunes, que sirvan como base para impulsar la armonización en la materia.

Por otra parte, sabemos bien que existe una competencia internacional por atraer inversión extranjera, y al parecer las reglas nacionales de derecho procesal son tomadas como un factor para atraer o ahuyentar dicha inversión. Por ello es que tal competencia parece estar alentando procesos de convergencia del derecho procesal a nivel regional o global.³⁰

²⁶ Idem.

²⁷ Banks, Kevin, “Trade, Labor and International Governance: An Inquiry into the Potential Effectiveness of the New International Labor Law”. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2011, Vol. 32, pp. 48-142.

²⁸ Kramer, Xandra. “Civil Litigation in Globalising World: An introduction”. En X.E. Kramer and C. H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Netherlands, 2012, pp. 1-16.

²⁹ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, es una institución intergubernamental cuyo objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para la modernizar, armonizar y coordinar el el derecho privado entre Estados y grupos de Estados y formular instrumentos, reglas y principios de derecho uniforme para alcanzar dichos objetivos.

³⁰ Kramer, *op. cit.*, pp. 1-16.

Finalmente, como lo hace notar José Ovalle en su contribución a este trabajo colectivo, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido por efecto el desarrollo de varias reglas procesales que influyen en la configuración de las normas procesales domésticas; y en América Latina ya circulan “Modelos” de Códigos procesales civiles y penales, que impulsan el empleo de categorías comunes en la región. Tal es el caso de los códigos modelos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Además de que existen tribunales de diverso tipo que están vinculados a los procesos de integración comercial y económica, como en el MERCOSUR, en el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) y el TLCAN (con sus tribunales arbitrales).

VII. DERECHO DEL COMERCIO Y DE LAS FINANZAS INTERNACIONALES

Las nuevas realidades de intercambios e interdependencias globales, presionan para crear un régimen jurídico coherente y uniforme más allá de las fronteras nacionales en el ámbito del derecho del comercio y de las finanzas.

La tendencia a uniformar porciones de los sistemas jurídicos nacionales impulsada por esquemas como el de la OMC, parece poner en duda la idea del legislador nacional como representante de la voluntad popular como elemento de auto-determinación colectiva, base del Estado nacional democrático.

Asimismo, todo parece indicar que se está creando un sistema uniforme relativo a las reglas de la contratación internacional, al margen de los Estados nacionales, en cuya construcción participan activamente agencias internacionales de diverso tipo (como UNIDROIT, UNCITRAL, la Cámara de Comercio Internacional, la *International Law Association*, el Comité Marítimo Internacional) y los propios comerciantes (*lex mercatoria*). Como parte de este proceso, crece y se consolida el arbitraje internacional en la resolución de disputas comerciales al margen del Estado, aunque hay que reconocer que éste sigue jugando un papel relevante en el tema de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, conforme a la Convención de Nueva York de 1958 en ese tema.

Por otro lado, estamos ante un escenario de enorme heterogeneidad de normas y diversidad de fuentes del derecho uniforme del comercio internacional (usos y prácticas, normas modelos, guías jurídicas, formularios contractuales, contratos tipo, códigos de conducta), lo que plantea un reto importante de sistematización. Pero si es verdad que se ha perdido la re-

ferencia estatal, cabe preguntarnos ¿en qué marco ha de realizarse dicha sistematización? Adicionalmente, se ha planteado el problema de cómo garantizar la uniformidad de aplicación de ese derecho uniforme, por parte de jueces de distintas jurisdicciones y árbitros.³¹

El papel del FMI, BM y OMC ha sido central en la gobernanza global en sus aspectos financieros. Claramente éstos se han internacionalizado, y los criterios de dichas instituciones tienen un impacto enorme, en todos los niveles.³² Por ello es que se ha mencionado que es necesario revisar la estructura institucional de dichos organismos; identificar cuáles son los niveles y formas de decisión; proponer mecanismos de transparencia para el examen de las políticas financieras que impulsan; y lograr que las economías emergentes tengan mayor participación en los mecanismos de decisión. Se ha mencionado también la existencia de reglas relativas a las finanzas internacionales tremadamente asimétricas, que sólo han beneficiado a los grandes bancos con sedes en las principales capitales del mundo. En su lugar —se afirmó— habría que diseñar una regulación que asegure una financiación más equitativa entre las diferentes regiones que integran el mundo.³³

Por otro lado, como ha señalado Arturo Oropeza, es preciso estar atentos al desarrollo de dos puntos de quiebre en el esquema financiero del FMI y BM surgido de los acuerdos de Breton Woods:

- A. La apertura de China al mundo global y su creciente peso a nivel mundial; y
- B. El olvido de los compromisos sociales de Breton Woods.³⁴

VIII. DERECHO PENAL

La realidad de la criminalidad se ha visto modificada por la globalización. Emerge con gran fuerza una criminalidad de carácter transnacional. Los hechos delictivos “con conexión en el extranjero” o “a distancia” son cada vez

³¹ Illescas, Rafael. “Derecho mercantil y globalización”, en Cancio Meliá, Manuel. *Globalización y Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 9, 2005, pp. 79-94.

³² Ver la contribución de Elvia Arcelia Quintana en este volumen.

³³ Ponencia de Francisco Ibarra Palafox en la Mesa VII Derecho del Comercio y de las Finanzas Internacionales del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

³⁴ Ponencia de Arturo Oropeza en la Mesa VII Derecho del Comercio y de las Finanzas Internacionales del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

más frecuentes en el contexto de la globalización. Hay formas de criminalidad que puedan considerarse como problemas globales.³⁵

Asimismo, la criminalidad organizada y transnacional se vincula con la criminalidad ordinaria “de subsistencia” de formas poco claras que merecen ser investigadas. Y esto lleva a la necesidad de repensar la forma en que el sistema de justicia penal pudiera responder de manera integral, y no de manera sesgada y parcial, ante ambos tipos de criminalidad.³⁶

La comunidad internacional de Estados busca respuestas ante la criminalidad transnacional, y una de ellas parece apuntar en el sentido de una tendencia a la unificación o armonización global del derecho penal en temas como:

- A. Terrorismo
- B. Corrupción
- C. Derecho penal informático
- D. Derecho penal económico
- E. Crimen organizado
- F. Trata de personas

Cabe señalar que entre los actores que impulsan la armonización del derecho penal en estos temas se encuentran: el gobierno de los EUA; el Consejo de Seguridad de la ONU; y ciertas ONGs globales tales como Amnistía Internacional y Transparencia Internacional.

Por otra parte, existe toda una agenda penal internacional, que puede verse en las numerosas convenciones internacionales sobre la materia penal, muchas de las cuales han sido suscritas por México. Por otro lado, existe también la preocupación en relación con la existencia de procesos asociados a la globalización y la gobernanza global, que contribuyan a que el derecho penal se aleje de los principios jurídico-penales garantistas. Se mencionó, por ejemplo, el surgimiento de un “derecho penal de autor” (se penaliza por lo que se es, no por lo que se hizo); o bien el establecimiento de penas desproporcionadas y categorías de sujetos sin derechos (como en Guantánamo).³⁷

³⁵ Vogel, Joachim. “Derecho Penal y Globalización”. En Cancio Meliá, Manuel. *Globalización y Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 9, 2005, pp. 113-126.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, “Criminalidad y Globalización”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, 2005, Tercera Época, No. 1, pp. 71-87.

³⁷ Ponencia de Arturo Villarreal Palos en la Mesa VIII Derecho Penal del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

Asimismo, algunos proponen que el derecho penal debe erigirse en protector de bienes jurídicos globalmente amenazados (p.e. el medio ambiente), lo cual supone el reto de idear una especie de derecho penal global para la protección de bienes jurídicos que ya no pueden ser protegidos de modo efectivo por los Estados nacionales.³⁸

Frente al tradicional principio de territorialidad (conforme al cual el derecho penal nacional sólo es de aplicación a hechos cometidos en el territorio del Estado), surgen otros principios que al parecer aspiran a desplazarlo: tal es el caso del principio de ubicuidad (según el cual basta con que el resultado se haya producido en el territorio del Estado, para que éste pueda ejercer su poder punitivo). O el principio de protección (según el cual los bienes jurídicos nacionales deben ser protegidos con independencia del lugar de comisión). O bien el principio de personalidad activa (el cual entiende que los Estados someten a sus nacionales a su derecho penal se encuentren donde se encuentren).³⁹

Por otro lado, se debate acerca de la posibilidad y/o conveniencia de una ampliación del catálogo de crímenes de los que puede conocer la Corte Penal Internacional. (Ferrajoli propone: terrorismo internacional, narcotráfico, tráfico ilícito de armas, organizaciones mafiosas multinacionales, delitos contra el ambiente o la salud internacionales).⁴⁰

El enfoque del derecho penal internacional, la Humanidad es la víctima. Tomando además en cuenta que los sistemas de persecución de los delitos ya no son solamente nacionales, sino regionales y hasta globales, y se encuentran entrelazados.⁴¹

Y finalmente se ha planteado la pregunta de cómo prevenir y castigar la criminalidad proveniente de poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de recursos naturales y devastación del ambiente.⁴²

IX. CONCLUSIÓN

La ciencia jurídica debe superar el esquema conceptual y agenda de trabajo académico trazado bajo el paradigma estatal. Es preciso hacer esfuerzos por

³⁸ Vogel, *op. cit.*, pp. 120-123.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 71-87.

⁴¹ Ponencia de Sergio García Ramírez en la Mesa VIII Derecho Penal del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, 27 de febrero de 2014.

⁴² Ferrajoli, *op. cit.*, p. 75.

avanzar hacia un programa de investigación que incorpore elementos de un universo jurídico muy distinto y mucho más complejo que el existente por lo menos en los últimos dos siglos. Debemos ser capaces de integrar en nuestras agendas de investigación regímenes internacionales y transnacionales que han adquirido gran relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX. Por ejemplo, la Unión Europea, el esquema de la OMC, los tratados de libre comercio y sus regímenes de resolución de disputas, la estructura institucional y normativa de la ONU, los sistemas regionales de protección de derechos humanos y el discurso normativo de ONGs de alcance global, entre otros.

Este enfoque es necesario porque ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; ocurre también que esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales; y sucede también que cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos; sucede que ha habido una gran expansión del llamado ‘soft law’ (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción participan en muchos casos actores no estatales; y, finalmente, ocurre que la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.⁴³

Por último, hay que hacer notar la novedad de este contexto en relación con la ciencia jurídica, cuyo objeto se encuentra más allá del Estado nacional. En este sentido, se ha venido debilitando la ciencia jurídica habitualmente centrada en un solo sitio de producción normativa: el Estado. Hoy día —como sostiene Armin von Bogdandy respecto de Alemania— el estándar de la investigación de calidad debe afrontar los problemas desde una perspectiva más amplia, que tome en cuenta las estructuras normativas e institucionales de la “Gobernanza global” en que los Estados nacionales se encuentran inmersos.⁴⁴

⁴³ Ver Reimann, Mathias, “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1108; y Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

⁴⁴ Bogdandy, Armin von, “Historia y Futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un Nuevo Derecho Público*, UNAM, México, 2011, pp. 5-6.

POTESTAD Y AUTORIDAD EN EL GOBIERNO MUNDIAL

Jorge ADAME GODDARD¹

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Poder y poder político.* III. *Autoridad y potestad en el gobierno político.* IV. *El actual gobierno mundial en la Organización de las Naciones Unidas.* V. *Juicio del gobierno mundial actual desde la perspectiva de la autoridad y potestad.* VI. *Algunas reflexiones sobre posibles líneas para reformar el actual gobierno mundial.*

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se reflexiona mucho sobre el tema de un gobierno o “gobernanza” global, que parece ser una exigencia del fenómeno económico de la globalización. De hecho, ya existe un gobierno mundial establecido en la *Carta de las Naciones Unidas*, que si bien no está ratificada por absolutamente todos los Estados actuales, si por una gran mayoría, por lo que ese gobierno mundial tiene ya una eficacia importante en la vida de los Estados y de los pueblos.

En este trabajo, a partir de una reflexión general sobre la naturaleza y límites del poder político, hago un análisis de ese gobierno mundial, lo evalúo y propongo algunas líneas de reforma. No conozco en detalle la organización de este gobierno mundial, ni tengo experiencia en alguno de sus organismos o comisiones. Simplemente expreso mi reacción ante las líneas del gobierno mundial trazadas en la Carta de Naciones Unidas, con la esperanza de que contribuyan a entender el gobierno mundial que ya existe, a valorarlo y a pensar en su posible reforma.

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

II. PODER Y PODER POLÍTICO

El simple poder es la capacidad que tiene una persona de gobernarse a sí misma, de ordenar sus acciones y modificar su entorno. Es el poder de auto-gobernarse, que se funda en su naturaleza racional. En la vida social, el poder de una persona se multiplica cuando tiene la capacidad de gobernar a otras personas. El poder que tiene una persona de gobernar a otras depende de que ella le obedezcan, es decir que voluntariamente cumplan lo que ella les indica que hagan.

Para averiguar qué es el poder social es necesario preguntarse ¿qué es lo que hace que unas personas obedezcan a otras? La respuesta espontánea, cuya veracidad comprueban los hechos, es que las personas suelen obedecer por dos motivos: por interés o por miedo. Por eso, en la vida social hay dos fuentes de poder, la riqueza y las armas.

El poder económico y el poder de las armas son poderes fácticos, porque de hecho son obedecidos, pero no son el poder político. El poder político es un poder socialmente reconocido como un poder que *debe* ser obedecido. La diferencia con los poderes fácticos radica en que el poder político es reconocido como un poder legítimo que todos los miembros del grupo deben obedecer. Para diferenciar el poder político de los poderes fácticos conviene designarlo con la palabra potestad.

¿Por qué el poder político o potestad debe ser obedecido? La primera razón es que es el poder socialmente reconocido, que es el que ha sido establecido de acuerdo con la constitución política de cada pueblo. Por eso se puede afirmar que el poder político o potestad es el poder socialmente reconocido.

Pero los grupos sociales establecen un poder directivo con el fin de que gobierne para beneficio de todos y beneficio del grupo mismo. Es absurdo que el grupo reconozca un poder colectivo, al que todos deben obedecer, si solo va a servir a un pequeño grupo de privilegiados. Que en muchos pueblos y momentos históricos el poder político ha servido para beneficio de unos cuantos es un hecho incontrovertible, pero es también un hecho lamentable. El ejercicio del poder político para beneficio de unos cuantos, por más frecuente y extendido que sea, está en contradicción con su razón de ser, por lo que no es un ejercicio legítimo del poder sino su corrupción.

La razón principal de que los mandatos de la potestad deban ser obedecidos por todos es el servicio al bien común. La potestad se constituye como medio de promoción del bien común y sus mandatos imperativos valen en tanto ordenan conductas que son adecuadas (ajustadas o justas) para ese fin.

En esto radica la diferencia entre el poder legítimo que sirve al bien común y los poderes fácticos que sirven intereses personales, y por eso se acepta que la potestad tiene derecho de castigar la desobediencia.

El servicio al bien común también explica la diferencia entre la obediencia a la potestad y la obediencia a los poderes fácticos. Quien obedece a la potestad sabe que debe hacerlo por razón del bien común. El que obedece poderes fácticos, lo hace porque le conviene hacerlo. La primera es una obediencia que atiende a una razón superior, y por lo tanto puede voluntariamente prestarse aun cuando hacerlo perjudique los intereses propios. La otra es una obediencia servil y transitoria que termina cuando se afecta el interés o se elude el castigo.

El bien común es la razón de ser del mandato imperativo y del deber de obedecer. Si se prescinde del bien común, el poder político es corrupción y la obediencia ciudadana servilismo. Pero lo que resulta claro y evidente en el plano de la reflexión filosófica, no se refleja de igual modo en la existencia de los pueblos y de las personas, sean gobernantes sean gobernados o ciudadanos. En la vida práctica, los gobernantes actúan por el bien común o por sus intereses personales, según sea su calidad moral, y lo mismo los ciudadanos, obedecen por convicción de colaborar con el bien común o por miedo al castigo, según sea su calidad moral. Hay gobernantes y ciudadanos honestos, y también los hay corruptos. La vida de la comunidad política es una mezcla de aciertos y desaciertos, de servicio al bien común y de predominio de intereses individuales, de obediencias, desobediencias y simulaciones. Por eso es necesario que la organización política contenga elementos que encausen el ejercicio del poder político y, en la medida de lo posible, aseguren que realmente sirva al bien común, y, por otra parte, que aseguren la obediencia a los mandatos legítimos de la potestad.

Aclarada la diferencia entre el poder fáctico y la potestad, conviene ahora, con el fin de afrontar la cuestión del gobierno mundial, reflexionar en qué consiste el gobierno o dirección política de una nación.

III. AUTORIDAD Y POTESTAD EN EL GOBIERNO POLÍTICO

El gobierno de la comunidad política requiere, como el gobierno que hace la persona de sí misma, de dos instancias que corresponden a las facultades esenciales del ser humano, la inteligencia y la voluntad. Una instancia encargada de discernir las conductas necesarias o muy convenientes para el bien común, que es la que corresponde a la inteligencia, y que en el orden social es la «autoridad». Y la otra, que corresponde a la voluntad, encargada de

ordenar y ejecutar las acciones elegidas como convenientes o necesarias para el bien común, que en el orden social es la «potestad».

La deliberación y juicio acerca de las conductas adecuadas al bien común es básicamente un trabajo intelectual que corresponde realizar a quienes tienen un saber socialmente reconocido o «autoridad», como los colegios o asociaciones profesionales, las universidades, los grupos intelectuales, las iglesias o también personas específicas de reconocido saber. El acto propio de las instancias de autoridad es el consejo o recomendación, por el que se proponen determinadas actividades como adecuadas o inadecuadas para el bien común.

La determinación imperativa de las conductas que se han elegido como convenientes o necesarias para el bien común corresponde a quienes la constitución política reconoce como titulares del poder político, es decir a quienes tienen un poder socialmente reconocido o «potestad».

El adecuado gobierno de la comunidad política requiere de un equilibrio y comunicación entre las instancias de autoridad y las de potestad. Si por ejemplo, se quiere saber cómo fomentar el desarrollo de la industria automotriz, corresponde a las instancias de autoridad en esa materia, a los economistas, a los empresarios de esa industria, a los trabajadores que laboran en ella y a otras personas a quienes se les reconozca un saber en la materia, proponer el contenido de una nueva ley. Su intervención terminaría cuando hacen la recomendación sobre el contenido de la nueva ley. Después corresponde a las instancias de potestad, las que detentan el poder político, decidir si aprueban y promulgan esa propuesta como una ley imperativa que deba ser obedecida por todos.

Para que esta colaboración entre la autoridad y la potestad sea eficaz para el gobierno de la comunidad política, se requiere que las instancias de autoridad actúen con independencia de los intereses políticos y económicos, de modo que sean capaces de proponer lo que, según su propio saber, es lo mejor para el bien común. Pero se requiere también que las instancias de potestad tengan independencia respecto de las recomendaciones de la autoridad, pues muchas veces ocurre que aquello que se propone como mejor, no puede ser puesto en práctica por diversas circunstancias.

La separación o distinción entre instancias de autoridad e instancias de potestad permite, por una parte, que cada una pueda actuar con libertad. Por la otra, que las decisiones imperativas de la potestad estén sujetas al juicio de los que saben, de modo que no obstante que sean imperativas, se puedan denunciar como opuestas al bien común.

La distinción entre potestad y autoridad es una distinción común y aceptada en la filosofía política griega y también en la constitución política

romana.² Y se entendía como uno de los elementos necesarios para orientar el ejercicio del poder político y preservar la libertad de los ciudadanos.

En la organización política actual del Estado democrático, esa distinción se ha perdido. A veces se contrapone la autoridad al poder, pero entendiendo la autoridad, no como saber socialmente reconocido, sino como «autoridad moral», es decir como el ejercicio honesto del poder. Así se afirma que un gobernante que ha sido honesto y respetuoso de la legalidad tiene autoridad moral para gobernar, pero lo que se afirma con ello es que es una persona honesta que ejerce debidamente el poder político que se le ha confiado, pero no que sea una persona sabia cuyos consejos u opiniones merezcan ser seguidos. En el sentido clásico, la autoridad no tiene que ver con la conducta, sino con el saber, es decir autoridad como palabra derivada de autor, como todavía se usa cuando se dice que una persona es una autoridad en la materia, aunque carezca totalmente de poder político.

En la doctrina democrática se ha perdido la distinción entre autoridad y potestad por la aparición del concepto de «soberanía popular», que se entiende como un poder y, a la vez, un saber ilimitado. Se supone que todo el poder político es del pueblo, quien lo delega a favor de los «representantes populares». Se supone también que el saber consiste en la mayoría de opinión, de modo que aquello que aprueba la mayoría de los representantes populares es lo justo y conveniente al bien común. Resulta así que son los representantes populares los que aprueban lo conveniente al bien común, es decir los que hacen función de autoridad, y al mismo tiempo los que, como instancia de potestad, ordenan imperativamente su ejecución. Esto da como resultado general leyes cuyo contenido está determinado, no por los que saben, sino por quienes controlan a los representantes populares.

En la perspectiva de un gobierno mundial, conviene recuperar esa distinción entre instancias de autoridad que proponen lo conveniente al bien común universal y las instancias de potestad que ordenan su ejecución. Un ejemplo importante en el que puede aplicarse esto es el problema del cambio climático, un problema de escala mundial. Ha sido la comunidad científica la que ha detectado el problema y sus causas. Los científicos especializados son quienes deben proponer políticas y leyes para reducir el cambio climático o mitigar sus efectos; a los organismos internacionales competentes en la materia les corresponde promoverlas, y a los gobiernos nacionales ponerlas en práctica. La autoridad de los científicos, y no la mayoría de opinión de los representantes populares, es la que determina el contenido de las leyes y políticas, pero toca a la potestad de los gobiernos nacionales el

² Sobre la distinción entre autoridad y potestad, que fue recuperada por Álvaro d'Ors, ver la obra de su discípulo Rafael Domingo, *Teoría de la «auctoritas»*, Pamplona, 1987.

ponerla en práctica. Si un gobierno nacional considerara que las propuestas científicas no pueden ser puestas en práctica sin cambios, lo más racional sería que consultara a los científicos respecto de los cambios que quiere hacer, para que ellos propusieran el modo de incluir esos cambios afectando lo menos posible los objetivos técnicos de la propuesta original.

IV. EL ACTUAL GOBIERNO MUNDIAL EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

De acuerdo con la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945, el gobierno de la organización recae en estos órganos: la Asamblea general, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, que es el encargado de administrar los territorios sujetos a régimen de fideicomiso, que hoy son prácticamente inexistentes, por lo que no se tomará en cuenta en este análisis; la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría.

a) *La Asamblea General* es el órgano máximo. Está compuesto por representantes de cada uno de los Estados miembros. Tiene una competencia general sobre todos los asuntos que tengan que ver con la organización y colaboración internacionales, así como con el mantenimiento de la paz y las facultades de los órganos y organismos internacionales.³ Se le encarga especialmente promover estudios para fomentar la cooperación internacional en los ámbitos político, económico, social, cultural, educativo y del respeto a los derechos humanos.⁴

A cada Estado miembro le corresponde un voto en la asamblea. Ésta toma sus decisiones por mayoría de dos terceras partes de los votos presentes en decisiones “importantes”, y por simple mayoría en las demás. Son importantes las decisiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, a la elección de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la elección de miembros del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria, la admisión de nuevos miembros, la suspensión de sus derechos o expulsión, las relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestales.

Las decisiones que toma la Asamblea General que se refieren al régimen interior de la organización, como la elección de miembros, la aprobación del presupuesto y otras semejantes son decisiones definitivas, que vinculan a los miembros, pero que no tienen que ver con el gobierno mundial,

³ Artículos 10 y 11 de la *Carta*.

⁴ Artículo 13 de la *Carta*.

es decir con el gobierno de las naciones que integran esta organización. Las decisiones que toma en relación con la paz mundial y la cooperación internacional, son “recomendaciones” a los Estados o al Consejo de Seguridad.⁵

b) *El Consejo de Seguridad* es, a diferencia de la asamblea que se reúne una vez al año, un órgano permanente. Se compone de representantes permanentes de cinco Estados (Estados Unidos, Rusia, Inglaterra, Francia y China) y diez representantes temporales de otros Estados.⁶ Es el encargado de mantener la paz y la seguridad internacional.⁷ Los Estados “convienen en aceptar y cumplir” sus decisiones.⁸

Las decisiones del Consejo de Seguridad, que no sean de solo procedimiento, se toman por el voto de diez miembros, cualesquiera que sean, pero todas las demás decisiones se toman con mayoría de votos que necesariamente incluya el voto afirmativo de los cinco representantes de los Estados que son miembros permanentes, es decir, los ya citados que fueron los que ganaron la Segunda Guerra Mundial.⁹

El Consejo de Seguridad tiene facultades para hacer “recomendaciones” a los Estados involucrados para arreglar sus controversias.¹⁰ Puede también declarar que existe una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz y tomar medidas, primero de carácter económico, y luego militar a fin de restablecer y mantener la paz. Todos los Estados miembros tienen el deber de contribuir a esas acciones, incluso proporcionando fuerzas militares y otras facilidades al Consejo de Seguridad.¹¹

Existe¹² un Comité de Estado Mayor, que asesora al Consejo de Seguridad en materias de paz y seguridad internacionales y comanda las fuerzas armadas en caso necesario; asesora también respecto de regulación de armamentos y desarme. Está integrado por los Jefes del estado Mayor de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Se pueden invitar a otros Estados a integrar este comité cuando parezca conveniente.

c) *El Consejo Económico y Social*. La *Carta* destina un capítulo especial (cap. IX) a la cooperación internacional en materia económica y social, y propone como fines de esa cooperación: el obtener niveles de vida más alto, trabajo permanente para todos, condiciones de progreso y desarrollo económico

⁵ Artículos 10 y 13 de la *Carta de la Organización de Naciones Unidas* (en lo sucesivo, *Carta*).

⁶ Art. 23 de la *Carta*.

⁷ Art. 24 de la *Carta*.

⁸ Art. 25 de la *Carta*.

⁹ Art. 27 de la *Carta*.

¹⁰ Capítulo VI de la *Carta*.

¹¹ Capítulo VII de la *Carta*.

¹² Artículo 47 de la *Carta*.

y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, así como la cooperación en el orden cultural y educativo, y especialmente el respeto universal de los derechos humanos, sin discriminación alguna.

Para hacer efectiva esta cooperación, se crearán, por medio de tratados “organismos especializados” que se regirán por las “recomendaciones” que emita la “Organización”. Se entiende que la responsabilidad de la “organización” en relación con los organismos especializados corresponde directamente “a la Asamblea General y bajo la autoridad de ésta al Consejo Económico y Social”,¹³ del que se trata a continuación.

Para regular la cooperación internacional, la *Carta* establece el Consejo Económico y Social (cap. X, comúnmente conocido por sus siglas en Inglés ECOSOC). Éste se compone de los representantes de 54 Estados miembros, que la Asamblea General elige periódicamente; cada año se eligen 18 miembros por un período de tres años¹⁴. Toma sus decisiones por mayoría de votos presentes.¹⁵ Su competencia¹⁶ se refiere a los “asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos”. Sus decisiones consisten en “recomendaciones” a la Asamblea General, a los Estados miembros y a los organismos especializados sobre las materias de su competencia, y especialmente sobre el respeto a los derechos humanos.

Le corresponde también el relacionarse con los organismos especializados mediante acuerdos que deberá aprobar la Asamblea General. Con base en esos acuerdos, y las recomendaciones que haga la Asamblea General,¹⁷ el Consejo Económico y Social es el encargado de coordinar las actividades de los organismos especializados,¹⁸ de recibir sus informes periódicos y hacer observaciones a los mismos, las cuales comunicará a la Asamblea General.¹⁹

d) *La Corte Internacional de Justicia* es el órgano judicial, que se rige por la *Carta* y por un estatuto propio.²⁰ Todos los miembros de la organización reconocen la competencia de esta Corte y se comprometen “a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia” en cualquier litigio del que

¹³ Artículo 60 de la *Carta*.

¹⁴ Artículo 61 de la *Carta*.

¹⁵ Artículo 67 de la *Carta*.

¹⁶ Artículo 62-1 de la *Carta*.

¹⁷ Artículo 58 de la *Carta*.

¹⁸ Artículo 63-1y2 de la *Carta*.

¹⁹ Artículo 64 de la *Carta*.

²⁰ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* que entró en vigor en octubre de 1945; en lo sucesivo, *Estatuto*.

sean parte.²¹ Si un Estado parte en un litigio no cumple alguna sentencia de la Corte, la contraparte puede recurrir al Consejo de Seguridad para que la haga cumplir.

La Corte se integra por quince jueces, que deben ser de Estados diferentes, y que sean reconocidos como personas honestas y altamente calificadas.²² Se eligen de entre los nombres que aparecen en una lista que formula el Secretario de la ONU²³ con los candidatos propuestos por grupos de naciones.²⁴ La elección la hacen la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en votaciones separadas. Resultan electos aquellos que obtengan la mayoría absoluta tanto en la Asamblea como en el Consejo, y en este último no se toma en cuenta la distinción entre miembro permanente o no permanente, de modo que resulta electo el que tenga la mayoría absoluta aunque no cuente con los votos de los miembros permanentes. En caso de que varios obtuvieran la mayoría en ambos organismos, prevalecerá el de mayor edad.²⁵ Los magistrados ejercen el cargo durante 9 años,²⁶ pueden ser reelectos, pero no pueden dedicarse a actividades profesionales, políticas o administrativas.²⁷

La competencia de la Corte se refiere únicamente a controversias entre Estados,²⁸ pero tiene una competencia amplia que se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a las materias previstas en la *Carta* o en tratados internacionales vigentes.

Por lo general, la Corte funciona en sesiones plenarias, pero pueden constituir salas para conocer asuntos especiales, y una sala anual, compuesta de cinco magistrados, para despachar sumariamente casos de poca importancia.²⁹ Todas las decisiones se toman por mayoría de votos de los magistrados presentes.³⁰

Las sentencias emitidas por la Corte son jurídicamente vinculantes para las partes en litigio, definitivas e inapelables.³¹ En ciertos casos es posible

²¹ Arts. 93 y 94 de la *Carta*.

²² Artículos 1 y 2 del *Estatuto*.

²³ Artículo 7 del *Estatuto*.

²⁴ Artículo 4 del *Estatuto*.

²⁵ Artículos 8 y 10 del *Estatuto*.

²⁶ Artículo 13 del *Estatuto*.

²⁷ Artículos 16 y 17 del *Estatuto*.

²⁸ Artículo 34-1 del *Estatuto*.

²⁹ Artículos 25, 26 y 29 del *Estatuto*.

³⁰ Artículo 55-1 del *Estatuto*.

³¹ Artículos 59 y 60 del *Estatuto*, y artículo 94-1 *Carta*.

pedir la revisión de la sentencia a la misma Corte.³² Si una parte se negara a cumplir la sentencia de la Corte, la otra parte podrá acudir al Consejo de Seguridad para que la cumpla efectivamente.³³

Además de esa competencia jurisdiccional, la Corte tiene una función consultiva, que es la de emitir opiniones sobre “cualquier cuestión jurídica” que le solicite algún Estado u organismo internacional.³⁴ Las opiniones se comunicarán, de la cual se notificará a la Secretaría General, a los Estados y organismos internacionales. Estas opiniones son propiamente actos de autoridad, en el sentido que aquí se da a esa palabra, no son jurídicamente vinculantes, pero evidentemente que influyen en las decisiones que lleguen a tomar los Estados u organismos internacionales en relación con las cuestiones consultadas.

La Secretaría General se compone del Secretario y del personal que requiera la Organización.³⁵ El Secretario actúa en todas las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria, y anualmente rendirá a la Asamblea un informe de las labores de la Organización.³⁶ No es propiamente un órgano de gobierno, pues no tiene potestad ni autoridad en relación con el orden mundial, pero el Secretario es indudablemente un personaje influyente por el conocimiento que tiene de la organización, porque puede proponer que se reúna el Consejo de Seguridad³⁷ y porque todo el personal del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria está adscrito a la Secretaría.³⁸

V. JUICIO DEL GOBIERNO MUNDIAL ACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AUTORIDAD Y POTESTAD

Se juzgan las instancias que pueden tomar decisiones que afecten el orden internacional directamente, que son propiamente las instancias del gobierno mundial, por lo que no se tomará en cuenta la Secretaría General, que es más bien un órgano interno de comunicación y administración.

³² Artículo 61 del *Estatuto*.

³³ Artículo 94-2 de la *Carta*.

³⁴ Artículo 65 del *Estatuto*.

³⁵ Artículo 97 de la *Carta*.

³⁶ Artículo 98 de la *Carta*.

³⁷ Artículo 99 de la *Carta*.

³⁸ Artículo 101 de la *Carta*.

a) *La Asamblea*, que se compone por representantes de los Estados, debería ser un órgano de potestad, que tomará decisiones que vincularán jurídicamente a los Estados, pero no es así. Sus decisiones que se refieren al gobierno mundial, es decir al mantenimiento de la paz y la cooperación internacional, se llaman “recomendaciones” y no hay en el texto de la *Carta*, a diferencia de lo que ocurre con las “recomendaciones” del Consejo de Seguridad o del Consejo Económico y Social, un artículo que señale que los Estados miembros están obligados a cumplir las recomendaciones de la Asamblea General.

Parecería que la Asamblea está concebida como un órgano de autoridad que hace recomendaciones y promueve estudios, pero no es así, porque está compuesta, no por personas de saber reconocido, sino por representantes de los Estados, es decir por funcionarios diplomáticos que asumen el cargo para defender los intereses de sus respectivos Estados.

La Asamblea no es ni un órgano de potestad ni tampoco un órgano de autoridad para el gobierno mundial. Es simplemente un órgano de gobierno de la organización, un símbolo de la organización, que no tiene una competencia directa para el gobierno mundial.

b) *El Consejo de Seguridad*. Es un órgano de potestad que toma decisiones en relación con la paz y la seguridad internacionales que todos los Estados deben respaldar. Sus decisiones dirigidas a los Estados miembros, aunque se llamen “recomendaciones” son en realidad órdenes imperativas, actos de potestad, que los Estados tienen el deber de “aceptar y cumplir”.³⁹ El incumplimiento, por parte de un Estado, de alguna “recomendación” del Consejo de Seguridad constituiría un incumplimiento del tratado y materia de un juicio ante el Tribunal Internacional, que podría dictar sanciones por esa causa, mismas que el Consejo de Seguridad, de acuerdo con la *Carta*, podría imponer coactivamente.

Su potestad también se manifiesta en la facultad de hacer cumplir las sentencias de la Corte Internacional.⁴⁰

Es una instancia potestativa que no está limitada por ningún otro poder ni por algún órgano de autoridad. El Comité de Estado Mayor que tienen funciones de asesoría en materia de paz, seguridad internacional y armamentos, no es un órgano independiente de autoridad porque está integrado por los Jefes militares de los cinco miembros permanentes del Consejo. Ni siquiera está limitada por la autoridad de la Corte Internacional, porque el Consejo puede negarse impunemente a cumplir cualquier sentencia.

³⁹ Artículo 25 de la *Carta*.

⁴⁰ Artículo 94-2 de la *Carta*.

Por el requisito de que en las decisiones importantes debe contar con el voto de todos los miembros permanentes, el Consejo asegura el predominio de los cinco Estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial. Son los acuerdos entre ellos, formalizados como decisiones del Consejo de Seguridad con el aval de cinco miembros no permanentes para conseguir la mayoría de diez votos, los que realmente deciden las cuestiones sobre la paz y la seguridad mundiales.

c) *El Consejo Económico y Social.* Si bien las recomendaciones que haga este Consejo aparentemente no son por sí mismas vinculantes, y por eso se designan como “recomendaciones”, de hecho están jurídicamente reforzadas por el deber que los Estados asumen en el artículo 55 de la *Carta* de “tomar medidas” para la realización de la cooperación internacional, y reforzadas también, respecto de los organismos especializados, por los acuerdos que deben celebrar, según el artículo 57, donde se precisan las condiciones en que quedan vinculados con dicho Consejo.

Si uno de los Estados miembros de la organización no siguiera alguna de las recomendaciones que le hiciera el Consejo Económico y Social, su conducta podría considerarse un incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la *Carta de las Naciones Unidas*, y ser materia de juicio ante el Tribunal Internacional.

Por eso, el Consejo Económico y Social es en realidad un órgano potestativo que da órdenes a los Estados, las cuales diplomáticamente (o eufemísticamente) se llaman recomendaciones. Los Estados que no son miembros permanentes del Consejo de Seguridad saben que la desobediencia de una recomendación podrá implicar sanciones, que en su caso el Tribunal Internacional definiría y que, de no cumplirlas voluntariamente, el Consejo de Seguridad podría imponer coactivamente. En cambio, si uno de los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad no obedeciera una recomendación del Consejo Económico y Social, sabe que no le podrían imponer ninguna sanción pues él solo puede vetar la decisión del Consejo de Seguridad para hacer cumplir la sentencia. Las decisiones del Consejo Económico y Social solo pueden llamarse debidamente recomendaciones cuando se dirigen a los Estados que tienen asiento permanente en el Consejo de Seguridad, quienes las cumplirán si convienen a sus intereses.

El Consejo Económico y Social viene a ser una instancia potestativa, compuesta de representantes temporales de los Estados miembros, cuya composición varía cada año en una tercera parte, es decir es un órgano poco estable, y cuyos integrantes no están especialmente calificados, pues se les designa como representantes del algún Estado y no por su saber u honestidad. Pero es una instancia potestativa que emite órdenes para todos los Es-

tados, excepto para los cinco que dominan el Consejo de Seguridad. Es una nueva versión de aquel aforismo del absolutismo monárquico que decía que el rey no estaba sujeto a las leyes.

El Consejo Económico y Social es la instancia más importante para la cooperación internacional en tiempos de paz. De hecho, la paz, como se ha reconocido, tiene que ver más que con el equilibrio de fuerzas, con el desarrollo ordenado e integral de cada pueblo y de todos los pueblos. La paz, como siempre se ha reconocido, es obra de la justicia. Por eso resulta preocupante que el órgano al que se le encarga misión tan delicada sea un órgano poco calificado, de composición inestable, y que no está debidamente orientado por un órgano de autoridad donde hubiera científicos especializados en las diferentes materias relacionadas con el desarrollo económico y social, que pudieran opinar libremente, sin compromiso con los Estados y sin actuar como sus representantes.

Este Consejo ha ejercido una influencia importante en materias de cooperación internacional en temas económicos, de salud, de derechos humanos, de educación y cultura, como lo demuestra el que haya políticas uniformes en esta materia en todos los Estados miembros de la organización.

La composición actual e inestable de este Consejo permite que sea dominado por los intereses que proponen los Estados más poderosos, que a su vez presionan a los Estados sobre los que ejercen influencia, a fin de que los representantes de los Estados en el Consejo Económico y Social voten las propuestas «políticamente correctas». No está limitado por alguna instancia de autoridad.

d) *La Corte Internacional de Justicia*. Es claramente un órgano con autoridad, compuesto por magistrados que se procura sean personas altamente calificadas y honestas, que no son representantes de los Estados, aunque son los Estados quienes las proponen para el cargo y las eligen. Esta dependencia de los Estados para su elección, puede hacer que los magistrados que quieren ser electos o reelectos asuman compromisos previos, especialmente con los miembros del Consejo de Seguridad, por ser un número reducido y muy influyente. Si bien los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad no pueden vetar las elecciones de magistrados, de hecho pueden ejercer una influencia decisiva, presionando sobre los Estados, para orientar las votaciones, y parece que se ha seguido la práctica⁴¹ de que entre los quince magistrados que integran la Corte haya cinco procedentes de los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Esto muestra una debilidad en la independencia de este tribunal.

⁴¹ MÉNDEZ SILVA, R. *Diccionario Jurídico Mexicano* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999) s.v. “Corte Internacional de Justicia”

Las sentencias de la Corte son actos de autoridad, recomendaciones para resolver los conflictos, que los Estados asumen cumplir voluntariamente al ratificar la *Carta*. Si no se cumplen voluntariamente, la Corte no tiene potestad para hacerlas cumplir, por lo que es necesario acudir al Consejo de Seguridad quien tiene la posibilidad de hacerlas efectivas, siempre y cuando estén de acuerdo los representantes de los cinco Estados que son miembros permanentes. Esto hace que estos cinco Estados no estén limitados por la autoridad de la Corte.

Las opiniones consultivas que emite, a pregunta de algún Estado u organismo internacional, son totalmente actos de autoridad, que sin ser jurídicamente vinculantes, de hecho tienen influencia en las decisiones y en la vida de los tratados y organismos internacionales.

En términos generales, la actual organización del gobierno mundial parece poco adecuada para cumplir su función de promover el bien común de todas las naciones.

En materia de cooperación internacional para el desarrollo económico y social, permite que la minoría de miembros permanentes del Consejo de Seguridad, es decir Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Rusia y China, impongan a los demás Estados políticas que ellos no están comprometidos a

seguir. Tómese en cuenta, por ejemplo, la política de promoción de los derechos humanos o las políticas en relación con el cambio climático, que no las respetan ni China ni Estados Unidos. Además, el contenido de esas políticas está determinado por una instancia potestativa, el Consejo Económico y Social, que no tiene que respetar una instancia de autoridad compuesta por expertos en esas materias. Resulta así que aquello recomendado por este Consejo se toma como si fuera un contenido realmente sabio, que no admite crítica, cuando quizá no sea más que la defensa o promoción de intereses poderosos.

En el ámbito de la seguridad y la paz internacional, sucede algo parecido. El Consejo de Seguridad no puede tomar medidas para evitar o controlar acciones que pongan en peligro la paz mundial, cuando provienen de miembros del Consejo de Seguridad, como ocurrió con la invasión de Irak por Estados Unidos, u ocurre ahora con la separación de Crimea de Ucrania, promovida por Rusia. Muchos conflictos que deberían o podrían haberse resuelto por decisión del Consejo de Seguridad, no pueden ser solucionados jurídicamente porque uno de los miembros del Consejo de Seguridad veta la resolución, y el conflicto termina resolviéndose por vías de hecho.

La Corte Internacional puede funcionar como órgano de autoridad, pero su independencia resulta vulnerable por la participación que tiene el Consejo de Seguridad en la elección de los magistrados y por la práctica

de que cinco de ellos sean de los países que son miembros permanentes de dicho Consejo.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE POSIBLES LÍNEAS PARA REFORMAR EL ACTUAL GOBIERNO MUNDIAL

Considerando que la función de la potestad es la promoción del bien común, y en el caso de una potestad mundial, la promoción del bien común universal, y teniendo en cuenta que todo gobierno, y también el gobierno mundial, requiere de instancias de unas instancias de potestad, que ordenen imperativamente, y otras de autoridad que aconsejen lo conveniente al bien común, paso a hacer algunas reflexiones sobre posibles modificaciones del esquema actual.

a) *La potestad mundial*

El orden internacional, como todo orden social, requiere la cooperación de sus diferentes miembros para la consecución del bien común, así como la represión de las conductas contrarias a él. Por esta razón parece necesario, en principio, que exista en la sociedad internacional una potestad mundial capaz de realizar el cometido que cumplen las potestades políticas en las sociedades nacionales.

Sin embargo, la posibilidad de una potestad mundial suprema parece algo, no solo difícil de realizar, sino contrario a las exigencias de los principios de libertad y subsidiariedad.

Si existiera una potestad política mundial, una especie de «súper Estado» con dominio sobre todo el mundo, se eliminaría la posibilidad, que parece inherente a la esencia de la libertad personal, de que cualquier persona pueda salir del país en que vive por no estar de acuerdo con los mandatos de la potestad constituida, y acogerse a la protección que le puede ofrecer la existencia de otra potestad política que la primera tiene que respetar. Esto no podría ser si hubiera una sola potestad política mundial.

Tal supuesto súper poder mundial también contravendría el principio de subsidiariedad, que supone que toda potestad está de hecho limitada por una potestad superior que puede intervenir subsidiariamente ante las deficiencias de las potestades inferiores. La potestad de las comunidades políticas intermedias (pueblos, municipios, regiones) está supeditada a la potestad nacional; las diferentes potestades nacionales podrían quedar supeditadas a

las potestades multinacionales constituidas por medio de tratados; las diferentes potestades multinacionales se limitarían entre sí. Pero una potestad única mundial, que requeriría tener a su disposición un ejército capaz de imponerse a cualquier otro ejército nacional o multinacional, se presentaría como un poder independiente y absoluto, al que todas las comunidades y personas estarían subordinadas, sin posibilidad de recurrir a otra potestad superior.

Una potestad mundial única, que no reconoce una potestad superior, ni siquiera una ley superior, que solo se rige por las leyes que aprueba y emite y a la cual están subordinadas todas las naciones y todas las personas, es algo inhumano. Parece, además, poco viable, pero quizás los adelantos técnicos pudieran hacerla factible. Pero si fuera posible, debería ser rechazada como un objetivo evidentemente opuesto al bien común universal, que solo podría satisfacer las aspiraciones de una minoría privilegiada que sueña controlar el mundo. No obstante, hoy hay quienes opinan que es deseable un poder mundial en un mundo tecnológicamente unificado, lo que llaman el *One World*.

Haciendo a un lado la posibilidad de una potestad mundial única, cabe pensar, siguiendo el esquema actual, en un órgano encargado de mantener la paz mundial, el Consejo de Seguridad, y otro encargado de la cooperación internacional, el Consejo Económico y Social.

El Consejo de Seguridad debe reformarse para eliminar la distinción entre miembros permanentes y no permanentes, y para incluir a representantes de los Estados de diferentes regiones geopolíticas, especialmente incluir representantes de los Estados de Medio Oriente, de América Latina, de África, de Oceanía y del sur de Asia. De esta manera, sus decisiones serán vinculantes para todos los Estados, y el incumplimiento de las mismas podrá ser impugnado y sancionado igualmente. El Comité de Estado Mayor encargado de las fuerzas armadas deberá integrarse con todos los miembros, o la mayoría de ellos, del nuevo Consejo de Seguridad.

El Consejo Económico y Social debe reformarse para dar más estabilidad a sus representantes y para hacer que procedan de Estados de las diferentes regiones geopolíticas que se consideren en la composición del Consejo de Seguridad. Sus decisiones serán vinculantes para todos los Estados miembros, y el incumplimiento de las mismas igualmente sancionable. Dada la amplitud de temas a que se refiere, convendría dividirlo en comisiones especializadas, compuestas de 5 o 7 miembros, que se ocupen de temas específicos, como economía, educación, salud, población, derechos humanos y otros. Estas comisiones pudieran emitir sus recomendaciones

por sí mismas, pero para ser dirigidas a todos los Estados tendrían que estar aprobadas por el Consejo en pleno.

El valor de las recomendaciones de este Consejo podría ser jurídicamente vinculante, pero dejando a cada uno de los Estados la libertad de implementarlas o ponerlas en práctica por las medidas que les parezcan adecuadas en razón de sus circunstancias. Se trataría, más que de leyes directamente aplicables, de directrices que los Estados deberían convertir en leyes o políticas públicas.

b) La autoridad mundial

La mayor innovación podría ser la inclusión de otras instancias de autoridad, además de la Corte Internacional, encargadas de proponer lo que es conveniente al bien común universal en los dos campos de acción del gobierno mundial: la paz y la seguridad internacional, por una parte, y la cooperación internacional en materia de desarrollo económico y social, por lo otra.

Consistiría en crear organismos internacionales compuestos por científicos y personas sabias de reconocido prestigio, independencia y honestidad, en los diferentes campos del gobierno mundial. Podría haber un grupo experto en lo relativo a la guerra y la seguridad internacionales. Otro experto en desarrollo económico; otro en educación, otro en salud, otro en combate a la pobreza, otro en derechos humanos y otro sobre medio ambiente y recursos naturales. Podrían ser grupos permanentes, que se dividieran en comisiones expertas en temas específicos, que pudieran ser también permanentes o temporales para afrontar una determinado problemática.

La elección de los miembros de estos organismos podría ser hecha por la Asamblea General, a propuesta de academias científicas, institutos y universidades de todos los países miembros, en la primera elección, y en las sucesivas, las propuestas podrían venir de los mismos organismos ya constituidos. Los integrantes tendrían nombramiento por períodos largos, diez años o más, y no se considerarían representantes de los Estados. Quienes integraran organismos de carácter temporal tendrían nombramiento limitado al tiempo necesario para atender el asunto que se les consulte.

Estos organismos darían respuesta a las preguntas que les formularan los Estados o cualquiera de los dos Consejos. Sus respuestas serían simplemente recomendaciones, que los Consejos decidirían libremente si las siguen o no. Para que se respetara la autoridad de estos organismos de científicos o expertos, sería conveniente que sus recomendaciones se hicieran

públicas, con difusión en todo el mundo, de modo que los Consejos, si no las siguen, deben demostrar públicamente porqué actúan de esa manera.

La Corte Internacional de Justicia debiera reformarse para fomentar su independencia y autoridad. Para lo primero, sería conveniente eliminar la participación del Consejo de Seguridad en la elección de los magistrados y la práctica de que debe haber un magistrado por cada uno de los Estados que son miembros permanentes en el Consejo de Seguridad, lo cual se alcanzaría cuando se elimine la distinción entre miembros permanentes y no permanentes de dicho Consejo.

Para reforzar la autoridad de la Corte, sería conveniente que sus sentencias, debidamente formuladas de manera comprensible y con expresión clara de las razones en que se fundan, se publicaran de manera masiva.

Actualmente la Corte sólo se ocupa de litigios que tienen que ver con el incumplimiento de los tratados, es decir de asuntos que tienen que ver con el Derecho Internacional Público. Dado que el bien común internacional requiere de asegurar un intercambio equitativo de bienes y servicios entre personas privadas (personas singulares o empresas), convendría crear otra corte internacional, que se ocupara de los litigios entre particulares asentados en Estados diferentes, sin que ello excluya la posibilidad de acudir a otras foros de resolución de conflictos, como tribunales arbitrales o tribunales nacionales. Esta Corte Internacional de Derecho Privado debería tener una competencia limitada, especializada por cuantía, por tipo de negocio o como instancia revisora.

El funcionamiento de ambas cortes podría estar asesorado por sendas comisiones de juristas expertos en una y otra materia, compuesto por personas de reconocido saber, independientes de los intereses político y económicos, que consideraran el Derecho público o privado, no como un conjunto de reglas imperativas emanadas de la potestad de los Estados, sino como ciencias que contienen criterios objetivos para discernir lo que es justo en las relaciones entre los Estados o en las relaciones entre personas particulares.

Un buen ejemplo de cómo podrían funcionar tales órganos de autoridad es el papel que actualmente desempeña la Iglesia Católica. Actualmente es miembro de la Organización de las naciones Unidas, no por ser un Estado, sino por ser una iglesia universal con presencia en muchas naciones, y por eso se le designa como Santa Sede. El papel que le corresponde en el orden mundial es el de ser un órgano de autoridad, que tiene un saber reconocido acerca del contenido de la ley natural, por lo que puede y debe hacer recomendaciones sobre lo que es conveniente al bien común universal.

Además del conocimiento y la experiencia acumulada de veinte siglos, el gobierno central de la Iglesia Católica o Santa Sede, actualmente está en

una situación de objetiva independencia respecto del poder de las naciones y los intereses económicos. Frente a ellos ha defendido y defiende la igualdad esencial de todos los hombres, la dignidad o racionalidad de los indígenas, la injusticia de la guerra ofensiva, la dignidad de la persona humana, el destino común de los bienes, la preservación de los recursos naturales, la dignidad del trabajo humano, el deber de solidaridad internacional, la responsabilidad social del propietario, el respeto a la vida humana desde la concepción, la distribución equitativa de los bienes, el desarrollo integral de todos los pueblos, entre otras aplicaciones de la ley natural.

La autoridad de la Iglesia en el orden internacional se restringe a la declaración e interpretación de la ley natural. Ella no tiene autoridad para recomendar soluciones técnicas a los problemas de organización social nacional o internacional, cosa que corresponde a los otros organismos de autoridad. Los consejos o recomendaciones que ella hace no son vinculantes ni para los Estados ni para los organismos internacionales, pero sirven para juzgar, desde una perspectiva objetiva no comprometida con los intereses predominantes, de las leyes y políticas que se ponen en práctica.

REPENSANDO EL CONCEPTO DE ‘DERECHO’ EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN (CONSIDERACIONES METATEÓRICAS CON REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO CONSTITUCIONAL)¹

Enrique CÁCERES NIETO²

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problema.* III. *Presupuestos epistemológicos y teóricos.* IV. *Los conceptos de ‘derecho’ como modelos proposicionales emergentes en un sistema dinámico y evolutivo.* V. *Esbozo de un concepto de “derecho” constructivista para la era de la globalización.* VI. *Desarrollo: Pluralidad de modelos explicativos de la constitución en la globalización.* VII. *Hacia un nuevo concepto de ‘constitución’ en la era de la globalización (ensayo de una conclusión).*

I. INTRODUCCIÓN

La llamada “globalización”, o lo que con mayor precisión han denominado “las globalizaciones múltiples” Berger y Huntington,³ forma(n) parte de las representaciones universales con que concebimos el mundo de nuestra época.

Si bien algunos niegan que la globalización sea un fenómeno contemporáneo (de lo cual da fe el imperio romano o la propagación de las creencias religiosas) lo cierto es que las características que está teniendo este proceso, o la continuación actual de un proceso ancestral, carece de precedentes en la historia. Nunca antes como hoy la comunicación anónima

¹ Existen dos versiones preliminares de este trabajo: una presentada en la Universidad Técnica de Loja, Ecuador y otra en el XI Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en Tucumán en 2013. Ambos están en proceso de publicación.

² Investigador Titular “B”, por oposición de tiempo completo y con definitividad en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Investigador Nacional Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores; Coordinador del área de filosofía del derecho del propio Instituto.

³ Berger, Peter y Huntington, Samuel, *Globalizaciones múltiples*, México, Paidos, 2002.

entre particulares facilitada por medios de comunicación electrónicos había posibilitado la integración de redes sociales capaces de desestabilizar régimenes políticos autoritarios y modificar el equilibrio geopolítico; ni la indignación por el maltrato de una joven en el mundo árabe había despertado espontáneas e inmediatas manifestaciones de solidaridad, principalmente por mujeres, en todas partes del mundo; jamás como hoy se habían revelado las vergonzosas estrategias de servicios de inteligencia de insospechado poder por parte de un puñado de rebeldes ciberneticos. Viendo la cara positiva de la globalización, cada vez más todos somos uno ante los problemas importantes del mundo.

Sin embargo, la globalización también tiene su cara oculta: agazapada en las secretas redes de crimen organizado capaces de desafiar a la comunidad internacional; en la voracidad de empresas trasnacionales que irresponsablemente contribuyen a la desestabilización de los Estados en los que se instalan; en el imparable avance del neoliberalismo económico diseñado y fomentado por organismos trasnacionales, frecuentemente en detrimento de los países menos desarrollados; en guerras preventivas que terminaron con el control de buena parte de las reservas petroleras mundiales en unas cuantas manos; en la paranoia global ante el temor a las reacciones del terrorismo internacional.

La globalización o, las globalizaciones múltiples, no ha(n) pasado desapercibida(s) al ámbito académico y dentro de él al jurídico. Su impacto desestabilizador en estructuras y conceptos tradicionales como el de Estado o soberanía lleva a la necesidad de revisar, si no es que reinventar, las categorías desde las que solemos conceptualizar y concebir al derecho.

Con ecos de materialismo histórico podría decirse que cambios ocurridos a nivel estructural reclaman cambios a nivel superestructural para comprender los que está pasando. Pero, ¿desde qué supuestos epistémicos, teóricos, metodológicos y conceptuales entender esos cambios cuándo los supuestos disponibles fueron generados para comprender una estructura en plena metamorfosis?. La expansión explicativa del paradigma epistémico aún vigente: el positivismo, plantea un nuevo dilema: ¿qué poder de cobertura explicativa puede tener un paradigma epistémico que también está en crisis o, en términos kuhnianos, abandonando el período de ciencia normal cuando se preludia una revolución no sólo científica sino sobre todo epistémica?

II. PROBLEMA

El problema principal del que me ocuparé en este trabajo consiste en proponer de forma exploratoria un concepto de “derecho” que dé cuenta de los fenómenos jurídicos en la era de la globalización, desde el constructivismo jurídico.

Como es de suponer, un cambio en el concepto de derecho tiene implicaciones que rebasan el terreno de la filosofía jurídica e impacta lo que tradicionalmente son consideradas distintas áreas de la dogmática jurídica. También de forma exploratoria esbozaré una propuesta del concepto de constitución en la era de la globalización. Si la propuesta es correcta, permitirá arrojar nuevas luces sobre conceptos aledaños al de constitución tales como “constitucionalismo y gobernanza” y servirá de muestra de las consecuencias del concepto de derecho propuesto en otras áreas jurídicas.

En relación al concepto de “constitución” es importante subrayar que existen interesantes propuestas de modelos desarrollados por los constitucionalistas contemporáneo que tienen el mérito de haber seleccionado y organizado información relevante a partir de lo que cada uno ha considerado su objeto de explicación, su *explanandum*, y con ello han elaborado artefactos epistémicos de gran utilidad para la comprensión del problema. Sin embargo, en la actualidad dichos modelos se presentan como excluyentes y rivales y cada uno reclama dar cuenta del fenómeno completo.

Mi conjectura inicial es que esta producción teórica ha llegado a un punto de madurez que permite pensar en una teoría general sobre la globalización y el derecho constitucional (como parte de una teoría general del derecho) a la que puedan reconducirse de manera integrada y coherente esos distintos modelos. En ese sentido este trabajo presenta una propuesta a nivel de meta-teoría constitucional.

Una prevención importante: el mundo es más fascinante de lo que nuestra curiosidad intelectual puede abarcar. Parte de lo que he tenido que dejar fuera de mi núcleo de interés es el estudio profundo del derecho constitucional. En ese sentido el presente ensayo puede también considerarse como el producto de la visión ingenua de un filósofo del derecho que incursiona en territorio desconocido. Tal vez ello proporcione una mirada distinta a los constitucionalistas y los lleve a encontrar cosas diferentes y tal vez sugerentes donde ya habían visto previamente.

Por último, pero no por ello menos importante, deseo subrayar que el carácter exploratorio de este trabajo representa un reto a la capacidad explicativa de la concepción alternativa del derecho en la que llevo trabajando ya varios años y a la que he dado en llamar: “constructivismo jurídico”.

III. PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS Y TEÓRICOS

A. *La crisis epistémica*

Junto con Rolando García,⁴ sostengo que en la historia ha habido dos grandes derrumbes epistémicos: el primero el de la epistemología especulativa o metafísica y el segundo el del empirismo.

A pesar de ello, el empirismo ingenuo sigue estando extendido en muchas disciplinas, entre las que se encuentra la teoría jurídica en su versión de positivismo jurídico. Su presupuesto central: la existencia de una realidad dada, objetiva y ontológicamente independiente de cualquier mente que la piense que en el caso del derecho corresponde al derecho *positum*, o dado en el mismo sentido que las manzanas que caen de los árboles.

Dos conmociones han removido al empirismo desde sus cimientos: la demostración de que la realidad es un constructo cognitivo y el fin del determinismo.

a) *La realidad es un constructo cognitivo*

El ataque al realismo ingenuo queda planteado claramente en las siguientes palabras de von Forester:

“allí afuera” no hay luz de color, sólo existen ondas electromagnéticas; tampoco hay sonido ni música, sólo existen fluctuaciones periódicas de la presión del aire; ‘allí afuera’ no hay calor ni frío sólo existen moléculas que se mueven con mayor o menor energía cinética; y, finalmente, ‘allí afuera’ no hay, con toda seguridad, dolor”.⁵

Esto significa que todo lo que creemos saber acerca del mundo “ontológico” es el producto de la forma en que organizamos esa información que está “allí afuera”, a través de los que Rescher ha llamado “sistematización cognoscitiva”.⁶

En el terreno de la ciencia esto equivale a decir que no es verdad que la realidad determine nuestras teorías, sino que es el producto de un equilibrio reflexivo entre lo que percibimos y nuestras teorías el que determina lo que

⁴ García, Rolando, *La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario*, España, Gedisa, 1977.

⁵ Forester, Heinz, “Construyendo la realidad”, *La realidad inventada*, trad., Nélida M. de Machain, Ingeborg S. de Luque y Alfredo Báez, Editor, Watzlawick. Paul et al., Argentina, Gedisa, 1981.

⁶ Rescher, Nicholas, *Cognitive Systematization*, USA, Blackwell, 1979.

podemos ver como real. Este fenómeno, perfectamente conocido por Kuhn, es la base del concepto de paradigma⁷en la filosofía de la ciencia.

Dado que estas ideas han sido mal interpretadas y transformadas en un blanco de paja, debo aclarar que el término ‘realidad’ tiene varios sentidos. Entre ellos: 1) lo que se nos manifiesta como real y 2) aquello que organizamos para generar lo asumimos como real conforme a “1”). Desde luego que cuando se verifica la incidencia de una variable independiente sobre el comportamiento de una dependiente y con base en ello se verifican y predicen exitosamente cambios en el mundo, no significa que dichos cambios hayan sido imaginados psicóticamente por el científico. Sin embargo, de ello no se sigue que la realidad “*per se*” sea como el modelo la representa. De ser así no podríamos explicar la evolución de la ciencia ni el carácter provisional de sus teorías a lo largo de la historia.

b) *El fin del determinismo*

El determinismo se sustentó en dos grandes pilares: Newton y Laplace. Para ellos, el universo estaba gobernado por leyes universales e inmutables que al ser descubiertas permiten predecir con exactitud el comportamiento del universo.

En palabras del propio Laplace:

“Todos los sucesos, hasta aquellos que a causa de su insignificancia no parecen seguir las grandes leyes de la naturaleza, son el resultado de ellas tan exacta y necesariamente como las revoluciones del sol”.⁸

En ese mismo sentido afirmó en su *Traité du Mécanique Céleste*, que, si se conociera la *velocidad* y la *posición* de todas las *partículas* del *Universo* en un instante, se podría predecir su pasado y futuro, ideas que permanecieron vigentes durante mucho tiempo.⁹

No fue sino hasta la década de 1960, que fue firmada el acta de defunción del determinismo.

En 1963, Edward Lorenz estaba trabajando en un sistema de ecuaciones tratando de modelar el comportamiento atmosférico con el objetivo de predecirlo. En ese entonces ya se contaba con computadoras que podían realizar tediosos cálculos y mostrar gráficamente el resultado de sus operaciones.

Con la finalidad de mejorar la gráfica original, Lorenz inventó un refinamiento representacional y dejó correr al sistema mientras salía un mo-

⁷ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

⁸ Laplace, Pierre Simon, *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, Francia, 1814 p. 3.

⁹ Laplace, Pierre Simon, *Traité du Mécanique Céleste*, Francia, Duprat, 1779.

mento. Al regresar esperaba encontrar una gráfica que reflejara un comportamiento constante del fenómeno analizado en la corrida que había dejado en marcha. Sin embargo, la gráfica encontrada representaba un comportamiento extraño que se alejaba de sus predicciones. Después de muchas revisiones, al fin comprobó que al buscar un atajo en la corrida había tomado como punto de partida un dato que le había parecido ser insignificante respecto de la corrida anterior. Al reiniciar el experimento había redondeado números decimales y en lugar de ingresar a la computadora 0,506127, había ingresado 0,506.

El resultado de la gráfica mostraba algo que chocaba con las ideas deterministas: una pequeñísima modificación en las condiciones iniciales del sistema había generado un comportamiento diferente. La imagen semejante a la de una mariposa es la gráfica de lo que hoy se conoce como el atractor de Lorenz, ícono de la teoría del caos.

Las consecuencias filosóficas del descubrimiento de Lorenz resultaron de una enorme trascendencia. Por un lado derrotaba por contra-ejemplificación la generalización Newton-Laplace, conforma a la cual es posible reproducir con precisión absoluta las condiciones iniciales de cualquier experimento exitoso y replicarlo con exactitud. A esta razón habría que agregar posteriormente la imposibilidad de hacer mediciones absolutamente precisas de los sistemas “reales” por razones físicas pero, además porque ello requeriría el empleo de números irracionales (de los cuales es un ejemplo el número Pi) que se caracterizan por decimales infinitos no periódicos.¹⁰

En conclusión: ya no era posible sostener con alcance general y universal el presupuesto sobre el que se había fundado la ciencia y la creencia en su capacidad para generar leyes con validez absoluta e intemporal que permitieran determinar con precisión el comportamiento del mundo.

Con esto nacía el concepto de sistema caótico el cual no denota un comportamiento anárquico como se suele creer normalmente, sino a todo sistema que satisfaga la propiedad de “dependencia sensitiva a las condiciones iniciales”, la cual, en sentido estricto, está presente en prácticamente todo sistema¹¹ dinámico.

¹⁰ Para una demostración gráfica del atractor de Lorenz animada Ver, http://www.youtube.com/watch?v=8z_tSVeEFTA. Ahí se podrá observar en colores distintos dos diferentes trayectorias correspondientes a la solución del sistema de ecuaciones, cuyo comportamiento gráfico en coordenadas se puede ver a la derecha de la gráfica del atractor, así como la manera en que ambas trayectorias van divergiendo con el transcurso del tiempo.

¹¹ Sobre la historia del atractor de Lorenz puede consultar Ver, Gleick, James, *CAOS. La creación de una ciencia*, trad. Juan Antonio Gutiérrez-Larraza, 2^a Edición, España, Seix Barral, 1994, particularmente el capítulo segundo.

Las consecuencias de este descubrimiento no únicamente fueron relevantes para las ciencias de la naturaleza. En el terreno de las ciencias sociales abrió la puerta para repensar su objeto de estudio sin la histórica obsesión por equipararse al paradigma determinista de las llamadas “ciencias duras”. Paradójicamente y en retrospectiva histórica, resultó que la supuesta diferencia entre los problemas de las ciencias naturales y los sociales era resultado de una simplificación de los primeros.

Dicho en otras palabras, la física brindaba la posibilidad de estudiar a los fenómenos sociales sin las restricciones que ella misma había impuesto con el modelo mecanicista. Un acto de liberación epistémica del que el derecho no puede quedar al margen.

B. *Constructivismo jurídico*

Como se ha señalado, los supuestos epistemológicos sobre los que se sustenta la teoría jurídica y nuestras concepciones del derecho: la epistemología especulativa (isnaturalismo) y la empirista (positivismo jurídico) han sido derrumbados. Con ello y al igual que sucede en otras áreas del conocimiento es necesario encontrar un nuevo punto de partida.

Denoto con el término ‘constructivismo jurídico’ al enfoque, o *weltanschauung* que sirve de soporte a un programa de investigación cuyo objetivo principal es repensar al derecho desde ese nuevo inicio.

Su objetivo es explicar la manera en que el derecho positivo y la teoría jurídica inciden en los procesos de construcción social de la realidad a través de agentes (individuos) e instituciones, mediante una integración de los avances producidos en las ciencias cognitivas y la teoría de los sistemas complejos. A pesar de que en buena medida constituye un enfoque conceptual, eleva sus propuestas a exigencias de naturalización filosófica, es decir, ser una continuación de los resultados obtenidos en la investigación científica.

Algunos de los conceptos tanto de las ciencias cognitivas como de las ciencias de la complejidad integrados al constructivismo jurídico requeridos para dar seguimiento al resto de este escrito son expuestos de manera muy simplificada a continuación.

a. *Conceptos de las ciencias cognitivas*

1) Agente: toda entidad que posee propiedades cognitivas. En diferentes escalas puede denotar a individuos, o a sistemas o redes de individuos

involucrados en procesos de cognición grupal. Por ejemplo, los procesos de deliberación en los congresos.

2) Cognición corporeizada: tesis que sostiene que la cognición no ocurre únicamente dentro de la fría caja de la bóveda craneal, sino que involucra al organismo completo. Mucho trabajo experimental muestra que mucha de la sistematización cognoscitiva ocurre sin control consciente.

3) Cognición situada: tesis conforme a la cual la cognición corporeizada de los agentes se genera, opera y se adapta en función de su interacción con el entorno.

4) Modelo mental: término usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.¹²

Denota a las representaciones mentales generadas a partir de procesamiento cognitivo de información sobre lo que es al caso en el mundo real, o mundos posibles. En términos wittgensteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. En términos wittgensteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. Por ejemplo, nuestra representación del *big bang*, de la catedral de *Notre Dame*, de *Howards*, o del estado de cosas que correspondería a la realidad social si se introdujeran ciertas reformas a la constitución.

En el ámbito jurídico son modelos mentales tanto las teorías filosófico jurídicas, como las dogmáticas. A nivel de la pragmática los modelos mentales de los operadores jurídicos son adecuadamente representados en una red neuronal multicapa: 1) una que opera como matriz básica corresponde al pensamiento común (teorías implícitas, sentido común, representaciones sociales espurias, etc); 2) una capa para la narrativa de los casos jurídicos; 3) una capa para los constructos normativos; 4) una capa para las teorías dogmáticas y 5) una capa para la teoría del derecho.

En términos de procesos cognitivos básicos superiores los modelos mentales jurídicos son representaciones mentales que emergen en la memoria de trabajo y son generados a partir de las reglas de procesamiento de la información propios de la profesión jurídica. Por ejemplo, los métodos de interpretación normativa.¹³

5) Insumo cognitivo: información empleada para el procesamiento cognitivo, generalmente proveniente del “exterior” del agente. Por ejemplo, el valor de una variable, un contra-argumento.

¹² Kenneth Craik, *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press, 1943.

¹³ Cáceres, Enrique., “Steps towards a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition” *Law and Neuroscience*, Ed. Freeman, Michael, Inglaterra, Oxford University Press, 2010.

6) Artefacto cultural: modelo mental surgido en un contexto cultural determinado, con cierta utilidad para la forma de vida de la comunidad. Por ejemplo, el lenguaje que es útil para la comunicación o las normas jurídicas para la convivencia social.

7) Artefacto epistémico: clase de modelo cultural útil para conocer algún aspecto del mundo. Por ejemplo una ecuación, un mapa o un diagrama.

b. *Conceptos de la ciencias de la complejidad: sistemas y redes complejas*

1) Sistema complejo: sistema dinámico y evolutivo, entre cuyas propiedades se encuentran:

A. Autoorganizatividad: significa que la estructura y dinámica del sistema surge de la interacción natural de los elementos del sistema y no por virtud de un elemento de control central. Por ejemplo, la organización social de las colonias de hormigas.

B. Emergencia: consiste en el surgimiento de un sistema S2 a partir de un sistema S1, con propiedades en S2 que no pueden rastrearse en S1. Por ejemplo, la inteligencia colectiva surgida de la autoorganizatividad de una colonia de hormigas, o la desaparición de la toxicidad del cloruro y el sodio en la sal, cuando cada uno de ellos es tóxico si se les considera por separado.

C. Subemergencia: dinámica de un sistema complejo durante el proceso de autoorganización previo a una emergencia.

D. Espacio de fases: dimensión dentro de la cual pueden tener lugar el conjunto de estados posibles de un sistema.

E. Transición de espacio de fases: paso de un espacio de fase F1 a un espacio de fase F2, generalmente producto de una emergencia.

F. Turbulencia: estado de desequilibrio en un sistema provocado por la incidencia de un nuevo factor que interactúa con él. Por ejemplo, introducir un agitador eléctrico en un recipiente con dos pinturas distintas a efecto de mezclarlas.

G. Umbral de nucleación: gradiente dentro del cual pueden ocurrir fluctuaciones entre elementos de un sistema sin que ocurra propagación. Por ejemplo, el intercambio de información que se mantiene entre dos personas que mantienen un secreto, sin que se propague como rumor.

H. Atractor: (en forma muy aproximada), denota al punto al que tiene la evolución de los estados de un sistema complejo dentro de su espacio de fases, independientemente de cuáles sean sus condiciones iniciales. En algún sentido corresponde a la tendencia autoorganizativa del sistema. Por ejemplo, la disolución de granos de café soluble en el agua caliente.

I. Autopoiésis: denota la propiedad de todo sistema (particularmente biológico) consistente en reproducirse a si mismo. Aquí lo usaremos en un sentido débil para hacer referencia a las reglas del sistema normativo que regulan los procesos de creación de las reglas del propio sistema.

J. Heterogeneidad: significa que el sistema está constituido por elementos e incluso subsistemas de clases muy diferentes. En el caso de subsistemas, cada uno puede tener su propia dinámica, escalas y tiempos diferentes, pero interactuantes con el resto de los elementos del sistema global. El ejemplo más claro es nuestro propio organismo.

K. Coevolución: propiedad de dos o más sistemas de cuya interacción se siguen transformaciones con influencia recíproca. Por ejemplo, los sistemas presa-depredador. A más depredadores, menos presas, pero llegado un punto de disminución de las presas ocurre una disminución de depredadores con el consiguiente incremento de las presas.

L. Control oblicuo: denota una estrategia de intervención consistente en producir una o más turbulencias en un sistema, con la finalidad de inducir un proceso autoorganizativo que lleve a un nuevo estado o a una transición de su espacio de fases. Por ejemplo, una vacuna.

M. Codependencia o codefinición: significa que cada uno de los elementos del sistema es determinado por el sistema global y viceversa.

2) Redes complejas: clase de sistema complejo constituido por un conjunto de elementos conectados e interactuantes entre sí. A los elementos conectados se les conoce con el término ‘nodo’ y a las relaciones ‘conectores’. Una propiedad de estas redes es que no poseen una conectividad característica. Son ejemplos de redes complejas: dos páginas web unidas por un hipervínculo, dos personas si han tenido relaciones sexuales, dos actores si han intervenido al menos en una película. En redes sociales, a los nodos se les denota con ‘agentes’. En el presente trabajo se consideran como agentes fundamentalmente a diversas clases de operadores jurídicos. Desde otro punto de vista, también son nodos de una red las normas que se usan como fundamento en diversos argumentos y el resto de las proposiciones de los argumentos en cuestión. En este trabajo dichos fundamentos pueden provenir de normas (insumos cognitivos) no generadas a partir de las reglas de reconocimiento tradicionales del sistema jurídico que las adopta.

Algunas propiedades de las redes complejas son:

A. Vector: en este trabajo denota a un conector con cierta “fuerza” de impacto en la topología o dinámica de una red, susceptible de ser incrementada o disminuida por otros vectores. Por ejemplo, una sentencia nacional en materia de derechos humanos es un vector que apunta a un incremento

en la protección de esos derechos. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también serían vectores que apuntan en la misma dirección.

B. *Hub*: denota a un nodo con muchas conexiones, o, como también se dice, con “alta densidad de conectividad”

C. Leyes de libre escala y de potencia: se dice de una red compleja que es libre de escala cuando contiene nodos que crecen de manera directamente proporcional a su densidad de conexión. Es decir, que mientras más conexiones tenga, más conectará con los demás nodos de la red. Lo que se ha observado es que en redes de este tipo, unos cuantos nodos son los que determinan de manera fundamental tanto la topología como la dinámica de la red. Por ejemplo, es de suponerse que una decisión de la Corte Interamericana altamente citada obtenga más citas a nivel global.

c. *Conceptos de filosofía del lenguaje*

John Searle distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas, hechos brutos y hechos institucionales. Las reglas regulativas son aquellas que norman una conducta o evento cuya existencia no depende de una regla. A dichas conductas o eventos se les refiere con el término ‘hecho bruto’. Las reglas constitutivas son aquellas que crean o constituyen hechos posibles en el mundo cuya existencia depende de la regla. A estos hechos se les denota con la expresión ‘hechos institucionales’. Por ejemplo, los hechos ajedrecísticos son hechos institucionales que sólo pueden existir en el mundo por las reglas del ajedrez que los constituyeron¹⁴.

En este trabajo asumo que las reglas jurídicas son clases de reglas constitutivas y que los hechos jurídicos son clases de hechos institucionales. Por ejemplo, un hecho correspondiente al delito de evasión fiscal al pago del impuesto sobre la renta sólo existe en el mundo en tanto que una norma jurídica lo constituyó.

d. *Conceptos de teoría analítica del derecho: Ámbito óntico-práctico*

Robles desarrolla un modelo del derecho a partir de su comparación con los juegos. Para este autor, hay distintas clases de reglas que crean las condiciones que hacen posible la existencia de todo juego y todo derecho.

¹⁴ Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1980.

En un nivel de abstracción superior, este autor establece que tanto el derecho como los juegos son generadores de lo que llama “ámbitos óntico-prácticos”. En una interpretación desde el marco de referencia de Searle un ámbito óntico práctico es el conjunto de hechos institucionales que pueden ser al caso en el mundo a partir de distintas clases de reglas constitutivas. Los elementos constitutivos de un ámbito óntico práctico (de aquí en adelante simplemente ‘ámbito’ o ámbitos óntico-prácticos estatales) en general corresponden a los ámbitos clásicos de la teoría jurídica: espacio, tiempo, sujetos, conductas, competencias. Cada uno de ellos es generado por reglas diferentes (reglas constitutivas de sujetos, de espacio, tiempo, etc). Las conductas pueden ser generadas por reglas técnico convencionales que en algún sentido cumplen una función semejante a las secundarias de Hart y a las anakásticas de von Wright. Su estructura es bicondicional y se pueden expresar: “si quieres que sea el caso que A, entonces tienes (necesariamente) que B”. Serían una reformulación en clave prescriptiva de una aseverativa que afirma “Sí y sólo si A, entonces B”. Son ejemplos de ellas las reglas de validez de los actos jurídicos e incluyen a las reglas de producción normativa o autopoieticas en el sentido usado en este trabajo. Las demás reglas de conducta corresponden a las normas jurídicas calificadas con los operadores deónticos tradicionales (obligatorio, prohibido y permitido).

Cuando en este trabajo emplee la expresión ámbito óntico-práctico, me estaré refiriendo a un Estado, generado a partir de la función constitutiva de una constitución.¹⁵

IV. LOS CONCEPTOS DE ‘DERECHO’ COMO MODELOS PROPOSICIONALES EMERGENTES EN UN SISTEMA DINÁMICO Y EVOLUTIVO

Uno de los debates más importantes en la filosofía jurídica contemporánea es el que tiene lugar entre monistas y pluralistas metodológicos. Los primeros representan una posición “conservadora”, con ciertas reminiscencias de esencialismo y consideran que el problema central de la filosofía jurídica consiste en encontrar las propiedades necesarias y suficientes que permitan generar “EL” concepto que dé cuenta de lo que “hace que el derecho sea lo que es”. Por su parte, los pluralistas metodológicos rechazan la posibilidad de un solo concepto de derecho correcto y aceptan que puede haber varios dependiendo de múltiples factores que incluyen a los objetivos explicativos,

¹⁵ Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, España, Universidad Palma de Mallorca, 1982.

así como la tradición y las herramientas metodológicas empleadas para la elaboración del mismo. En términos generales, las recriminaciones entre los representantes de ambas posturas pueden resumirse de la siguiente manera: los pluralistas acusan a los monistas de esencialistas, fundacionistas e invariantistas, mientras que los monistas acusan a los pluralistas de relativistas, e incluso de escépticos.

No es este el lugar para analizar este debate. Sin embargo es importante referirlo a efecto de ubicar mi posición epistémica: suscribo la tesis del pluralismo metódico y asumo que de la misma manera que ocurre en otras áreas del conocimiento, lo que entendemos como mundo está necesariamente mediado por modelos resultantes de la selección de un conjunto de variables consideradas relevantes para caracterizar al fenómeno que pretendemos explicar. Tomando prestada la terminología kantiana podríamos decir que no existe criterio alguno que nos garantice haber “pintado” a la dimensión nouménica en su totalidad a través de un concepto. Siguiendo con Kant como punto de partida, podemos decir que lo único que podemos conocer es la forma en que esa dimensión nouménica se nos manifiesta en función de nuestras capacidades cognitivas. Sin embargo a esto habría que agregar que tampoco existe una manifestación nouménica única para la especie humana, sino múltiples derivadas de las distintas formas de procesar y sistematizar la información que percibimos. Es aquí donde adquieren su lugar los modelos como artefactos epistémicos de los que emerge lo que asumimos es el mundo.

En términos más coloquiales, pretender dar cuenta de cómo es el mundo *per se*, recuerda el cuento del rey que quería un mapa que comprendiera el más mínimo detalle de su reino. Dicho monarca rechazó sistemáticamente todos los mapas que le ofrecían los cartógrafos por considerar que no representaban con suficiente detalle sus dominios. Un día llegó un cartógrafo cuyo mapa cumplía con la exigencia real. Sin embargo, presentaba el problema de ser tan grande que requería de la participación de todo el reino para poder desdoblarlo y ponerlo encima del territorio a efecto de que lo cubriera totalmente.

La generación de modelos es natural a nuestra especie y está presente no únicamente en la actividad científica, sino también en la vida cotidiana. Por ejemplo, cuando trazamos un mapa para indicar a nuestros invitados como llegar a nuestra casa, estamos levantando un modelo geométrico que podría tener diferentes manifestaciones gráficas dependiendo de factores tales como el grado de detalle deseado o los referentes elegidos para representar la ruta (la gasolinera, la tienda, la farmacia, etc.).

A la pluralidad de representaciones gráficas posibles sobre el mismo aspecto del mundo hay que agregar la diversidad de formas de representación para realizar los modelos. El mapa del camino a mi casa puede realizarse mediante recursos gráficos, pero también en clave proposicional correspondiente a las distintas maneras de explicar telefónicamente como llegar al punto de reunión. Este mismo fenómeno tiene su correspondiente en las ciencias y especialmente en las matemáticas y la posibilidad de realizar modelos algebraicos, geométricos y/o computacionales.

Desde el pluralismo metódico podemos explicar la evolución del conocimiento científico como una constante sustitución de unos modelos por otros no porque se acerquen más a pintar lo que “la dimensión nouménica sea”, sino porque muestran una competencia epistémica superior a sus predecesores para dar cuenta de ciertos aspectos del mundo sistematizados por el modelo mismo.

A pesar de las diferencias existentes entre las teorías científicas, sobre todo de carácter empírico y las meramente conceptuales que incluyen a las teorías filosófico-jurídicas, en general, éstas pueden ser explicadas como modelos proposicionales evolutivos cuya justificación epistémica no se valida por contraste directo con el mundo, sino por su invulnerabilidad contrargumentativa.

Desde esta óptica y en congruencia con lo referido previamente respecto de la evolución de la epistemología, las tradiciones jurídicas que han conceptualizado al derecho a lo largo de la historia nos han ofrecido modelos proposicionales (salvo los modelos lógico matemáticos) generados a partir de dos factores fundamentales en equilibrio reflexivo: 1) los acoplamientos estructurales que tienen lugar en los modelos mentales de los teóricos que proponen un nuevo concepto de “derecho” elaborado a partir de los artefactos epistémicos correspondientes al concepto o conceptos de “derecho” proporcionado (s) por otros teóricos y 2) la dinámica social que percibe el teórico y asocia al derecho en un corte sincrónico determinado. De ahí la caracterización de la teoría jurídica como un sistema complejo adaptativo (que por tanto implica las propiedades de ser dinámico y evolutivo).

Dicho en otros términos, la evolución de los diferentes modelos del concepto de “derecho” es resultado del equilibrio reflexivo entre los explanans precedentes y la dinámica de los explanandums que ya no son explicados por dichos explanans y por tanto requieren de la emergencia de uno nuevo. Algo semejante a lo que ocurre en el ámbito de las revoluciones científicas referidas por Kuhn.

La dinámica aludida queda ejemplificada de la siguiente manera: el estado inicial del modelo mental a partir del cual John Austin elaboró su

concepto de “derecho” fue el artefacto epistémico correspondiente al concepto de derecho propuesto por Bentham. Dicho concepto contó como un andamio cognitivo que, en el modelo mental de Austin, requirió de un acomplimiento estructural como consecuencia de una “disonancia cognitiva” (turbulencia) que motivo la organización y emergencia de un nuevo modelo mental que eliminó a la moral como propiedad definitoria del derecho e incluyó como sus propiedades necesarias a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas emitidas por un soberano.

El siguiente estado en la trayectoria evolutiva del concepto de “derecho” parte del artefacto epistémico proporcionado por Austin, pero ahora incorporado como andamio cognitivo en el modelo mental de Hart, donde el factor correspondiente a la evolución de la dinámica social percibida (cambio en el explanandum) es de gran importancia. Si Austin proporcionó un modelo que sistematizaba las propiedades de los sistemas monárquicos (variables elegidas para la elaboración del modelo), Hart propone uno nuevo que dé cuenta de lo que ocurre en un “estado moderno” donde el papel del soberano resulta disfuncional. Ello produce una nueva “disonancia cognitiva” de la que emerge un nuevo concepto (modelo) del derecho entendido como la unión de reglas primarias y secundarias.

La relevancia de la consideraciones precedentes para los propósitos de este trabajo es que durante el corte sincrónico del positivismo jurídico, los modelos más influyentes que han conceptualizado al derecho han considerado como una de sus variables fundamentales, derivada de la dinámica social percibida (explanandum), al concepto de Estado. Ello lo podemos encontrar no sólo en Hart, sino también y de manera muy importante en el pensamiento de Kelsen.

Sin embargo, la dinámica del objeto a modelar (explanandum) ha evolucionado y presenta propiedades diferentes a los modelos que consideraban al estado como variable central, lo que genera una nueva disonancia cognitiva que requiere sistematizar la nueva información para generar un nuevo modelo que conceptualice al derecho en la era de la globalización y de la gobernanza global.

V. ESBOZO DE UN CONCEPTO DE “DERECHO” CONSTRUCTIVISTA PARA LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Como sucede en muchos otros dominios de la naturaleza entre los que se encuentran las zonas del cerebro o las páginas de internet con mayor conectividad, nuestros sistema de creencias suelen estar organizados a partir de uno o

varios hubs cuya eliminación implica una turbulencia que produce la desconfiguración del sistema general. Supongamos el siguiente ejemplo: la creencia que opera como hub en un sistema que incluye creer lo que dice el Corán, el Ramadán, la guerra santa,etc., y las salidas comportamentales que se siguen de ellas (estrellarse en las torres gemelas el 11 de septiembre) corresponde a la creencia en Alá. Si por la razón que fuera, alguien dejara de creer en Alá, la totalidad del resto de las creencias conectadas dicho hub, así como las salidas comportamentales correspondientes perderían sentido.

La evolución en la dinámica social derivada del proceso autoorganizativo del que emerge la globalización impacta en uno de los hubs centrales de nuestra manera de concebir al derecho: la necesidad de responder al problema de la membreza de las normas constitutivas de los sistemas normativos y la identidad de los mismos.

Diversos modelos han propuesto soluciones diferentes al referido problema: para Austin, son normas de un sistema jurídico dado las órdenes emitidas por el soberano de una comunidad política que es habitualmente obedecido y que no obedece a nadie. Para Kelsen pertenecen a un sistema jurídico las normas que forman parte de cadenas de validez normativa que llevan hasta la *groundnorm*. Para Hart identificamos a las normas de un sistema a partir de una o varias reglas de reconocimiento.

A pesar de las diferentes explicaciones proporcionadas por dichos modelos para “el mismo problema”, con distintos grados de explicitación, están presuponiendo sistemas jurídicos bien diferenciados y correspondientes a Estados cuyas instituciones son producidas y a su vez producen a las normas del sistema en cuestión.

Con la globalización, la identificación de las normas de un sistema a partir de un hub correspondiente a la creencia en sistemas jurídicos estatales se desvanece y con ello la desorganización de los distintos modelos conceptuales del derecho.

Retomando la metáfora de la decostrucción del sistema de creencias basado en la creencia en Alá, la desorganización de los distintos modelos conceptuales acerca del derecho, tiene importantes repercusiones en otros constructos de la ontología conceptual que caracteriza lo que entendemos como derecho. Dicho en otros términos, así como la reconfiguración del concepto de Estado lleva a una necesaria reestructuración del concepto de derecho, de igual manera impacta en otro de los conceptos centrales, íntimamente ligado con el reconocimiento de las normas que cuentan como parte de un sistema determinado: El concepto de “constitución”. De él me ocuparé a continuación.

VI. DESARROLLO: PLURALIDAD DE MODELOS EXPLICATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN EN LA GLOBALIZACIÓN

A. *El concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva evolutiva*

No se puede analizar al concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva ontológica clásica. No hay algo que sea el concepto de constitución “dado” susceptible de ser analizado como a las bacterias. Lo único que podemos hacer es estudiarlo en tanto constructo cognitivo en proceso de reconfiguración. El enfoque desde el que se realizará el análisis corresponde al constructivismo jurídico. En consonancia con la propiedad “heterogenea” de los sistemas complejos, el análisis comprenderá cuatro categorías de análisis coherentemente conectadas: 1) la normativa (constitutividad de las reglas), 2) la de los hechos jurídicos institucionales constituidos, 3) la del impacto de las normas en los modelos mentales de los agentes, y 4) la dinámica social emergente de las interacciones entre dichos agentes (considerados tanto como individuos como instituciones) y su interacción con la sociedad civil de donde emerge la realidad social. Por razones de espacio no es posible explicarlos en la exposición, pero su identificación implícita no debe ser difícil.

También consideraré al concepto de ‘constitución’ como un sistema evolutivo, que analizaré desde una perspectiva diacrónica con dos cortes sincrónicos: El primero corresponde a ‘constitución’ en sentido clásico y el segundo a ‘constitución’ en la era de la globalización.

B. *‘Constitución’ en sentido clásico desde una perspectiva constructivista*

Para el constructivismo jurídico, ‘constitución’ en sentido clásico denota a un artefacto cultural que consiste en un sistema de reglas constitutivas de los elementos necesarios para tener un óntico-práctico estatal. Dichos elementos son: el espacio, el tiempo inicial del ámbito, las reglas técnicas de producción normativa (autopoieticas) y los agentes o sujetos, individuales o institucionales competentes para la aplicación de dichas reglas autopoieticas que en términos hartianos, corresponden a reglas de cambio.

Las reglas constitucionales, además de contener la propiedad autopoética del sistema, actúan como restrictores del contenido de las normas generadas por los agentes competentes para la producción normativa (constitucionalidad e inconstitucionalidad de las normas) y poseen una propiedad derrotante con respecto a aquellas con las que entre en contradicción (in-

constitucionalidad). En términos de conectividad, las reglas constitucionales son nodos de estructura jerárquica superior respecto de las demás, con conectores dirigidos en relaciones de supra a subordinación.

El conjunto de las reglas producidas a partir de las reglas autopoéticas constituyen a los diferentes hechos jurídicos institucionales que pueden tener lugar en el sistema en cuestión. Es decir son las reglas reconocidas como parte del sistema a partir de la o las reglas de reconocimiento del mismo.

Con respecto a las reglas de adjudicación, el sistema constituido contiene las reglas que los funcionarios usan para fundamentar sus argumentos.

En tanto red compleja (el derecho como sistema de normas), la constitución es un *Hub* del sistema con densidad de conectividad exhaustiva en relaciones de sub a supraordinación ya que todas las demás normas del sistema se conducen a ella. En algún sentido es en dicha conectividad que radica la identidad del sistema.

Por otra parte, el sistema normativo generado a partir de la constitución satisface una ley de potencia: Es un nodo del sistema que tiene influencia decisiva en la configuración del resto de la red.

La tendencia a la constitucionalidad de las normas es el atractor que conduce el comportamiento autoorganizativo del sistema normativo.

A nivel de hechos jurídicos institucionales, las reglas del sistema generadas en congruencia con las reglas constitucionales (propiedad restrictiva de contenidos) crean a los agentes o sujetos, así como sus conexiones posibles dentro del ámbito óntico-práctico estatal. Por ejemplo, “comprador”-“vendedor”; “contribuyente”-“fisco”; “arrendador”-“arrendatario”, etc.

Dichas reglas también son constitutivas de agentes en una escala superior correspondientes a instituciones legales (la Suprema Corte de Justicia, la Secretaría de Gobernación, etc) dentro de las cuales emergen distintas clases redes sociales dentro de las que juegan un papel importante las redes de poder.

A una escala aún superior, dichas instituciones son susceptibles de conectividad interinstitucional y de dar lugar a la configuración de nuevas redes complejas.

Los modelos mentales jurídicos de los agentes referidos pueden ser de dos clases fundamentales: modelos mentales de sujetos susceptibles de generar cambios en el sistema global y que corresponden a funcionarios (jueces, fiscales, etc) y modelos mentales de operadores jurídicos simples (notarios, abogados, consultores, etc). En interacción con estos agentes se encuentra la sociedad civil con modelos mentales comunes o no jurídicos.

De la interacción autoorganizativa de los agentes constituidos por el sistema (funcionarios y no funcionarios) emerge la forma de vida que caracteriza a la realidad social del ámbito en cuestión.

Algunas normas constitucionales de tipo técnicas o deónticas constituyen las condiciones básicas del equilibrio del sistema mediante: a) La protección fundamental a los agentes del sistema respecto de interacciones de otros agentes (derechos humanos); b) Las relaciones entre las instituciones legales públicas entre sí, y c) Las relaciones de esas instituciones con la sociedad civil. Estas reglas incluyen tanto a las reglas de control del poder político, como la participación en el diseño de las estructuras normativas de dichas políticas públicas es decir, reglas de democracia.

Si a nivel proposicional la constitucionalidad de las normas operaba como atractor respecto del contenido de las normas generadas, en el de los hechos jurídicos institucionales, corresponde a la tendencia a actuar de conformidad con lo establecido por el sistema constitucional.

A la dinámica del sistema de interacciones sociales realizadas por los sujetos agentes sociales, como consecuencia del impacto cognitivo del sistema jurídico en su cognición corporeizada y modelos mentales la denotaremos con la expresión: ‘dinámica social constitucional’.

Desde luego, no todas las conductas satisfacen la propiedad de ser constitucionales y corresponden a las conductas ilícitas que pueden tener lugar en el sistema.

Calificar a un estado de ‘constitucional’ denota una dinámica del sistema en el cual las conductas ilícitas corresponden a vectores cuyo comportamiento no supera su umbral de nucleación y por tanto no modifican al atractor ‘constitucionalidad’, es decir, que se mantiene la dinámica social constitucional. Esto permite que el sistema se mantenga en estado de equilibrio, a pesar de sus tensiones internas. Su espacio de fases tiene lugar en un estado de equilibrio.

Un dato fundamental de este modelo es que, a pesar de que el sistema no se encuentra aislado (hay otros estados e instituciones internacionales), opera como un sistema cerrado o con un grado de apertura mínimo (soberanía).

C. ‘Constitución’ en época de turbulencias: la globalización

En estricto sentido ningún sistema es completamente cerrado, esto significa que el estado de equilibrio de todo sistema es codependiente de la estabilidad del entorno. En el primer corte sincrónico se supone el estado de

equilibrio del entorno de los ámbitos óntico-prácticos estatales que operan como sistemas semicerrados con una conectividad extrasistémica (derecho internacional).

El proceso evolutivo del estado de cosas uno al dos fue inducido por la emergencia de factores tales como las nuevas tecnologías de la información, la intensificación de intercambios comerciales internacionales y el incremento y accesibilidad de los medios de transporte internacional. Estos cambios modificaron el entorno de los sistemas constitucionales correspondiente a la fase uno y propiciaron la emergencia autoorganizativa de nuevos agentes, sistemas y redes globales. Como si fueran imanes agregados a una mesa donde ya había imanes previos, los nuevos elementos del entorno están atrayendo a los agentes, sistemas y redes preexistentes. Dicho en otros términos, estos nuevos agentes han comenzado a conectarse con los sistemas constitucionales preexistentes generando turbulencias y desestabilización en su estado de equilibrio. Este proceso corresponde a una transición del espacio de fase de la dinámica interna de los sistemas. El resultado está siendo una reconfiguración autoorganizativa tanto funcional como estructural cuya primer consecuencia es el paso de los sistemas estatales de sistemas relativamente cerrados a sistemas abiertos.

En un nivel de escala superior este proceso, replicado en los diferentes sistemas constitucionales, está llevando a una reconfiguración de la dinámica global (gobernanza) misma que, de manera recursiva, contribuye a la reconfiguración de los sistemas modificadores, cuyos cambios inciden nuevamente en el sistema global.

Los nuevos agentes que participan en la reconfiguración global son de clases muy distintas. Entre ellos se puede citar: organismos intergubernamentales, redes de cooperación transgubernamental, organizaciones no gubernamentales, redes transnacionales de actores privados, empresas multinacionales y redes de crimen organizado globalizadas.¹⁶

Las turbulencias generadas por la conectividad e interacción de estos sistemas y redes con los sistemas constitucionales son producidas de maneras diversas, cada una de las cuales, como si se tratara de los ciegos ante el elefante del conocido cuento hindú, han sido objeto de modelados diferentes por los teóricos constitucionales contemporáneos. Cada uno de ellos ha tomado su modelo como El modelo de la totalidad y excluyente de los demás. El estatus de metateoría constitucional de este trabajo se justifica

¹⁶ Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. Particularmente capítulo quinto, pp. 87-110.

porque pretende “armar al elefante” completo, incluyendo partes del cuerpo no tocadas hasta ahora.

Entre dichos modelos se encuentran los que José María Serna se refiere como los generados a partir de: la incidencia de instituciones de gobernanza global, la internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional, y el surgimiento de doctrinas tendentes a la coordinación y coherencia normativa.

Si anteriormente la constitución y la constitucionalidad operaban como un sistema cerrado en el que las conexiones eran direccionaladas dentro del óntico-práctico estatal, en la nueva situación, ese sistema entra en una codefinición funcional autoorganizativa con los nuevos elementos de su entorno.

Los vectores fundamentales que están produciendo turbulencias e impactando en el cambio de equilibrio de los ámbitos óntico-prácticos estatales son los siguientes: 1) Generación de normas constitucionales definitorias de políticas públicas por interacción con actores no constituidos en el ámbito óntico-práctico estatal (organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo monetario internacional, etc); 2) Revisión de decisiones judiciales por instituciones legales no generadas en el ámbito óntico práctico estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc); 3) Interacción con instituciones legales internacionales no gubernamentales (ONG’s); 4) Incorporación de decisiones de instituciones legales trasnacionales de las cuales el sistema en cuestión es un subsistema (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, etc); 5) Impacto en las normas, instituciones y agentes del sistema generadas por interacción con instituciones y sistemas globales con una agenda transnacional ajena a las expectativas de forma de vida de los agentes del sistema estatal (normas generadas a partir de las presiones ejercidas por empresas multinacionales); 6) Incorporación de insumos cognitivos no generados con base en la regla de reconocimiento del sistema (*softlaw*); 7) Modificación de los modelos mentales de los funcionarios públicos por interacción con agentes de la misma clase pertenecientes a otros ámbitos óntico-prácticos estatales (redes internacionales de jueces, de legisladores, etc).¹⁷

En términos de sistemas y redes complejas, la integración de los ámbitos óntico-prácticos estatales como parte de una dinámica globalizada genera una dinámica de sistemas y redes en conflicto en la que distintos vectores apuntan en direcciones distintas. En términos consecuencialistas, algunos de esos vectores robustecen a los tendentes a hacer emergir o mantener estados que benefician a todos los miembros del ámbito óntico-práctico como

¹⁷ *Ibidem*. Fundamentalmente capítulos tercer o cuarto.

parte de su forma de vida, caso particular de los derechos humanos. En ocasiones los sistemas y redes globalizadas actúan como mecanismos correctivos de las desviaciones del ámbito óntico-práctico (Corte Interamericana, ONG's etc).

Otros suelen generar interferencias u obstáculos respecto de las aspiraciones de los agentes sociales (empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etc.).

En síntesis, en la actualidad los ámbitos óntico-prácticos estatales operan (en mayor o menor medida) como sistemas alejados de su punto de equilibrio.¹⁸

Una característica sumamente importante de este proceso de desestabilización estriba en la alteración de los insumos cognitivos a considerar por parte de los funcionarios encargados de la producción de normas. En el estado de cosas uno (al menos hipotéticamente) las razones a ponderar al momento de diseñar políticas públicas e implementarlas normativamente provenían de la sociedad constituida dentro del ámbito óntico-práctico estatal, es decir, tenían una legitimación democrática. En el estado de cosas dos, las normas incorporadas al sistema no son siempre producto de razones soportadas en las expectativas de los sujetos constituidos por el sistema, sino por agentes, redes instituciones globales que frecuentemente tienen agendas distintas.

VII. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE ‘CONSTITUCIÓN’ EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN (ENSAYO DE UNA CONCLUSIÓN)

Con base en expuesto se sigue que para el constructivismo jurídico actualmente el concepto teórico ‘constitución’ denota a un proceso autoorganizativo en proceso de transición de espacios de fase. Del estado inicial se conservan: Las reglas constitutivas del ámbito óntico-práctico estatal, fundamentalmente las que crean el espacio, el tiempo, las reglas autopoieticas, los sujetos (agentes) encargados de determinar las demás reglas de producción normativa, las instituciones encargadas del diseño e implementación de las políticas públicas (incluidas las de impartición de justicia), las que determinan el control del poder (e incluyen a la participación democrática) y las que establecen la protección a los derechos humanos. Ninguna institución o red exterior produce directamente las leyes internas o crea las instituciones de un Estado.

¹⁸ Una excelente visión panorámica del derecho en la globalización, con referencia especial a este problema se encuentra en Grün, Ernesto, *Una visión sistemática y cibernetica del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-LexisNexis, 2006.

La interacción autoorganizativa de los ámbitos óntico-prácticos estatales con los agentes que han emergido en su entorno ha traído como consecuencia la incorporación de normas no generadas a partir de las reglas autopoéticas del sistema, pero que cumplen funciones del mismo tipo que las creadas dentro del mismo, e incluso derrotan a las del ámbito mismo en caso de contradicción. Más allá de la producción normativa, la interacción de agentes individuales e instituciones está dando lugar a un proceso sub-emergente en el que está ocurriendo la importación de insumos cognitivos que modifican los modelos mentales de los operadores jurídicos, sus prácticas institucionales, su forma de decidir y las razones en que sustentan la producción normativa, no siempre legitimadas democráticamente.

Esta modificación en la conectividad está alterando la regla de reconocimiento no sólo de las normas constitucionales, sino de los sistemas jurídicos en general. En consecuencia ‘constitución’ ha dejado de denotar al *Hub* exhaustivo del sistema. Sin embargo no deja de ser un *hub* de gran importancia para el nuevo estado de equilibrio de los Estados, aunque ya no sea el único.

Los cambios que están ocurriendo no pueden ser explicados desde una concepción tradicional del derecho basada en la creencia de que el control del sistema se ejerce en un sistema cerrado y en un sentido *top-down*. El proceso de globalización en el derecho no puede ser considerado como *positum*, como algo dado, perceptible por correspondencia en el mundo, ni por tanto describible de manera ingenua. Algo semejante ocurre con el supuesto determinismo entre constitución y configuración del Estado.

El modelo constructivista que se propone aspira a dar cuenta del crucial hecho de que en la actualidad nadie puede aspirar a tener el control absoluto de la estructura y funcionamiento de las constituciones, ni de la dinámica constitucional que de ellas deriva, debido a que han pasado a formar parte de un sistema complejo autoorganizativo globalizado.

La nueva dinámica impone a los Estados buscar marcos epistémicos distintos para modelar y comprender a ese sistema global y actuar a favor de sus ciudadanos mediante formas de participación acordes con sus expectativas e incidir favorablemente en la construcción social de una realidad global, mediante estrategias de control oblicuo que habrán de ser objeto de estudio en el futuro próximo.

Evidentemente el mundo cambia, pero permanece constante la incansable aspiración de los hombres de bien de construir un mundo cada vez mejor, en el que cada vez más seamos uno ante los problemas importantes que nos aquejan a todos.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL TEMA DE LA GOBERNANZA GLOBAL Y SU VINCULACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO

Jorge Ulises CARMONA TINOCO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho constitucional procesal (DCP)*. III. *El derecho procesal constitucional (DPC)*. IV. *El derecho internacional procesal (DIP)*. V. *El derecho procesal internacional (DPI)*. VI. *Reflexiones conclusivas*.

I. INTRODUCCIÓN

Me parece que ha sido evidente que los derechos humanos son una de las áreas en donde los elementos característicos del tema de la gobernanza se aprecian con especial nitidez. Cabe recordar que el reconocimiento expreso de los derechos ha pasado por varias etapas, como son su expresión en documentos solemnes (Carta Magna o la Declaración Francesa de 1789), su inclusión como parte de las Constituciones, hasta formar un elemento inescindible de su concepto; su reconocimiento internacional sobre la base común de las constituciones; y a partir de ello su expansión que podemos calificar de global.

En el mismo tenor, en el rubro de los derechos humanos juegan un papel determinante los medios de garantía, que son preponderantemente de índole procesal, pues en muchos países la conflictos sobre derechos humanos, concebidos tradicionalmente como expresados sólo por la Constitución, son canalizados a través del proceso (jurisdiccional), dejando en los jueces su correspondiente eficacia u observancia.

En ese rubro, hablando de la región latinoamericana, es apenas desde mediados de la década de los años ochenta, con el establecimiento y aceptación progresiva de competencia de la Corte Interamericana, que se empieza

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

a advertir algo que resultaba ya previsible, la intersección de dos mundos que se habían mantenido un tanto separados, como son el llamado “derecho interno” (encabezado por la Constitución), y el denominado “derecho internacional” (que en realidad pasan a ser parte del derecho interno, por vía de la ratificación de los tratados internacionales).

En efecto, no cabe duda que los países al ratificar un tratado incorporan éste a su ordenamiento jurídico interno, pero en el caso de los tratados de derechos humanos debe agregarse que las obligaciones que derivan de éstos para los Estados no se sustentan en la reciprocidad, sino que implican ante todo obligaciones hacia las personas dentro de su jurisdicción.

De igual manera, con los tratados de derechos humanos a partir de la década de los años setenta del siglo pasado, se fueron abriendo paso formas de supervisión internacional que fueron transformando el concepto de soberanía a ultranza —que dejaba a la discreción absoluta de las autoridades domésticas el actuar y las decisiones sobre diversos temas—, poniendo en claro que los temas de vigencia y observancia de los derechos de las personas en un país, no podían concebirse más como asuntos internos del Estado en cuestión.

Los mecanismos de queja internacional, además, abrieron el camino para dejar atrás la idea de sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional, para dar paso a nuevos actores, como los propios organismos de derecho público internacional, las organizaciones no gubernamentales, las personas y los grupos, que además han ido ganando terreno para participar, influir o hacer sentir su voz en el ejercicio de los mecanismos de supervisión internacional, ya sean los informes periódicos que presentan los estados, las visitas in loco, los propios procedimientos de queja y los procesos ante los tribunales regionales de derechos humanos o, en su ámbito, la Corte Penal Internacional.

La incorporación de los tratados internacionales como normas del derecho interno y la existencia de organismos de supervisión internacional, ya sea a modo del ombudsperson, o como órganos jurisdiccionales, han llevado a situaciones similares a un choque de placas tectónicas, que se han venido reacomodando a lo largo de estos años.

No obstante, hay algunos problemas en este tenor que ilustran a su vez un par de retos de la gobernanza global: 1) El problema “varios textos-un mismo contenido”, y 2) el problema “un texto-varios intérpretes”.

El primer problema tiene que ver con las dificultades que surgen de la afinidad necesaria de contenido entre las constituciones y los tratados de derechos humanos, que comparten la misma savia o ADN jurídico. Esto pro-

voca que los operadores jurídicos tiendan a dejar de lado los tratados, por considerar en ocasiones que el contenido de éstos es redundante respecto a lo que prevén sus propias constituciones, más cercanas en grado de proximidad y familiaridad a dichos operadores, mismas que además gozan del carácter de supremacía que les es inherente. Esto se acentúa por supuesto en aquellos Estados que, además, dejan las normas de derechos humanos de fuente internacional en unas coordenadas inferiores desde el punto de vista formal a las normas de la Constitución, haciendo prevalecer la jerarquía de éstas ante cualquier discrepancia con las primeras. La asimetría doméstica de la jerarquía y fuerza normativa de las normas de los tratados en los diversos Estados, es un escollo a los efectos de la gobernanza en la materia. La situación óptima a este respecto es reconocerles carácter, nivel o rango equiparable a lo constitucional.

En México, una importante reforma constitucional de junio de 2011 y los criterios que le siguieron en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habían situado en la cúspide de la “pirámide” normativa a las normas de derechos humanos válidas, dándole de manera implícita un nuevo significado a la jerarquía y descansando en la interpretación conforme el principio pro persona su respectivo acomodo y prelación. Sin embargo, con la resolución de contradicción de tesis 293/2011, cuyas sesiones se desarrollaron a finales de agosto y principios de septiembre de 2013, se afirmó que las restricciones constitucionales a los derechos humanos prevalecían ante lo que dispusieran las normas de derechos humanos de los tratados, con ello, son precisamente tales restricciones las que ahora se hallan en la cúspide del ordenamiento, y será muy interesante ver el criterio que adopte en su momento la Corte Interamericana si llegase a conocer de un caso sobre tales contenidos.

El segundo problema que aludimos, el de un texto y varios intérpretes, se centra en la situación derivada de que las Supremas Cortes o los tribunales o salas constitucionales, tienen en ejercicio de sus atribuciones la última palabra sobre el sentido y alcance que hay que dar a los tratados internacionales en el ámbito doméstico, mientras que los mismos tratados, también pueden ser objeto de interpretación por tribunales supra nacionales. Esa especie de traslape hermenéutico, que pudiera generar algún tipo de discrepancia de criterios, o por otra parte un fructífero diálogo, puede resolverse fomentando el reconocimiento y utilización de los precedentes internacionales por parte de los operadores jurídicos, honrando la igualdad de las personas ante los mismos estándares jurídicos, que es piedra angular de los derechos humanos.

El reto en este sentido sería convertir en “moneda jurídica” de uso corriente entre los operadores jurídicos, los precedentes jurisdiccionales internacionales, aunque la noción misma de jurisprudencia internacional tiene una connotación mucho más amplia que lo estrictamente judicial.

Desde el ángulo de los órganos jurisdiccionales supra nacionales, a efecto de evitar tensiones innecesarias, hay alternativas como el reconocimiento al margen de apreciación nacional, la “deferencia judicial”, la consideración del precedente doméstico, entre otras técnicas.

Esto nos lleva a un tercer problema que debe ser agregado, cual es la naturaleza de la relación entre los órganos garantes nacionales y supranacionales, ¿hay algún tipo de relación jerárquica entre ellos?, ¿Es acaso complementariedad o subsidiariedad?, ¿algún tipo de cooperación multinivel?. El derecho procesal puede traer luces sobre este tema; en primer término no existe por supuesto una jerarquía formal entre los tribunales internos y los de carácter internacional de derechos humanos, éstos no son un tribunal de instancia, que pueda revocar, modificar o confirmar un fallo nacional, a manera de un órgano de apelación o casación. Se ha insistido en la subsidiariedad o complementariedad de los organismos internacionales, a la vez que se ha acentuado la obligación primaria que las instancias internas tienen frente al respeto y protección de los derechos, así como el requisito de previo agotamiento de los recursos internos para efecto de acceder a las instancias internacionales, todo esto milita en el sentido de que no puede haber jerarquía, sino atribuciones y ámbitos de competencia propios y delimitados. Esto por supuesto no impide que haya una especie de tejido o entramado común, formado por criterios domésticos e internacionales, que integren parte del instrumental jurídico a ser considerado por los operadores jurídicos.

Por otra parte, queda claro que los tribunales internacionales de derechos humanos sólo pueden declarar el incumplimiento de la norma internacional por parte del Estado, así sea por motivo de la actividad, inactividad o criterios de sus tribunales, pero corresponde al Estado enmendar la situación señalada, abrogando, derogando, legislando, revisando un proceso jurisdiccional, etcétera. Así, salvo contadísimas excepciones en que los tribunales han declarado la nulidad o carencia de efectos jurídicos de normas en sede internacional —en específico tratándose de las leyes de auto amnistía—, en realidad corresponde a los Estados ejecutar o enmendar la situación planteada con los lineamientos del fallo internacional.

Es por ello que discrepo respetuosamente de quienes equiparan sin mayor consideración el control de convencionalidad en sede internacional, con la naturaleza y sobre todo con los efectos del control de constitucionalidad

—por supuesto en sede interna-, sobre todo de normas jurídicas. Asimismo, no creo que ayude, más que para la auto estima judicial, considerar a todos los jueces nacionales como jueces interamericanos. Prefiero en este sentido seguir lo que atinadamente señala Fix Zamudio, en el sentido dejar en todo caso el calificativo de control de convencionalidad en sentido lato, a lo que realiza la Corte Interamericana y control de constitucionalidad a la labor de los jueces nacionales.

Por supuesto, la propia noción de control de constitucionalidad está sujeta a análisis ulteriores para determinar si las labores propias de la misma incluyen además de las atribuciones de desaplicación de normas en casos concretos, a la llamada interpretación conforme, o dar debida cuenta del principio pro persona.

Otro de los elementos de la gobernanza en el campo que analizamos, es el relativo a la comunicación transjudicial, que no es otra cosa más que la utilización cada vez más frecuente de criterios y precedentes de origen internacional, plasmados ahora cada vez con menos rubor y sin generar sobresaltos en la parte justificativa de las sentencias de los jueces y tribunales domésticos, a modo de fortalecimiento argumentativo de las mismas, para dar la idea de exhaustividad, coherencia, y satisfacer el criterio de saturación argumentativa. Por supuesto, con dicha práctica los tribunales a su vez dan valor y convierten, de nuevo, en moneda de uso corriente la utilización de criterios, instrumentos declarativos, soft law; práctica que no pueden después, por congruencia, escatimar a los usuarios del sistema de justicia cuando acuden en invocación de ese mismo material jurídico, que acompaña a normas vinculantes de fuente interna o internacional según sea el caso.

Un aspecto adicional que queremos abordar alrededor del título de la presente participación, es la utilidad de conceptualizar y sistematizar algunas áreas o conceptos que confluyen e interactúan para lograr la eficacia de los derechos humanos y que son el derecho procesal constitucional, el derecho constitucional procesal, el derecho procesal internacional y el derecho internacional procesal.

A efecto de mostrar cómo se articulan los diversos sectores que mencionamos, en la conformación de los estándares del debido proceso, es importante esclarecer su contenido, sus alcances y fronteras. Cabe señalar que, además de los estándares normativos primarios en cada uno de los sectores que abordaremos, existe un importante cúmulo cada vez más amplio y complejo de estándares derivados de precedentes nacionales e internacionales, que han permitido esclarecer y, en ocasiones, actualizar o llenar los vacíos propios de las reglas de las constituciones o de los instrumentos internacionales. Con respecto a México, la jurisprudencia cada vez se ha ido ocupando

con mayor profundidad acerca de los estándares de debido proceso y gracias al impulso de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 se avizora que la décima época de la jurisprudencia, iniciada con motivo de ésta, sea especialmente nutrida en la temática.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL (DCP)

Este sector está integrado por las normas de la Constitución que tienen incidencia en el proceso, muchas de las cuales están trasvasadas en legislación secundaria y forman parte por lo regular, como se señaló, de los códigos de procedimientos.

En México, con una óptica muy detallada son numerosas las normas constitucionales de las que derivan estándares y pautas atinentes al debido proceso, o cuya infracción daría pie a planteamientos de esta naturaleza; cabe señalar que la inmensa mayoría de las disposiciones tienen que ver con la justicia penal, no obstante, trataremos de hacer un breve recuento general de ellas para ilustrar sus dimensiones:

Artículo 2º, que prevé el reconocimiento estatal a los sistemas de justicia indígena, sus alcances y limitaciones; el acceso a la jurisdicción del Estado, en la que se deberán tomar en cuenta sus costumbres y cultura, así como la asistencia de intérpretes y defensores con conocimiento de su lengua y cultura.

Artículo 13, que prohíbe las leyes privativas y los tribunales especiales, así como la extensión del fuero de guerra a asuntos que involucren civiles.

Artículo 14, que prohíbe la irretroactividad de la ley en perjuicio de la persona; fija como condición para todo acto que implique privación de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, que éste derive de juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y que esté apegado a leyes expedidas con anterioridad; la exacta aplicación de la ley penal y la fundamentación de la sentencia civil de manera primordial en la ley, en su interpretación jurídica o en los principios generales del derecho.

Artículo 15, que prohíbe en específico la celebración de tratados de extradición en hipótesis concretas y, en general, la celebración de tratados que violen los derechos humanos.

Artículo 16, que sujeta en general todos los actos de autoridad a la debida fundamentación y motivación, los requisitos para el libramiento de ordenes judiciales de aprehensión, los deberes de la autoridad que ejecuta este tipo de órdenes y la manera de proceder en los casos permitidos de de-

tenciones en flagrancia; las hipótesis de permisión y los requisitos de la detención en casos urgentes, así como los deberes de los jueces que reciben la consignación de un detenido; el fundamento constitucional del arraigo y sus requisitos; la duración máxima de la detención ante el ministerio público; los requisitos de las órdenes de cateo y para la intervención de comunicaciones privadas; las reglas para la práctica de visitas domiciliarias por parte de autoridades administrativas.

Artículo 17, que amen de consagrar el acceso a la justicia, señala que ésta será impartida en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; las bases de las acciones colectivas; el deber de explicar en audiencia pública las sentencias derivadas de los juicios orales; la garantía de independencia judicial y la plena ejecución de las resoluciones judiciales; la defensoría pública de calidad; y la prohibición de la prisión por deudas de carácter civil.

Artículo 18, en la parte que señala el tipo de delitos que ameritan prisión preventiva, y los parámetros de la justicia para adolescentes, incluyendo la observancia del debido proceso.

Artículo 19, que fija los parámetros de la detención durante la preinstrucción; las reglas de vinculación a proceso; y de la prisión preventiva.

Artículo 20, que se ocupa de las reglas del debido proceso penal acusatorio y oral; los derechos de toda persona imputada y de la víctima o del ofendido en algún delito.

Artículo 21, que deposita en el Ministerio Público y las policías, bajo el mando y conducción del primero la investigación del delito; el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público y a los particulares según lo detalle la ley secundaria; en los jueces la atribución de imponer y tomar decisiones sobre las penas; la atribución de las autoridades administrativas de aplicar sanciones administrativas y la naturaleza de éstas.

Artículo 22, que prohíbe determinadas penas consideradas inusitadas y trascendentales; exige la proporcionalidad de las penas al delito de que se trate; y prevé las reglas para llevar a cabo la extinción de dominio.

Artículo 23, que limita las instancias en los juicios penales; prohíbe el doble enjuiciamiento por los mismos hechos y la absolución de la instancia.

Artículo 33, que consagra la exigencia de previa audiencia, para la expulsión de personas extranjeras del país por infracción a la ley.

Artículo 27, que señala los requisitos para la afectación legítima de la propiedad privada; y las bases y competencias de la impartición de justicia en materia agraria.

Artículo 73, que en una de sus numerosas fracciones sienta las bases de la jurisdicción contencioso administrativa en materia federal.

Artículo 104, que además de fijar las competencias de los tribunales federales, prevé la posibilidad de apelar las decisiones de los jueces de primera instancia en dicho ámbito.

Artículo 116 constitucional, que se ocupa del poder público en los Estados y señala diversos aspectos de la organización e impartición de justicia en éstos.

Artículo 122, que en términos del párrafo precedente, señala lo propio para la organización e impartición de justicia en el Distrito Federal.

Artículo 107, que señala las reglas de tramitación del juicio de amparo, cuya observancia se garantiza a través de los medios de impugnación que prevé la propia Ley de Amparo.

Artículos 111 a 114, que se ocupan y establecen reglas para la denominada declaración de procedencia, del juicio político, de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos y de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Artículo 123, que detalla los derechos laborales y las reglas de impartición de la justicia en dicha materia.

III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (DPC)

Se integra por aquellas figuras que forman parte del sector de garantía de la Constitución, complementarias del sector de protección y que conjuntamente integran la Defensa de la Constitución. En concreto son todas aquellas figuras, en especial de carácter procesal, contempladas por la propia constitución, para restablecer la normativa constitucional trasgredida o inobservada por sus destinatarios. Las figuras del derecho procesal constitucional a su vez poseen sus propias reglas de tramitación o procedimientos que deben ser observadas, al igual que el resto de las reglas básicas del debido proceso, lo cual da idea de la confluencia recíproca de los sectores que analizamos, pero también de su complejidad.

La Constitución mexicana prevé entre dichas figuras, el juicio de amparo (artículos 103 y 107), las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales (105), el juicio de revisión en materia electoral y el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (artículo 96), la protección no jurisdiccional de los derechos humanos (artículo 102, apartado B), el juicio político (artículo 111), la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 113).

De los enumerados, sin duda el juicio de amparo es el instrumento específico y por excelencia, para la garantía última de los derechos constituti-

cionales que conforman el debido proceso. Como veremos más adelante, el ámbito protector del amparo fue ampliado expresamente gracias a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, para convertirse en la garantía interna de los derechos humanos de fuente internacional, que incluyen los estándares del llamado derecho internacional procesal, del cual nos ocuparemos enseguida.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PROCESAL (DIP)

Este sector lo integran todas aquellas normas de fuente internacional que contienen estándares de debido proceso a ser observados por los Estados, a favor de las personas en el ámbito doméstico. Como señalamos, este sector complementa al llamado derecho constitucional procesal y en sus relaciones recíprocas priman la interpretación conforme, el principio pro persona y, en todo caso, la ponderación.

Cabe destacar que en México la trascendente reforma constitucional de 10 de junio de 2011 trajo importantes cambios en la relevancia y operatividad del sector que comentamos, pues se otorgó rango constitucional a las normas de derechos humanos de los tratados internacionales y, con ello, el reconocimiento y afirmación de su carácter de fuentes jurídico constitucionales de estándares a favor de la persona, con la correspondiente obligación de su acatamiento por parte de los operadores jurídicos.

El párrafo primero del artículo 1º constitucional señala a partir de la reforma:

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.

Aún cuando no se debe dejar de mencionar que los tratados no son la única fuente de los derechos humanos a nivel internacional, si son tal vez la más importante en la actualidad, por ello la reforma acierta en situarlos como una fuente de derechos de la persona al mismo rango que la propia Constitución.

Por otra parte, cabe hacer una precisión adicional, pues en estricto sentido el texto no hace referencia a los tratados internacionales de derechos humanos, sino a los derechos humanos previstos en tratados internaciona-

les, que es algo aún más importante y vasto, pues se amplía el espectro tomando en cuenta el criterio de los derechos y no el de los instrumentos que los contienen.

En pocas palabras, se contemplan no sólo los tratados cuya naturaleza y esencia sea de derechos humanos, sino también las disposiciones que contengan tales derechos, así se encuentren en tratados internacionales que no formen parte del grupo reconocido de tratados de derechos humanos, por ejemplo, lo que ocurre con muchos tratados derivados de la Organización Internacional del Trabajo, o lo sucedido con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de cuyo artículo 36 fueron derivadas reglas básicas del debido proceso por parte de la Corte Interamericana, en caso de extranjeros sometidos a juicio en un país diverso al de su origen.²

Intentar un mero recuento de los estándares del debido proceso internos, pero derivados de fuente internacional es una tarea que excede este trabajo panorámico. Sin embargo, podemos señalar algunas pautas al respecto, como por ejemplo, que los estándares de debido proceso se encuentran básicamente en instrumentos internacionales de carácter regional y universal; que como comentamos, no sólo se hallan en los tratados de derechos humanos. Existe, además, un profuso conjunto de precedentes internacionales en materia de debido proceso, que derivan de los órganos de supervisión internacional, con atribuciones cuasi, plena o para judiciales en la tramitación de quejas o decisión de litigios.

En este sentido, preferimos concentraremos de manera ilustrativa en los estándares provenientes del llamado sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sin que ello signifique restar importancia a los generados en el marco de la ONU y que están previstos, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en las convenciones contra la tortura y contra la desaparición forzada de personas, en la convención contra la desaparición forzada de personas, en la convención de derechos del niño, la convención contra la discriminación hacia la mujer, la convención para la protección de los trabajadores migrantes, y contra la discriminación hacia las personas con discapacidad.

En la Declaración Americana de I y Deberes del Hombre de 1948, se establece en diversos preceptos derechos relacionados directa o indirectamente con el debido proceso. En primer término habría que mencionar el artículo XXV, que consagra la protección contra toda detención arbitraria,

² Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.

en el sentido de que una persona sólo puede ser privada de su libertad en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Dicho precepto, prohíbe también la privación de la libertad, fundada en el incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil y, por otro lado, precisa el derecho de toda persona detenida a un trato humano durante ésta, y a que un juez verifique la legalidad de dicha medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad.

Cabe señalar que la trasgresión a los parámetros señalados traería consigo que la detención llevada a cabo sea considerada como ilegal, pero además podría viciar de ilegalidad todo procedimiento ulterior de no otorgarse el derecho a ser oído por un juez con motivo de la detención, o si se es juzgado por deudas meramente civiles o fuera de los márgenes temporales que señale la ley, si esto no se encuentra debidamente justificado, precisamente en hipótesis previstas por la ley misma.

Un precepto que señala con mayor nitidez los parámetros del debido proceso, es el artículo XXVI denominado precisamente “Derecho a un proceso regular”, tratándose de personas acusadas de delito. Dicho precepto señala:

“Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.”

De no ser observados ese conjunto de formas y de derechos o alguno en lo particular, el proceso que se tramite será irregular y violatorio de los derechos humanos.

Una disposición adicional que podemos comentar, es el artículo XVIII que consagra el derecho de toda persona de acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Tal derecho no se deben entender en un sentido meramente formal de la existencia de órganos jurisdiccionales, sino que en el proceso que se tramite cumpla, entre otros, con los parámetros mínimos de audiencia, prueba, imparcialidad, publicidad y plazo razonable. Estos comentarios también aplican respecto a la segunda parte del artículo XVIII, para la tramitación del recurso breve y sencillo que debe estar previsto en los Estados para la protección de los derechos humanos.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 8.1 constituye el marco genérico del debido proceso en todas las áreas del ordenamiento, al señalar, luego del derecho implícito de toda persona al acceso a los órganos jurisdiccionales para la sustanciación o tramitación de cual-

quier acusación penal en su contra o, en la determinación de los derechos de cualquier carácter, por ejemplo los de naturaleza civil, laboral o fiscal, que deberá ser oída (derecho de audiencia), con las debidas garantías (derechos de defensa y de aportar y obtener pruebas, así como la publicidad del proceso), dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal que deberá ser competente para conocer de los planteamientos que se formulen, y ser además independiente e imparcial, quedando prohibidos los tribunales ex post facto.

Un primer aspecto sobre la interpretación de que ha sido objeto el artículo 8 es que su ámbito de protección no se limita al ámbito estrictamente judicial, sino que el valor protegido por dicho precepto es la justicia, que se realiza a través del debido proceso legal. En este sentido, el debido proceso debe ser garantizado en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.³

En el mismo sentido, el ejercicio del poder sancionatorio del Estado, que puede desplegar éste diversas materias requiere, para ser lícito y acorde con los derechos humanos, que las autoridades actúen con un total apego al orden jurídico y, además, que se concedan las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, cualquiera que sea la materia de que se trate.⁴

Esto significa que, no obstante que el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.⁵

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza

³ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 129.

⁴ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de Fondo, 31 de enero de 2001, párrafos 68 a 70

⁵ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.⁶

Desde otro ángulo, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.⁷

La Corte ha extendido el concepto de debido proceso a otros aspectos, por ejemplo, a efecto de garantizar este derecho, el Estado debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.⁸

Muchas otras temáticas han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el contexto del debido proceso del artículo 8.1, como por ejemplo la valoración de las pruebas; el plazo razonable; el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; y los requisitos básicos de la sentencia o decisión.

El resto de los párrafos que integran el artículo 8 (números 2 a 5), tienen en principio aplicación en el ámbito del proceso penal y constituyen las reglas básicas del debido proceso en esta materia. En materia penal, el hecho de que las garantías a que hace alusión el artículo 8 sean mínimas, significa que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.⁹

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreducible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos.¹⁰ Por ejemplo, en el caso de los niños, las reglas del debido proce-

⁶ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Fondo, 6 de febrero de 2001, párrafo 104

⁷ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 126.

⁸ Cfr. Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafos 199.

⁹ Cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 24.

¹⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrafo 115.

so se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.¹¹

En este tenor, la Corte ha ampliado lo anterior en el sentido de que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención,¹² se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso, de manera que el individuo tiene al mismo entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.¹³

Por otra parte, el artículo 8.3, refiere que la confesión del culpable será válida, únicamente si se efectuó sin coacción alguna de ninguna naturaleza (se entiende física o psicológica).

El hecho de someter a torturas a una persona con el fin de doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, es violatorio del artículo 8.2.g y 8.3.¹⁴

Por lo que se refiere al artículo 8.4, éste prohíbe el doble enjuiciamiento por los mismos hechos o non bis in idem, de toda persona que ha sido absuelta por sentencia firme. Por último, el artículo 8.5, señala que el proceso penal debe ser público, salvo cuando sea necesario preservar los intereses de la justicia.

Otros preceptos de la propia Convención Americana contiene disposiciones consustanciales a temas de debido proceso, por ejemplo, el artículo 4 que consagra el derecho a la vida y que prohíbe la privación arbitraria de ésta, esto es, sin que se hubiere seguido el debido proceso; el artículo 6.2, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, remite a la intervención de un

¹¹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrafo 116.

¹² Como son la presunción de inocencia; el derecho de ser asistido de manera gratuita por un traductor o intérprete; la comunicación previa y detallada de la acusación; la concepción del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa del culpable; derecho a contar con un defensor y entablar comunicación libre y privada con éste; derecho de interrogar a testigos o peritos y de obtener su comparecencia; derecho a no ser obligado a declarar contra sí o auto inculparse; y el derecho a recurrir el fallo

¹³ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 125.

¹⁴ Cfr. Caso Cantoral Benavides, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párrafo 132 y 133.

tribunal competente, como la única vía legítima para la imposición de trabajos forzados que acompañen a una pena privativa de libertad; el artículo 7, consagra el derecho de libertad personal y los requisitos que éste sea afectado de manera legítima, así como otros derechos a favor de la persona en detención; el artículo 9 prohíbe la retroactividad de la ley penal, y el principio de legalidad en dicha materia; el artículo 23.2, que hace referencia a los derechos políticos, mismos que pueden ser reglamentados en su ejercicio y oportunidades, entre otros, por condena, por juez competente, en proceso penal; el artículo 24 también aplica, pues la igualdad ante la Ley y la no discriminación tienen una vinculación directa en el deber de respeto al debido proceso.

La Corte Interamericana ha señalado que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.¹⁵ En este sentido, la Corte ha señalado que, para que exista “debidoproceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.¹⁶

Por lo que respecta a los instrumentos de garantía del debido proceso, en cuanto derecho humano, resulta aplicable lo previsto en el artículo 25, relativo a la protección judicial, en el que se establece el derecho de toda persona 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 Convención. Los Estados están comprometidos, por virtud de dicho precepto, a que la autoridad a la que corresponda conocer del recurso ten-

¹⁵ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párrafo 119.

¹⁶ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párrafo 117.

ga atribuciones para decidirlo y para garantizar el cumplimiento de dicha resolución a cargo de las autoridades competentes.

Por último, cabe mencionar que las garantías judiciales necesarias para la protección, entre otros, de los artículos 4 y 5, no son susceptible de ser suspendidas en casos de caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte ha señalado que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.¹⁷

El marco del debido proceso derivado del sistema interamericano no se agota en la Convención Americana, pues existen disposiciones en otros tratados del propio sistema que también deben ser considerados, como las de la Convención contra Interamericana contra la tortura (artículos 3, 6, 8, y 10 a 14); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículos I, III, IV, V, VI, y VIII a XI); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer “Convención Belém Do Pará” (artículos 4, 7.f y 9); y la La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a., II y III.a).

V. EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL (DPI)

Este sector se integra por las disposiciones que rigen los órganos de decisión y los procedimientos para resolver conflictos internacionales, no sólo en materia de derechos humanos sino en muchas otras, como por ejemplo derecho internacional general, derecho penal internacional, asuntos del mar, inversiones o comercio.

En el ámbito propio de los derechos humanos, a manera de ejemplo, el derecho procesal internacional estaría integrado por las reglas que derivan de los artículos xx y xx de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los respectivos Estatutos y Reglamentos de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos; los tratados o los protocolos facultativos, según se trate, de los Comités de la ONU encargados de supervisar

¹⁷ Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 30.

tratados internacionales, así como sus respectivas reglas específicas de trabajo o de procedimiento. Asimismo, de aquellos documentos equivalentes para el sistema Europeo y Africano.

El siguiente cuadro ilustra y resume los cuatro sectores que hemos reseñado y su posible interacción recíproca:

Derecho Constitucional Procesal (DCP) Normas de la Ley Suprema que fijan estándares del debido proceso en las diversas ramas del enjuiciamiento nacional. Su ámbito de aplicación es únicamente doméstico.	Derecho Procesal Constitucional (DPC) Normas constitucionales que consagran los instrumentos de garantía interna de los estándares derivados del DCP y del DIP. Su ámbito de aplicación es únicamente doméstico.
Derecho Internacional Procesal (DIP) Normas de fuente internacional que fijan estándares del debido proceso a ser observadas en el ámbito interno de los Estados. Su ámbito de aplicación es doméstico e internacional.	Derecho Procesal Internacional (DPI) Normas internacionales que regulan los procedimientos de aplicación del derecho internacional en ese mismo ámbito. Es la vía de garantía supra nacional del DIP. Su ámbito de aplicación es únicamente internacional.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Como corolario de todo lo anterior creo que, por un lado, estamos atestiguando la interacción, no fusión, cada vez más profunda entre derecho e instancias internas, con el derecho internacional; así como un reacomodo de placas tectónicas, aún cuando veo aún lejana la idea de una especie de páneja jurídica, lo cual no significa desconocer la importancia que tiene continuar fortaleciendo la idea del reconocimiento y respeto efectivos a la dignidad humana, que es una especie de material genético jurídico afín a las normas constitucionales e internacionales por igual.

A este último propósito posiblemente sirva la noción de debido proceso y la interacción de cuatro sectores identificables que interactúan entre sí alrededor de la noción señalada. La sistematización de los cuatro sectores identificados arroja como resultado preliminar lo siguiente:

El debido proceso es un derecho humano que a su vez está inserto en el ámbito de la eficacia de los derechos, de su goce y ejercicio reales y concretos, el cual es complemento necesario del acceso a la justicia; sin ambos, sería casi imposible lograr el respeto y protección del resto de los derechos humanos, cuando los Estados no cumplen o fallan en el cumplimiento de esos deberes básicos.

Como derecho humano, el debido proceso pasó de ser un conjunto de formas y derechos de la persona inculpada de un delito frente a un órgano judicial, a convertirse en un conjunto variado de derechos mínimos que deben cumplir todo tipo de autoridades, en la determinación de toda clase de derechos de las personas.

Desde un punto de vista panorámico y con fines didácticos, se pueden apreciar cuatro sectores que interactúan en el establecimiento de estándares del debido proceso y su garantía interna e internacional, que son el Derecho Constitucional Procesal (DCP), el Derecho Procesal Constitucional (DPC), el Derecho Internacional Procesal (DIP), y el Derecho Procesal Internacional (DPI). Gracias a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en México se conjuntaron en beneficio de la persona el DCP y el DIP, con la garantía interna conjunta del DPC. En el ámbito supra nacional el DIP, tiene una garantía adicional a través de las normas del DPI.

El debido proceso no sólo se refiere al cumplimiento de ciertas formas y etapas, sino atañe también a las calidades y cualidades exigibles en el órgano de decisión (competencia, independencia, imparcialidad y autoridad), y a los derechos de quienes intervienen en los procedimientos, según la calidad y el concepto en que intervengan (actor, demandado, inculpado, víctima, testigo, perito). En este sentido, el debido proceso no sólo determina los cauces y las formalidades, sino que se dirige a lograr una decisión legítima y justa en cada caso concreto.

Entre el acceso a la justicia y el debido proceso hay una relación estrecha, bilateral e indisoluble, ya que tan nocivo es no haber siquiera tenido la oportunidad de iniciar un proceso por falta de acceso a la justicia, como acceder a los tribunales y ver la eficacia de los derechos frustradas por la ausencia de un proceso regular. Toda violación del acceso a la justicia hace nugatorio el debido proceso, y toda inobservancia del debido proceso frustra la justicia.

El respeto al debido proceso toma una importancia de primer orden, si se le considera desde el ángulo del poder decisorio, sancionador y coactivo del que pueden gozar diversas autoridades dentro de un Estado con respecto, entre otros, a la vida, la integridad, la dignidad, la libertad y los bienes de las personas; de ahí que sólo el respeto irrestricto e incondicional del debido proceso hace compatible la actuación del Estado en dichos rubros con los derechos humanos.

El debido proceso es de tal entidad que su observancia también se exige en la tramitación de los recursos que debe brindar el Estado para la tutela de los derechos humanos. Por otro lado, las reglas del debido proceso no son pétreas ni inmutables, ya que se ha demostrado que son dinámicas y

para ser eficaces deben adoptar las modalidades necesarias, que permitan su adaptación a las diversas circunstancias en que puede encontrarse una persona, de ahí que deben diversificarse las reglas mínimas para que los derechos de personas en circunstancias que las hacen vulnerables, sean determinados bajo el parámetro de la garantía del debido proceso, antes que de cualquier otro.

Como reflexión final podemos señalar que es palpable la relación directa entre la gobernanza global, el proceso y la justicia, a encontrar los puntos sobre los que dicha vinculación se asienta es precisamente el objetivo último al que está dirigida la presente participación.

GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA GLOBAL: EL QUEHACER DEL DERECHO INTERNACIONAL

Luis T. DÍAZ MÜLLER¹

SUMARIO: I. *El contexto: ¿Gobernar la Globalización?*. II. *Globalización y Gobernanza: Una mirada desde el Derecho Internacional.* III. *El papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el Subdesarrollo.* IV. *Recapitulación y Conclusiones: la Gobernanza del Nuevo Orden Mundial.* V. *Bibliografía.*

I. EL CONTEXTO: ¿GOBERNAR LA GLOBALIZACIÓN?

La Carta de San Francisco abrió las puertas para la noción de Gobernanza Global. La Organización Mundial pretendía lograr la paz y seguridad internacional después de la Segunda Guerra.

Tímidamente, esbozó las ideas de Cooperación para el Desarrollo en el artículo 55, y de promoción y protección de los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, que un sistema de Seguridad Colectiva que reposa principalmente en el Consejo de Seguridad: En la aspiración lejana de un gobierno mundial jamás soñado.

Los organismos especializados se hicieron cargo de asuntos particulares que, bien mirado, se dirigen al apoyo y colaboración con sectores relacionados con los derechos sociales: salud, vivienda, educación, trabajo: OMS, OIT, UNESCO.

Con todo, se dieron situaciones que escaparon a la formalidad inicial de Naciones Unidas. Es el caso de las minorías, los pueblos indígenas, los refugiados y, en la actualidad, el problema mayor de los trabajadores y niños

¹ Profesor-Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- Coordinador del Seminario Permanente de Derechos Humanos de este instituto.- Profesor de la Cátedra de Derechos humanos, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM.- Academia Mexicana de Derechos humanos.- Consejo Latinoamericano de la Paz (CLAIP).- E-mail: luist@servidor.unam.mx.

migrantes. En este caso se trata, especialmente, de los flujos humanitarios provenientes de Centroamérica teniendo como “país de paso” a México. La devolución de migratorios desde los Estados Unidos permitió que muchas organizaciones hablaran de una “crisis humanitaria” en toda razón.

Este trabajo se propone trazar una reflexión preliminar sobre la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la Carta de San Francisco hasta el Derecho de la Globalización.

II. GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Cientos de libros se han escrito sobre el proceso de la Globalización. Un conjunto de interdependencias complejas con pretensiones globales o mundiales: el ámbito económico representado por el mercado, y la crisis de 2008 en adelante. En ángulo cultural, tal como lo establecen los grandes consorcios de fast-food: la Mc-Donalización del mundo. El aspecto tecnológico por la vía de las Nuevas Tecnologías que comienzan con el desciframiento del ADN: Watson y Crick (1953).

Por último, el orden jurídico internacional que, a los efectos de este trabajo, comienza con la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos², y que cobree especial importancia con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho al Desarrollo de 1986.

La matriz de los aspectos que relacionan el proceso de la Globalización (neoliberal) y la Gobernanza se encuentra en los años 1989-1991.

a) Este proceso puede distinguir una primera fase: 1945-1989, que permite decir que el proceso de Guerra Fría corrió al pareo que los “años felices” de la economía mundial y que habitualmente se ubica entre los años 1947-1973, con la crisis del petróleo de aquel año³. Constituyó el primer cimiento de la fase de la Globalización.

b) En el plano jurídico, se representó en el Derecho de la Guerra Fría, como la OTAN (1949) y el Pacto de Varsovia de 1956, y una compleja urdimbre de pactos regionales de Seguridad Militar, como es el caso del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca: TIAR, Río de Janeiro, 1947.

c) Una segunda fase conformada por el modelo Transnacional de Desarrollo. Asunto que el profesor Phillip Jessup denominó “Derecho Trans-

² Mazower, Mark, *Governing the world. The History of an idea*, London, England, 2012.

³ Landes, David S., “Los “años felices” de la economía mundial se encuentran en el periodo 1947-1973”, *La riqueza y pobreza de las naciones*, Barcelona, Crítica, 2003.

nacional” (1956), y que se constituye una obra pionera en el camino de la Globalización y Gobernanza Global⁴.

d) El modelo de la Globalización a partir de 1989. Con tres eventos importantes: el derrumbe del muro de Berlín, la reunificación de las Alemanias y el desmembramiento de la órbita soviética.

La transición del modelo transnacional al esquema de la Globalización Neoliberal permitió acentuar y alimentar la polémica sobre el Derechos Transicional, que en sus inicios se produjo a partir del tránsito del Autoritarismo a la Democracia, y que se refleja en las obras de Juan Linz⁵, Guillermo O'Donnell, Philipp Schmitter, Alfred Stepan y otros. Bastante interesante sería escudriñar sobre los modelos de Gobernanza en el contexto de la Globalización y los procesos y caminos hacia las distintas formas de transición democrática: vgr. Argentina, Brasil, Chile, Uruguay. El Estado Burocrático-Autoritario de las dictaduras modernas⁶, como lo analiza el trabajo primero de Guillermo O'Donnell y Delfina Linck (1982): “El Estado burocrático autoritario”.

El proceso de la Globalización Neoliberal constituye la fuente para un Derecho Global en cierres. Estamos en presencia de un Derecho Emergente, que corre al mismo tiempo que en el caso del Club de los BRICS: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, un caso clínica para el estudio del Derecho Comparado: la comparación entre los distintos sistemas jurídicos.

e) La Gobernanza, por tanto, aparece como una forma de gobernar la Globalización. Como se decía, la Globalización consiste en un proceso de múltiples dimensiones, multifacético. La Gobernanza, asimismo, entendida como una forma de administrar la Globalización, tiene que ver con varios asuntos principales: el Estado, la Soberanía y la Crisis surgida a partir de 2007-2008. Veamos brevemente.

1) La noción de Estado, desde la Paz de Westfalia (1648), fue creada como un concepto cristalino, puro, inmutable, dotado de Soberanía Absoluta. En los procesos de intercambio comercial y mercantil, esta idea de Estado-Absoluto empezó a desdibujarse: las profundas transformaciones provocadas por la I Revolución Industrial o Revolución Inglesa, aquella sociedad narrada por Charles Dickens en “Tiempos Difíciles”, comenzó replantear las funciones esenciales del Estado: del Estado Liberal al Estado Social (Weimar, 1919).

⁴ Jessup, Philipp, *Derecho transnacional*, México, Trillas, 1974.

⁵ Díaz Muller, Luis T., *América Latina. Relaciones Internacionales y Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

⁶ O'Donnell, Guillermo, *El estado burocrático-autoritario*, Buenos Aires, Prometeo, Libros, 2009.

Sobre todo porque la necesidad de expansión y de búsqueda de mercados, obligó a abrir las puertas del Estado hacia nuevos continentes: el camino que va de Inglaterra a los Estados Unidos con la Guerra de Independencia (1776), por vía de ejemplo.

Durante estos años, asistimos a una fase intermedia entre el Derecho Estatal Absoluto y la apertura incipiente hacia la reacción de un nuevo y bisoño Derecho Internacional, en ciernes. Vale la pena recordar a estos fines, la polémica entre Huy Grotius y Van Bynkershoeck sobre la libertad de los mares: *mare nostrum o mare claustrum*⁷

2) La construcción del Estado-Nación y de la idea de Soberanía (real o formal) encaminó los senderos de un Derecho Internacional que pasó, en la actualidad, a vincular lo racional con lo global. Especialmente, y con particular importancia, en la transición del modelo y Derecho Transnacional hacia un Derecho con infronta global: los conglomerados Transnacionales y su impacto en el comercio mundial después de 1945, y su afectación de los Derechos Humanos. Prima facie, se trató de la violación de derechos sociales, de los cuales América Latina (el sector minero) es buen ejemplo: Trabajo, desempleo, cambio climático.

La Soberanía del Estado, aquel ogro y síntesis de múltiples contradicciones, pasó a transformarse en una idea figurativa, de papel, en que las relaciones transnacionales quitaron fuerza jurídica a la clásica idea de un orden jurídico con monopolio de la violencia legítima: una pérdida relativa de la vigencia del Estado-Nación;

3) El modelo transnacional y el modelo global caminaron sucesivamente en el marco de una compleja trama e contradicciones: el debilitamiento de la soberanía, la repartición de fronteras, la irrupción de las minorías, los resabios del Holocausto (la Convención sobre Genocidio de 1948: Raphael Lenkin), la doctrina de las zonas de influencia. El Derecho de la Guerra Fría, ideológico y con pretensiones hegemónicas⁸: al Este y al Oeste de la Puerta de Brandenburgo.

Y no más apunte, el derecho de la Guerra Frías, no es, precisamente un esbozo del Derecho Internacional del Desarrollo. La segunda fase de este Derecho lo constituye el Derecho de la Coexistencia Pacífica, un tímido acuerdo de respeto y de revolución de las disputas por medios pacíficos. Es el caso de la Cumbre de Berlín (Kennedy-Kruscher) de 1960, y la solución pacífica a la crisis de los Misiles, a partir de la Cuarentena entorno a la isla de Cuba de octubre de 1962: Robert Kennedy la llamó “los trece años que conmovieron al mundo”. Vietnam, la Comisión Trilateral, la guerra

⁷ Gómez-Robledo, Alonso, *El nuevo derecho del mar*, México, Porrúa, 1986.

⁸ Garcés, Joan E., *Soberanos e intervenidos*, Madrid, Siglo XXI de España, 1996.

centroamericana con la Administración Reagan, la doctrina Bush, desencadenaron un nuevo desafío para la “buena gobernanza global”, aquella que busca la resolución de los problemas globales: medio ambiente, cambio climático y terrorismo, migratorios y refugiados, paz y guerra⁹.

4) El papel de las Instituciones en la globalización neoliberal: Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, las “instituciones de Bretton Woods” (1944), resultan de particular interés en el marco de una globalización desigual, excluyente, interrelacionada y desequilibrada¹⁰: que adquirió una profundidad privatizadora y abstencionista con el Consenso de Washington de 1991 y posteriores. La incapacidad de estas instituciones de resolver los problemas financieros, la derrota del estado y la aparición de la Sociedad Civil Internacional: ONG’s + movimientos de solidaridad. Las circunstancias han cambiado y se hace menester un “nuevo Estado benefactor”, con nuevas instituciones.

5) En realidad, la Sociedad Civil Internacional empezó a manifestarse con los movimientos democratizadores en Europa del Este: Hungría en 1956 y la “Primavera de Praga” de 1968.

En un ámbito propiamente internacional, recordemos la Canasta III de los Acuerdos de Helsinki de 1975 entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, tendiente a promover la circulación de personas (y de ideas) en las relaciones entre los bloques. Posteriormente, y aquí juega un papel importante el derecho Internacional de los derechos Humanos, se crearon Asociaciones de Derechos Humanos, como *Amnesty International*, importante organización de defensa y con sede en Londres. Asimismo, fundaciones de Derechos Humanos, Centros de Derechos Humanos, Academias, Sistemas Regionales y Comisiones Nacionales de Derechos Humanos: hace falta un buen estudio desde el punto de vista de la Gobernanza, considerando a los derechos Humanos como un patrimonio y bien global de la humanidad¹¹.

Por otra parte, los procesos de integración, aunque fallidos en su mayor arte, tuvieron como meta la consecución del desarrollo, más allá de los indicadores del Crecimiento. La Alianza del Pacífico (Colombia, Chile, México y Perú) representa una visión de alcance mayor, en términos comerciales y geográficos.

⁹ Serna de la Garza, Jose María, *Globalización y Gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público. Contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC*, México, UNAM-Jurídicas, 2010.

¹⁰ Ramírez Gonzalo A. (Ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Externado de Colombia, 2007.

¹¹ Delmas-Marty, Mireille, *Tros défis pour un droit international*, París, Seuil, 1998.

III. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL SUBDESARROLLO¹²

Raúl Prebisch, Celso Furtado, Aníbal Pinto, Víctor Urquidi, entre otros, esbozaron las estrategias de desarrollo de América Latina en la posguerra.

El aporte de Jorge Ahumada en su libro “En vez de la miseria”, resultó ser una contribución importante al plantear la ecuación Educación-subdesarrollo, tema que avizoró los desafíos de las sociedades latinoamericanas ante el reto de la Sociedad del Conocimiento o Sociedades de las Nuevas Tecnologías: en el umbral de una Nueva Civilización. Una nueva civilización que tiene que ver con el patrón de la Modernidad, y que supera la discusión de la inmediata posguerra sobre la industrialización de la región latinoamericana. Especialmente, industrialización de la región latinoamericana. Especialmente la idea de la industrialización por sustitución de importaciones (CEPAL), al amparo de un Estado-Benefactor influenciado por la crisis de 1947, y en general, por los estragos producidos por la Segunda Guerra Mundial.

Fue así como el derecho de la Industrialización o Derecho de la Empresa se transformó en el modelo del Derecho Económico Nacional e Internacional¹³. Una interacción bastante interesante. Por una parte, la sincronía entre el Derecho transnacional, los años felices de la economía mundial y el proceso de las relaciones internacionales de la Guerra fría. Por otra, aquel aserto discutible e interesante sobre la relación y discusión acerca del desarrollo desigual y combinado: el especial atraso de las sociedades centroamericanas. Lo que Cardoso y Faletto llamaron el modelo agrario-exportador en su clásico libro de 1967.

El Derecho Económico, por tanto, se volvió cada día más cambiante, en que el estudio de los régimen políticos, como el populismo o el desarrollismo, se convirtieron en los puntos centrales de referencia durante la década de los cincuentas y sesentas¹⁴. Ciertamente, CEPAL había introducido el concepto, tan vigente hoy por hoy, de “progreso término” como la ventaja comparativa inexcusable a la hora de privilegiar el desarrollo latinoamericano.

Por tanto, en la alborada del derecho del desarrollo, nacional e internacional, puede decirse que este Derecho se ubicó en la fisura o fase inter-

¹² CEPAL, *60 años de la CEPAL*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

¹³ Pinto, Aníbal, *América latina: una visión estructuralista*, México, UNAM, Facultad de Economía, 1991.

¹⁴ Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, Madrid, Siglo XXI, 2007.

mediaria entre el derecho de Guerra Fría y el derecho de la Globalización. En otras palabras, si bien el Derecho al/del Desarrollo puede ubicarse, pioneramente, en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos acerca de la obligación del estado de promover la salud, educación y vivienda de las familias, no es menos cierto que fue en la Declaración sobre Derecho al Desarrollo de la ONU (1986), que el tema del Desarrollo adquirió su estatus jurídico y económico más elaborado y normativo.

En el interregno, en la década de los sesentas, encontramos el Derecho de la Descolonización al unísono que el Derecho de Guerra Fría, para discutir y aprobar la independencia de los países coloniales (Revolución 2524 de 1962), y que culminaría con el acceso a la misma con la “Revolución de los Claveles” en las antiguas colonias portuguesas: Guinea-Bissau y Mozambique en 1974.

Asimismo, el Derecho de las Dictaduras, se consigna, más bien, desde el enfoque de la Ciencia Política, con el clásico postulado de Guillermo O'Donnell, Juan Linz, Philippe Schmitter, Alfred Stepan para el caso de Brasil, con la teoría de los sistemas militares avanzados y con predominio de las altas finanzas: el Estado Burocrático-Autoritario (EBA) en sus diversas acepciones. Sería el caso de la distinción que es necesario realizar entre el corporativismo de los militares argentinos Jorge Rafael Videla), una fuerte influencia del ámbito estatal; y, el neoliberalismo a la manera de la Escuela de Chicago bajo la fórmula del General Pinochet en Chile (1973-1990).

Estas reflexiones conducen a la idea y noción del Desarrollo como instrumento de bienestar de las mayorías. ¿Cómo, volviendo, explicarse el subdesarrollo latinoamericano?

Es por esto por lo que el Derecho Internacional del Desarrollo consiste en una herramienta útil a tales efectos, como una aspiración y utopía. En términos reales y vigentes, habría que insistir en la relación entre Derecho y Pobreza: un camino largo y no resuelto porque no son las políticas del neoliberalismo, las que pueden invocarse a propósito del logro del bienestar humano, sustentable, autónomo, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo del Milenio a partir del año 2000.

La Gobernanza consiste en la satisfacción de los bienes globales. En este sentido, mucho se repite acerca de la eficacia y ética de la Globalización, y con toda razón. Última ratio, es la búsqueda del bien común, concepto que hace recordar a Aristóteles de Samos: la Ética Nicomaquea.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: LA GOBERNANZA DEL NUEVO ORDEN MUNDIAL

1. Al principio, dijimos que el sistema de Naciones Unidas se creó con la idea de dotar al mundo de una autoridad universal, que le diera Paz, Etnicidad y Desarrollo. La verdad es que el sistema mundial cayó en un franco proceso de estremecimiento y deslegitimación, y no es necesario atribuirle la responsabilidad exclusivamente al papel desempeñado por el Secretario General de la ONU;

2. En la actualidad, el tema del Desarrollo y de la Pobreza constituyen las metas prioritarias: avanzar en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

La emergencia de un Nuevo Orden Mundial, que quiere afirmarse pero no lo logra, se da en medio de un turbio proceso de contradicciones, incertidumbres y guerras: Ucrania, meramente la invasión estadounidense en Irak, el quiebre sistémico provocado por los atentados de Septiembre de 2001, que franqueó las puertas a la militarización de la política estadounidense;

3. El Derecho Internacional del Desarrollo aparece como un novicio fenómeno de aspiraciones no cumplidas. En este orden de ideas, aparece el Club de los BRICS o países emergentes, no están todos los que son, con el fin de arribar a mejores calidades de vida. Es menester reconocer la emergencia, además de nuevos sectores de clase media, que a partir de 2000 abordaron las líneas de pobreza: 2800 millones de pobres (Informe sobre Desarrollo Humano, ONU, 2014)

Estamos en una encrucijada de difícil resolución. La Gobernanza Global resulta ser un buen instrumento para avanzar en la satisfacción de los bienes globales en medio de la recomposición y crisis mundial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CEPAL, *60 años de la CEPAL*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
DELMAS-MARTY, Mireille, *Tres défis pour un droit international*, París, Seuil, 1998.
DÍAZ MULLER, Luis T., *América Latina. Relaciones Internacionales y Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
GARCÉS, Joan E., *Soberanos e intervenidos*, Madrid, Siglo XXI de España, 1996.
GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso, *El nuevo derecho del mar*, México, Porrúa, 1986.
JESSUP, Philipp, *Derecho transnacional*, México, Trillas, 1974.

- LANDES, David S., “Los “años felices” de la economía mundial se encuentran en el periodo 1947-1973”, *La riqueza y pobreza de las naciones*, Barcelona, Crítica, 2003
- MAZOWER, Mark, *Governing the world. The History of an idea*, London, England, 2012.
- O’DONNELL, Guillermo, *El estado burocrático-autoritario*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009.
- NUN, José, *La rebelión del coro*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1989.
- PINTO, Aníbal, *América latina: una visión estructuralista*, México, UNAM, Facultad de Economía, 1991.
- RAMÍREZ, Gonzalo A. (Ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Externado de Colombia, 2007.
- ROBERTSON, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, Madrid, Siglo XXI, 2007.
- SERNA DE LA GARZA, Jose María, *Globalización y Gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público. Contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC*, México, UNAM-Jurídicas, 2010.

**HACIA UN DERECHO “GLOCAL”
O “TRANSNACIONAL” Y UNA JURISPRUDENCIA
“GLOCAL(IZADA)” O “TRANSNACIONAL(IZADA)”: REPENSAR
EL DERECHO A LA LUZ DE LA “GLOBALIZACIÓN”
O “GOBERNANZA GLOBAL”***

Imer B. FLORES**

I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.

Philip C. Jessup, *Transnational Law* (1956)

Far from being linear or unambiguous, the process of globalization is highly contradictory and uneven. It takes place through an apparently dialectical process, whereby new forms of globalization occur together with new or renewed forms of localization.

Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense* (1995)

* Versión revisada de la ponencia presentada en la Mesa III. “¿Repensar el derecho a la luz de la gobernanza global?”, del Seminario *Gobernanza Global y Cambio Estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad Universitaria, 26 de febrero de 2014.

** Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Profesor, Facultad de Derecho, UNAM; Tutor, Posgrado en Derecho, UNAM; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); Reconocimientos: PRIDE D y SNI III; Correo electrónico: imer@unam.mx; y twitter @imerbflores. El autor agradece a José María Serna de la Garza la invitación para participar en el Seminario, así como a Jorge Adame Goddard, Enrique Cáceres Nieto, Héctor Fix-Fierro, Javier Saldaña y Juan M. Vega Gómez por compartir mesa y, por supuesto, sus comentarios y observaciones.

SUMARIO: I. *Introducción: globalización vis-à-vis localización.* II. *Re-pensar el derecho a la luz de la globalización o gobernanza global.* III. *Conclusión: Hacia un derecho “glocal” o “transnacional” y una jurisprudencia “glocal(izada)” o “transnacional(izada)”.*

I. INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN VIS-À-VIS LOCALIZACIÓN

Repensar el derecho a la luz de la llamada “globalización” o “gobernanza global” fue el tema-problema central de la mesa del Seminario “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, en la cual fui convocado a participar. Adelanto que para mí ante la interrogante de si es necesario repensar el derecho la respuesta solamente puede ser afirmativa: sí. Al respecto, ofrezco dos respuestas: una corta y automática; y, otra, un poco más larga y no tan mecánica.

La respuesta corta y automática es: sí, porque ante el fenómeno mismo de la llamada “globalización” o “gobernanza global” es necesario revisar, además de la caracterización misma del fenómeno, algunas de nuestras categorías fundamentales, tales como constitución, gobierno, Estado nacional, soberanía, sociedad, entre otras muchas más, y el derecho ciertamente no podría ser la excepción ni mucho menos permanecer ajeno, ya que como decían los romanos “*Ubi societas, ibi ius*” y como recordaría Carlos Santiago Nino: “El derecho, como el aire, está en todas partes”.¹

La respuesta un poco más larga y no tan mecánica es: sí, porque --como veremos-- se trata de un problema actual, capital o fundamental de todo el derecho y como tal transversal al mismo, el cual cruza todas las áreas del derecho, más allá de la dicotomía público-privado, al estar caracterizado tanto por una creciente constitucionalización, de-nacionalización, internacionalización y hasta transnacionalización; y que como tal va más allá de lo “global” y de lo “local” al ser tanto “global” como “local”, *i.e.* “glocal”, y de la “globalización” y de la “localización” al ser tanto “globalización” como “localización”, *i.e.* “glocalización”.

Ahora bien, mi tesis-agenda está resumida en el *dictum* “Pensar globalmente y actuar localmente”. Cabe aclarar que dicha frase es más que un mero lema pues es útil para explicar un estado de cosas caracterizado por la creciente interdependencia entre las esferas globales y locales. Así, la locu-

¹ *Vid.* Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 1. *Vid.* también Imer B. Flores, “La definición del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. XLVI, Nos. 209-210, septiembre-diciembre, 1996, pp. 69-123, y “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1001-1036.

ción ha sido usada en varios contextos tanto teóricos como prácticos: de un lado, en las matemáticas, Helmut Hasse desarrolló el principio que lleva su nombre pero que también es conocido como el principio local-global; y, del otro, en los negocios, varias corporaciones multinacionales o transnacionales han lanzado sus campañas publicitarias al fundir las palabras “global” y “local” en una sola “glocal”.

Así, lo que me parece verdaderamente importante, relevante y trascendente es la interacción o interrelación entre lo “global” y lo “local”, y viceversa, porque se trata de un camino de ida y de vuelta, el cual da lugar al fenómeno que ha sido caracterizado como “globalización” o “gobernanza global” pero que prefiero recaracterizar, más allá de la “globalización” y “localización” o de la “gobernanza global” y “gobernanza local”, como “glocalización” o “gobernanza glocal”, porque el fenómeno de la “globalización” o “gobernanza global” no es meramente “global” ni mucho menos “local” sino resultante de la interdependencia entre ambas, *i.e.* “glocal”.

Para reforzar la interacción entre lo “global” y lo “local”, *i.e.* “glocal”, me permito recordar una cita de Boaventura de Sousa Santos: “Lejos de ser linear o no ambiguo, el proceso de la globalización es altamente contradictorio y disparejo. Ocurre a través de un proceso aparentemente dialéctico, en el cual nuevas formas de globalización ocurren junto con nuevas o renovadas formas de localización.”²

De esta forma, en el próximo apartado vamos a repensar el derecho a la luz de la llamada “globalización” o “gobernanza global”, misma que vamos a recaracterizar como “glocalización” o “gobernanza glocal”, así como llegar a una definición operativa tanto del derecho “transnacional” como de la jurisprudencia, *i.e.* ciencia o teoría del derecho, “transnacional(izada)”.

No obstante, en lo que resta de este apartado introductorio, me permito formular una gran aclaración, *i.e.* “no hay una globalización sino varias globalizaciones”,³ la cual se desdobra en tres:

A) *No hay una globalización sino varias globalizaciones... históricas o pasadas.* A guisa de ejemplo, por una parte, Duncan Kennedy ha descrito “tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico”: 1) la de los derechos

² Boaventura do Sousa Santos, *Toward a New Common Sense*, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition New York, Routledge, 1995, p. 177: “Far from being linear or unambiguous, the process of globalization is highly contradictory and uneven. It takes place through an apparently dialectical process, whereby new forms of globalization occur together with new or renewed forms of localization.”

³ *Vid.* Imer B. Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos). A propósito de los claroscuros del 911”, en Luis T. Díaz Muller (ed.), *Globalización y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 50-51.

individuales (1850-1914); 2) la de los derechos sociales (1900-1968); y 3) la de los derechos humanos (1945-);⁴ y, por la otra, Samuel P. Huntington ha detallado “tres olas democratizadoras”: 1) la ola larga (1828-1926); 2) la ola corta (1943-1962); y 3) la tercera ola (1974-).⁵

B) *No hay una globalización sino varias globalizaciones... actuales o presentes.* El proceso aparentemente dialéctico: no es nada más centro-periferia sino además centro-centro y periferia-periferia (sin olvidar que también hay o puede haber más de una semiperiferia); no es nada más norte-sur sino además norte-norte y sur-sur; no es nada más este-oeste sino además este-este y oeste-oeste; no es nada más económica sino además, aunque en menor medida, política y hasta social; y, en consecuencia, afecta a todos los países tanto a los que viene en la vanguardia como en la retaguardia, pero también los alcanza en mayor o menor medida. Como tal el fenómeno no es homogéneo ni ortodoxo sino heterogéneo y heterodoxo.⁶

C) *No hay una globalización sino varias globalizaciones... eventuales o futuras.* La globalización no es monocromática ni uni-dimensional o uni-direccional sino a todo color y multi- o pluri-dimensional o multi- o pluri-direccional, al ir, como ya adelantamos, de-lo-global-a-lo-local y de-lo-local-a-lo-global. Como tal el fenómeno parece ser no solamente hegemónico, es decir de-arriba-hacia-abajo (o *top-down*) sino además contra-hegemónico, esto es de-abajo-hacia- arriba (o *bottom-up*).⁷

⁴ *Vid.* Duncan Kennedy, “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968”, *Suffolk University Law Review*, Vol. 36, No. 3, 2003, pp. 631-679; y “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en David Trubek et Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73. *Vid.* también Jorge L. Esquirol, “The “Three Globalizations” in Latin America”, *Comparative Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 1-12 (disponible en <http://www.comparativelawreview.com/ojs/index.php/CoLR/issue/view/6>).

⁵ *Vid.* Samuel P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, Oklahoma University Press, 1991 (hay versión en español: *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, trad. Josefina Delgado, Barcelona, Paidós, 1994).

⁶ *Vid.* Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos)...”, cit. en la nota 3, pp. 52-55. *Vid.* también Jacques Attali, *Milenio*, trad. R.M. Bassols, Barcelona, Seix Barral, 1991; Roberto Mangabeira Unger, *Democracy Realized. The Progressive Alternative*, Londres y Nueva York, Verso, 1998; y Amartya Sen, “Cómo juzgar la globalización”, *Perfil. La Jornada*, 1º de febrero de 2002.

⁷ Cf. Yves Dezelay & Bryant G. Garth, “Introduction”, en Yves Dezelay & Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002, pp. 1-11; y Boaventura de Sousa Santos & César A. Rodríguez-Garavito, “Law, Politics, and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization”, en Boaventura de Sousa Santos & César A. Rodríguez-Garavito (eds.), *Law and Globalization from Below. Toward a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 1-26.

En pocas palabras, no hay una globalización sino varias globalizaciones y como tal el fenómeno no es homogéneo sino heterogéneo, no es ortodoxo sino heterodoxo, y es tanto hegemónico como contra-hegemónico. Lo anterior ha dado lugar a las tensiones entre aceptación-rechazo, convergencia-divergencia y obediencia-resistencia.⁸

Al respecto, como muestra basta un botón, habría que recordar que, hace un cuarto de siglo, ante la caída del muro de Berlín, con el fin de la llamada “guerra fría” y del mundo ideológico-político bi-polar y de la bipolaridad, algunos autores —como es el caso de Francis Fukuyama— adelantaron la tesis del “fin de la historia”. A lo cual otros autores —como es el caso del mismo Huntington— contrapusieron la tesis —más allá del mundo económico tri-polar y de la tri-polaridad— del “choque de civilizaciones”.⁹ Como tal la globalización implica conflicto y multi- o pluri-polaridad.¹⁰ Por ello, la hemos caracterizado en algún otro lugar como la “paz caliente”.¹¹

II. REPENSAR EL DERECHO A LA LUZ DE LA GLOBALIZACIÓN O GOBERNANZA GLOBAL

Aun cuando el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española ha caracterizado a la “globalización” como la “Tendencia de los mer-

⁸ *Vid.* Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos)…”, cit. en la nota 3, pp. 56-57. *Vid.* también Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1-15.

⁹ *Cfr.* Francis Fukuyama, “The End of History”, *The National Interest*, No. 16, 1989; y *The End of History and the Last Man*, New York, Avon Books, 1992 (hay versión en español: *El fin de la historia y el último hombre*, trad. P. Elías, Barcelona, Planeta, 1992); y, Samuel P. Huntington, “The Errors of Endism”, *The National Interest*, No. 17, 1989; y *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Touchstone, 1997 (hay versión en español: *El choque de civilizaciones*, trad. José Pedro Posas Abadía, Barcelona, Paidós, 2000).

¹⁰ *Vid.* Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos)…”, cit. en la nota 3, pp. 60-67. *Vid.* también Samuel P. Huntington, *Who Are We? The Challenges to America’s National Identity*, Nueva York, Simon & Schuster, 2004 (hay versión en español: *¿Quienes somos? Los desafíos a la identidad nacional estadounidense*, trad. Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2004). Imer B. Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos). A propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Luis T. Díaz Muller (ed.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 201-229.

¹¹ *Vid.* Imer B. Flores, “Naciones Unidas y la paz perpetua”, *Global. Revista del Consejo Latinoamericano de Estudios del Derecho Internacional y Comparado*, Vol. 1, No. 1, 1997, p. 25; y “Reflexión sobre el binomio guerra-paz. Fundamento del derecho y relaciones internacionales”, *Indicador jurídico*, Vol. 1, No. 4, 1998, p. 68. *Cfr.* Immanuel Kant, *La paz perpetua. Ensayo filosófico*, trad. Francisco Rivera Pastor, Madrid, Calpe, 1919 (título y publicación original: *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1797).

cados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales” y como tal parece reducir su extensión e intensión a la “globalización económica”. Sin embargo, como hemos adelantado, lo cierto es que el uso común y corriente de la palabra es mucho más amplio.

Al respecto, habría que recordar que dada la “porosidad” y la “textura abierta” del lenguaje, como la concibió primero Friedrich Waissman y la popularizó después H.L.A. Hart,¹² la palabra “globalización” es:

1) *Ambigua*, porque se refiere o puede referirse tanto a una actividad-proceso como a un producto-resultado;

2) *Vaga*, puesto que no hay un criterio único ni mucho menos último sobre su uso; y

3) *Emotiva*, ya que su mera mención despierta o puede despertar las más encontradas opiniones.¹³

Cabe señalar que comenzamos con el problema de la emotividad, el cual queda manifiesto con la simple existencia tanto de “globalifílicos”, es decir aquéllos que aman a la globalización y la consideran como una bendición al adscribir puras consecuencias o efectos benéficos o positivos, como de “globalifóbicos”, esto es aquéllos que odian a la globalización y la consideran como una maldición al atribuir puras consecuencias y efectos perjudiciales o negativos.¹⁴ Y, continuamos, con los problemas tanto de la ambigüedad como de la vaguedad, los cuales están estrechamente relacionados el uno con el otro y se refuerzan entre sí.

La palabra “globalización”, por un lado, dada la ambigüedad actividad-proceso y producto-resultado sugiere la “acción y efecto de globalizar”; en tanto que el vocablo “globalizar” sugiere plantear o presentar algo de forma “global”; y la voz “global” sugiere completo, general, integral, etcétera. Por el otro, dada la vaguedad del término, caracterizada por la falta de un criterio único ni mucho menos último, nos permitimos estipular que no es necesario que tanto la actividad-proceso como el producto-resultado

¹² Cf. Friedrich Waissman, “Verifiability”, *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*, 1945, pp. 119-150 (hay versión en español: “Verificabilidad”, trad. Paloma Villegas, en G.H.R. Parkinson, *La teoría del significado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 57-94); y H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 120 (hay versión en español: *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 153).

¹³ Vid. Flores, “Notas sobre globalización (y derechos humanos)...”, cit. en la nota 3, pp. 48-49.

¹⁴ Ibid., pp. 57-60. Vid. también Amartya Sen, “Cómo juzgar la globalización”, cit. en la nota 6, pp. I-IV.

estén presentes en todo el globo sino que es suficiente que pretendan estar presentes en todo el globo.

En este sentido, nos permitimos establecer que la palabra “globalización” significa o puede significar al menos dos cosas:

1) Una actividad o proceso global, es decir con acciones y actores que están o pretenden estar presentes en todo el globo; y

2) Un producto o resultado global, esto es con consecuencias y efectos que están o pretenden estar presentes en todo el globo.

En resumen, con independencia de las emociones negativas o positivas que despierta o pueda despertar, entendemos por “globalización” tanto la actividad-proceso que cuenta o procura contar con acciones y actores en todo el globo como a su producto-resultado que tiene o pretende tener consecuencias o efectos también en la totalidad de éste. En este sentido, las expresiones “globalización” o “gobernanza global” resultan ser más o menos co-extensivas con otros términos, tales como “cosmovisión”, “cosmopolitización”, “mundialización”, “planetarización” y “universalización”.

El hecho de que el fenómeno ha sido caracterizado como “globalización” o “gobernanza global” parece sugerir no solamente que es uniforme en todo el globo sino además que se impone desde arriba, es decir de-lo-global-a-lo-local. No obstante, como ya adelantamos, el fenómeno no es monocromático ni uni-dimensional o uni-direccional sino a todo color y multi- o pluri-dimensional o multi- o pluri-direccional, y va tanto de-arriba-hacia-abajo como de-abajo-hacia-arriba, esto es tanto de-lo-global-a-lo-local como de-lo-local-a-lo-global. Por ello, insistimos en recaracterizarlo como “glocalización” o “gobernanza glocal”.

Lo anterior implica que más allá del monismo jurídico propio del Estado nacional estamos ante un pluralismo jurídico, el cual se caracteriza por la interacción de una multiplicidad o pluralidad de ámbitos, esferas y fuentes, pero sobre todo de su interrelación en una muy compleja red tanto de acciones y actores como de consecuencias y efectos. Así, al interior del Estado nacional hablamos o podemos hablar de lo intra-nacional o sub-nacional, así como de lo estatal, municipal, local y hasta regional, pero más allá del Estado nacional hablamos o podemos hablar, de lo inter-nacional o supra-nacional, de lo bi-, tri-, multi- o pluri-nacional y hasta de lo trans-nacional, además de lo regional.

De esta forma, a partir de sus etimologías: “intra-nacional... al interior de las naciones” y “sub-nacional... abajo o debajo de las naciones”; “inter-nacional... entre naciones” y “supra-nacional... arriba, encima o sobre las naciones”; “bi-nacional... en dos naciones”, “tri-nacional... en tres nacio-

nes” y “multi- o pluri-nacional... en muchas o varias naciones”; y “transnacional... a través o más allá de las naciones”.

Para nosotros —como ya adelantamos— lo verdaderamente importante, relevante y transcendente es la interdependencia entre lo global y lo local, y viceversa, porque se trata de un camino de ida y de vuelta. A continuación, podemos avanzar como vamos a usar algunos de los conceptos anteriores, ya sea del derecho como objeto de estudio (o parte del mismo) y del derecho —o más propiamente de la jurisprudencia— como disciplina científica (o parte de la misma).¹⁵

Por una parte, como objeto de estudio:

1) “Derecho nacional... regula y debe regular las relaciones jurídicas (o a los sujetos que se encuentran) en una nación”;

2) “Derecho internacional... regula y debe regular las relaciones jurídicas (o a los sujetos que se encuentran) entre dos o más naciones”;

3) “Derecho multinacional... regula y debe regular las relaciones jurídicas (o a los sujetos que se encuentran) en muchas naciones”; y

4) “Derecho transnacional... regula y debe regular las relaciones jurídicas (o a los sujetos que se encuentran) a través o más allá de las naciones”.

Por otra parte, como disciplina científica (o parte de la misma):

1') “Jurisprudencia nacional... estudia y debe estudiar las relaciones jurídicas (o los sujetos que se encuentran) en una nación”;

2') “Jurisprudencia internacional... estudia y debe estudiar las relaciones jurídicas (o los sujetos que se encuentran) entre dos o más naciones”;

3') “Jurisprudencia multinacional... estudia y debe estudiar las relaciones jurídicas (o los sujetos que se encuentran) en muchas naciones”; y

4') “Jurisprudencia transnacional... estudia y debe estudiar las relaciones jurídicas (o los sujetos que se encuentran) a través o más allá de las naciones”.

De tal suerte, es posible diferenciar el uso de unos y otros conceptos, a partir de la naturaleza tanto de las acciones o actores como de sus consecuencias o efectos, ya sea en: “en una nación... nacional”; “entre dos o más naciones... internacional”; “en muchas naciones... multinacional”; y “a través o más allá de las naciones... transnacional”.

Como es fácil advertir, es posible distinguir no solamente el “derecho nacional” del “internacional”, a partir de la nacionalidad o de las nacionidades de los actores y sus efectos, ya sea de o en una nación y entre o en dos o más naciones, sino también el “derecho multinacional” del “transna-

¹⁵ *Vid.* Imer B. Flores, “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, en AA.VV., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 999-1027. *Vid.* también Flores, “La definición del derecho”, *cit.* en la nota 1, pp. 71-75; y “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *cit.* en la nota 1, p. 1005.

cional”, a partir de la naturaleza de las acciones y sus consecuencias, ya sea en muchas naciones y a través o más allá de las naciones. Aun cuando todos los conceptos aluden a la nación y presuponen las fronteras nacionales, solamente el último trasciende o pretende trascender las mismas. De igual forma, los dos primeros están centrados necesariamente en los actores estatales (o en la subordinación a los mismos) en tanto que los dos últimos no lo están; es más, el “derecho multinacional” puede prescindir de los actores estatales para centrarse exclusivamente en los no-estatales, *v.gr.* las corporaciones multinacionales,¹⁶ en tanto que el “transnacional” tiene que ocuparse tanto de los actores estatales como de los no-estatales.

Al respecto es oportuno recordar que hace casi sesenta años, ante las limitaciones del concepto de “derecho internacional”, Philip C. Jessup acuñó, en 1956, el de “derecho transnacional”. En sus propias palabras: “Voy a usar, en lugar de ‘derecho internacional’, el término ‘derecho transnacional’ para incluir todo el derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales. Tanto el derecho internacional público como el privado están incluidos, como lo están otras reglas que no entran completamente en esas categorías estándar.”¹⁷ Así como, que hace unos cuantos años, Carrie Menkel-Meadow recordó que el “derecho transnacional” es el “derecho que trasciende o cruza fronteras, pero que puede no estar formalmente promulgado por los estados.”¹⁸ Por su parte, Craig Scott refrendó que es un “derecho que *no* es nacional ni internacional ni público ni privado *sino* que al mismo tiempo es tanto nacional como internacional, así como público y privado.”¹⁹ Por último, en su artículo póstumo “A New Philosophy for International Law”, Ronald Dworkin reiteró la advertencia y renovó la agenda: “El derecho internacional no podría servir los propósitos que debe

¹⁶ *Vid.* Raymond Vernon, *Sovereignty at Bay. The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, New York, Basic Books, 1971. (Hay versión en español: *La soberanía en peligro. La difusión multinacional de las empresas de Estados Unidos*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.)

¹⁷ Philip C. Jessup, *Transnational Law*, Hew Haven: Yale University Press, 1956, p. 136: “I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”

¹⁸ Carrie Menkel-Meadow, “Why and How to Study “Transnational” Law”, *University of California Irvine Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2011, p. 107: “law that transcends or crosses borders but may not be formally enacted by states.”

¹⁹ Craig Scott, ““Transnational Law” as Proto-Concept: Three Conceptions”, *German Law Journal*, Vol. 10, No. 7, 2009, p. 873: “law that is *neither* national nor international nor public nor private at the same time as being *both* national and international, as well as public and private.” (El énfasis en el original.)

servir en el mundo contemporáneo —disciplinar las amenazas de unos estados sobre otros, por ejemplo— salvo que escape la camisa de fuerza del consenso estado-por-estado.”²⁰

Como se puede apreciar, el vocablo “transnacional” es el que corresponde mejor a la voz “glocal”. Lo anterior porque como ya vimos no hay una globalización sino varias globalizaciones y como tal el fenómeno no es homogéneo sino heterogéneo, no es ortodoxo sino heterodoxo, y es tanto hegemónico como contra-hegemónico; así mismo el fenómeno no es meramente “global” ni “local” sino “glocal”. En este sentido, lo “glocal” y lo “transnacional” se diferencian de lo “global” y de lo “supranacional” porque, a diferencia de éstos, aquéllos no implican que el fenómeno se impone de-arriba-hacia-abajo ni mucho menos que está arriba, encima o sobre las naciones sino que por el contrario va tanto de-arriba-hacia-abajo como de-abajo-hacia-arriba e incluye no solamente a lo “supranacional” sino además a lo “intranacional” y a lo “subnacional”, así como actores tanto públicos como privados.²¹

Así, llegamos a las siguientes definiciones operativas, de un lado: “El derecho transnacional... regula y debe regular tanto a las acciones o actores como a las consecuencias o efectos que cruzan o trascienden las fronteras nacionales e incluyen a actores tanto estatales —incluidos intranacionales, subnacionales y supranacionales— como no-estatales”; y, del otro, “la jurisprudencia transnacional(izada) (o los estudios jurídicos transnacionales)... estuda(n) y debe(n) estudiar tanto las acciones o actores como las consecuencias o efectos que cruzan o trascienden las fronteras nacionales e incluyen a actores tanto estatales —incluidos intranacionales, subnacionales y supranacionales— como no-estatales”.

²⁰ Ronald Dworkin, “A New Philosophy for International Law”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, No. 1, 2013, p. 7: “International law could not serve the purposes it must serve in the contemporary world —disciplining the threat some states offer to others, for example— unless it escaped the straitjacket of state-by-state consent.”

²¹ Cf. Keith Culver & Michael Giudice (eds.), “Legality’s Edges: Searching for the Identity Conditions of Legal Systems in an Era of Porous Borders”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, 2008, pp. 3-183; en especial, Julie Dickson, “How Many Legal Systems?: Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations Between, Legal Systems in the European Union”, pp. 9-50, y Keith Culver & Michael Giudice, “Legal System, Legality, and the State: an Inter-Institutional Account”, pp. 85-125. Cf. también Gunther Teubner, “Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos”, Saskia Sassen, “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, y Stephen Krasner, “Globalización y soberanía”, en Gunther Teubner, Saskia Sassen y Stephen Krasner, *Estado, soberanía y globalización*, trad. Carlos Morales de Setién Ravina y Laura Saldivia, Bogotá, D.C., Siglo del hombre editores, 2010.

III. CONCLUSIÓN: HACIA UNA DERECHO “GLOCAL” O “TRANSNACIONAL” Y UNA JURISPRUDENCIA “GLOCAL(IZADA)” O “TRANSNACIONAL(IZADA)”

Antes de concluir me gustaría reiterar que no es posible caracterizar al fenómeno de la “globalización” o de la “gobernanza global” como meramente “global” y hasta “supranacional”, sino que es necesario considerar la creciente interdependencia entre lo “global” y lo “local”, *i.e.* el derecho “glocal”, así como la también creciente tendencia a cruzar o trascender las fronteras nacionales, *i.e.* el derecho “transnacional”. Y, en consecuencia, a la necesidad de desarrollar una jurisprudencia “glocal(izada)” o “transnacional(izada)”. Lo anterior con un doble objetivo:

1) Describir las tendencias actuales en el derecho que cruzan o trascienden las fronteras nacionales, tales como la práctica de citar en las cortes y tribunales nacionales decisiones de otras cortes y tribunales, ya sean nacionales, *i.e.* extranjeros, o internacionales y hasta supranacionales, incluido el diálogo entre las diferentes cortes y tribunales, así como entre legisladores, juzgadores y demás operadores jurídicos; y

2) Prescribir soluciones a los problemas jurídicos que también cruzan o trascienden las fronteras nacionales, tales como la legalización de las drogas, la mitigación del cambio climático y de la pobreza, la prevención de epidemias y hasta de pandemias, la regulación de la migración, la protección de los derechos humanos de todos y en especial de las minorías, como es el caso del reconocimiento de los matrimonios de las personas del mismo sexo, entre otros muchos más.

Cabe señalar que en este texto nos hemos centrado en la importancia de integrar las esferas “global” y “local”, en lo que hemos recaracterizado como “glocal”, para incluir todas las relaciones jurídicas que van desde lo-global-hasta-lo-local y viceversa, desde lo-local-hasta-lo-global, así como desarrollar una jurisprudencia “glocal(izada)” o “transnacional(izada)”. No obstante, también es necesario desarrollar *a la* William Twining una jurisprudencia que sea verdaderamente “general”, a partir de una jurisprudencia “comparada” e “integrada”.²²

²² *Vid.* William Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; *The Great Juristic Bazaar. Jurists’ Texts and Lawyers’ Stories*, Darmouth, Ashgate, 2002; y *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. *Vid.* también Imer B. Flores, “La cama o el lecho de Procrustes: Hacia una jurisprudencia comparada e integrada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número Conmemorativo Sexagésimo Aniversario, 2008, pp. 273-312. Cfr. Brian Tamanaha, *A Gen-*

Para finalizar me gustaría resistir las sugerencias que han formulado: de un lado, Keith Culver y Michael Giudice, en el sentido de que hay una legalidad super-estatal identificada con los normas del denominado *ius cogens*;²³ y, del otro, Armin von Bogdandy,²⁴ en el sentido de reducir el surgimiento del “nuevo derecho público”, el cual corresponde a la “globalización” o “gobernanza global”, al llamado *ius commune*, el cual parece dar lugar a una forma de “derecho público supranacional”, ya sea europeo o (latino)americano, *i.e.* regional, el cual coexiste tanto con el “derecho público nacional” como con el “derecho público internacional”, sino que se caracteriza, en mi opinión, por contener además, como hemos visto, un “derecho transnacional”.

Ciertamente, podemos hablar de un “derecho público transnacional”, en contraposición al “derecho privado transnacional”, mismo que podemos equiparar con la *lex mercatoria*. Dicho “derecho público transnacional” lo podemos identificar a partir de la práctica de las diferentes cortes y tribunales del mundo —nacionales, supranacionales e internacionales— de citar decisiones de otras cortes y tribunales, ya sean nacionales, *i.e.* extranjeros, o internacionales y hasta supranacionales, incluido el diálogo entre las diferentes cortes y tribunales, así como entre legisladores, juzgadores y demás operadores jurídicos, quienes aplican los mismos principios, tales como el de proporcionalidad, a partir de las fórmulas del balanceo, equilibrio o ponderación.²⁵

De tal suerte, constituye como lo ha señalado Jeremy Waldron²⁶ una especie de *ius gentium* moderno como derecho de gentes, pero entendido no

eral *Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, pp. 375-411.

²³ Keith Culver & Michael Giudice, “Legal System...”, cit. en la nota 21, pp. 85-125; *Legality’s Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2010; y “Making Old Questions New: Legality, Legal System, and State”, en Wil Waluchow & Stefan Sciarra (eds.), *Philosophical Foundations of The Nature of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 279-300. Cfr. Wil Waluchow, “Legality’s Frontiers”, *Transnational Legal Theory*, Vol. I, 2010, pp. 575-585.

²⁴ Vid. Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público supranacional e internacional. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

²⁵ Vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; y *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Vid. también Imer B. Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Carlos de la Torre Martínez (ed.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, pp. 263-306.

²⁶ Vid. Jeremy Waldron, “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005, pp. 129-147; y, “Partly Laws Common to all Mankind”: *Foreign Laws in American Courts*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 2012.

en su sentido de *inter-gentes*, el cual suele dar fundamento al “derecho internacional”, ya sea público o privado, sino en el de *intra-gentes*, el cual puede dar sustento a un “derecho transnacional”, tanto público como privado. En consecuencia, consideramos que el “nuevo derecho público” integra —y debe integrar— todas las esferas intranacional, subnacional, nacional, supranacional, transnacional e internacional, sin olvidar que compara —y debe comparar— todas las esferas entre sí.²⁷

Es más, como se pueden imaginar, en lo personal, estoy inclinado a hablar inclusive de un “nuevo derecho” sin tener que caracterizarlo como “público”, pues de alguna forma el tiempo le vino a dar la razón a Hans Kelsen, respecto a la unidad del derecho y del método jurídico. El jurista vienes, a pesar de que tendía a equiparar el derecho y el Estado, y como tal no sólo a concluir que todo el derecho es público sino también a reducir el derecho al derecho estatal o al nacional, no dejó de reconocer la existencia —o al menos la posibilidad— de un derecho internacional, supranacional y hasta transnacional.²⁸

Por último, habría que decir que lo que hace a la “nuevo derecho” no es que haya uniformidad en torno al denominado “derecho duro” (*i.e.* “hard law”) sino que el llamado “derecho suave” (*i.e.* “soft law”) es compartido por casi todas las gentes más allá de las naciones y que como tal cruza o trasciende las fronteras nacionales y, en consecuencia, al derecho estatal.²⁹ Tal y como lo consagró el emperador Justiniano en sus *Institutas*:³⁰

Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte es propio, y en parte común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se lo llama derecho civil [*ius civile*]; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres y se observa en casi todos los pueblos se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones [*ius gentium*].

²⁷ *Vid.* Flores, “La cama o el lecho de Procrustes...”, *cit.* en la nota 22, pp. 273-312.

²⁸ *Cfr.* Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y el Estado*, trad. Eduardo García Márquez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949, y *Teoría pura del derecho*, 2^a ed., trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986; y, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, y *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echavarri, Buenos Aires, Losada, 1946.

²⁹ *Vid.* Dworkin, “A New Philosophy for International Law”, *cit.* en la nota 20, pp. 2-30. *Vid.* también Ronald Dworkin, “From *Justice in Robes* to *Justice for Hedgehogs*”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 9, 2015 (en prensa).

³⁰ Justiniano, *Institutas*, Libro I, Título II.

ORDEN PENAL, GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA¹

Sergio GARCÍA RAMÍREZ²

1. La relación entre orden penal —o bien, justicia penal—, globalización o mundialización (que aquí empleo como términos sinónimos, más allá de matices y diferencias relativas) y gobernanza, así como el examen de cada uno de estos conceptos, figuran con fuerza e importancia crecientes en la más relevante agenda de nuestro tiempo: ocupan y preocupan a esta generación y contribuyen al diseño de políticas y al cumplimiento de tareas que anticipan el porvenir.

En consecuencia, aquellos son temas principales para la reflexión del estadista, el estudioso de los fenómenos sociales y políticos —especialmente las relaciones del poder y la economía—, el jurista que pretende disciplinar el comportamiento al Derecho propio de una sociedad democrática, y el ciudadano común —una categoría en la que nos reencontramos— que quiere vivir en paz y no lo consigue.

Estas cuestiones han alcanzado notoriedad y trascendencia bajo el impulso de diversos hechos y procesos en marcha, que es indispensable reconocer y ponderar. En esta relación figuran la nueva inserción de México en el mundo, “a tambor batiente”; el auge de la criminalidad, que previeron los estudiosos de estos temas, a partir de antiguas circunstancias³, que ciertamente nos acompañaron en el turbulento siglo XIX⁴ y que hoy ofrece nue-

¹ Síntesis de la intervención del autor en el *Seminario sobre Gobernanza Global y Cambio Estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 7 de febrero de 2014. Reelaborado con base en las notas utilizadas para esa intervención, con la colaboración de Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, asistente de investigación.

² Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

³ Cf. Niceforo, Alfredo, *La transformación del delito en la sociedad moderna*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1902, pp. 135 y ss.

⁴ Cf. Marroqui, José María, *La ciudad de México*, México, Jesús Medina Editor, 1969, t. I, pp. 104-105.

vas modalidades e impresionante desmesura; y la crisis manifiesta en el ámbito de la seguridad pública —es decir, la inseguridad dominante—, que es también y sobre todo seguridad privada o personal, en tanto la vida de cada ciudadano discurre y padece en un contexto de incertidumbre y violencia.

2. De ahí la pertinencia de llevar a cabo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México el coloquio al que corresponden estas notas, una reunión académica de amplio espectro, que transita en un camino abierto antes de ahora por otros foros académicos y políticos que pusieron el acento en diversas vertientes de la globalidad y la criminalidad, con participación de catedráticos e investigadores mexicanos y extranjeros para el análisis del tema que ahora nos convoca. Mencionaré algunos ejemplos de este interés compartido en encuentros realizados en nuestro país durante los últimos años.

3. El *Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal. Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, celebrado en 2003 bajo la coordinación del profesor Moisés Moreno, planteó inquietudes que se mantienen vigentes⁵.

El relator general del Congreso, maestro Rodolfo Félix Cárdenas, propuso un resumen aleccionador sobre ciertos dilemas —y sus posibles soluciones— en el ámbito de la democracia y la reacción pública frente a la delincuencia: “entre los expositores (...) prevaleció, no obstante el innegable proceso de globalización y de internacionalización del delito y del Derecho penal, la idea de fortalecer la vigencia de los criterios y principios de corte democrático, pues son los que pueden permitir, de alguna manera, frenar el cada vez más exagerado expansionismo del Derecho penal y, consecuentemente, llevarnos a una limitación del *ius puniendi* y del *ius poenale* y al reconocimiento de un ámbito mayor de los derechos humanos”⁶.

4. En el Congreso *Hacia la unificación del Derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, promovido por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y el Instituto Max Planck —Méjico, noviembre de 2004—, la profesora Mireille Delmas-Marty, sostenedora del orden penal y la política criminal respetuosos de los derechos humanos, advirtió: no podríamos pronunciarnos en favor o en contra de la globalización, que constituye un hecho inevitable, sino destacar ciertas interrogantes cuya respuesta apremia.

⁵ Cfr. Varios, *Globalización e internacionalización del derecho penal: implicaciones político-criminales y dogmáticas: tercer congreso internacional de derecho penal*, Moisés Moreno Hernández (coord.), Méjico, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, pp. 369 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 479.

Las preguntas que debemos formular y responder en este ámbito tienen que ver con los modelos y las consecuencias de esa globalización, tanto la que ya tenemos a la vista como la que pretendemos alentar y orientar. Aquellas cuestiones, señaló la ilustre jurista, son: “¿cómo hacer para que su funcionamiento (de la globalización) sea correcto? ¿cómo evitar los efectos negativos que pudiera tener? ¿cómo evitar fortalecer la represión sin, por el contrario, proteger a los delincuentes? y ¿cómo evitar la desorganización de los sistemas actuales?”⁷

5. Añadamos las *XIV Jornadas sobre Justicia Penal* —dentro de un programa del Instituto de Investigaciones Jurídicas que alcanza ya tres lustros de empeñosa continuidad—, en noviembre de 2013, destinadas a examinar el impacto de los criterios y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos sobre el régimen penal mexicano. Las Jornadas pusieron de manifiesto, por esta vía, la presencia de las cuestiones criminales y las soluciones político-jurídicas adoptadas en el subcontinente latinoamericano, recinto de una regionalización en la que estamos inmersos⁸.

6. En la preparación del encuentro en el que ahora participamos, el coordinador general, profesor José María Serna de la Garza, suscitó temashoguía y puso sobre la mesa algunos trabajos orientadores que contienen una visión —y una versión— contemporánea y presagiosa acerca de los temas previstos para el encuentro, entre ellos los concernientes al orden penal. Me satisface que así haya sido y que los constitucionalistas de hoy, siguiendo a muchos de sus antecesores del pretérito cercano, hayan vuelto la mirada hacia el Derecho penal —o mejor aún: hacia el sistema o la justicia de esta especialidad—, quizás porque éste es un dato vertebral de todo el orden constitucional, que aquí se pone a prueba, si recordamos la lúcida expresión de Mariano Otero, en el corazón del siglo XX: “la legislación criminal es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”⁹.

No dejaré de observar que este renovado interés permite, en justa correspondencia, que los penalistas incursionen en los temas constitucionales y se pregunten si la ley fundamental —como la hemos construido o la esta-

⁷ Cf. Delmas- Marty, Mireille, “Integración de la Unión Europea”, en Varios, *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación legislativa en México y en el mundo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut, 2006, p. 856.

⁸ Cf. Varios, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Influencia y repercusión en la justicia penal*, Sergio García Ramírez y Olga González de Mariscal (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en prensa.

⁹ Otero, Mariano, *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

mos “reconstruyendo”, con notoria celeridad—propicia de veras y en serio la justicia penal: ¿lo hace la “ambigua reforma penal constitucional” de 2008, fruto de transacciones entre corrientes democráticas y autoritarias?¹⁰

7. Serna de la Garza emprendió estas oportunas incitaciones sobre globalización y Derecho penal con la misma pregunta crucial que los juristas demócratas (y también los otros) se hacen constantemente: “¿existen procesos asociados a la globalización y la gobernanza global, que contribuyan a que el derecho penal se aleje de los principios jurídico-penales garantistas?”¹¹.

La respuesta es rotundamente afirmativa, aunque desde luego requiere un amplio y puntual desarrollo, si nos atenemos a las lúcidas exposiciones—sobre las que adelante volveremos—de los profesores Joachim Vogel —cuyo reciente fallecimiento hemos deplorado—, Luigi Ferrajoli y Daniel Erbetta, algunos de cuyos textos formaron parte del material de trabajo distribuido entre los participantes en el coloquio. Aquí abundan, desde luego, las afirmaciones y las negaciones rotundas, las conclusiones contrapuestas, las realidades diversas: en todo caso existe un territorio heterogéneo, con luces y sombras que disputan.

Por otra parte —conviene subrayarlo— estos temas han sido estudiados y diagnosticados primordialmente en Europa y América, cuyos conceptos atraemos y compartimos. Las perspectivas dominantes son, pues, europeas y americanas. Está pendiente —al menos en una medida apreciable— la inserción de otros continentes en este debate, aunque no lo esté su incorporación a los problemas de la criminalidad global.

8. Dos palabras indispensables sobre orden penal: función, cambios y decisiones; orden penal que prefiguró, a través de las novedades aportadas en los siglos XVII y XVIII —observa Ferrajoli—, algunos datos esenciales del inminente Estado de Derecho¹². Hoy, ese orden es el instrumento radical de la globalización y pretende serlo de la gobernanza que ese proceso apareja. Tiene ese carácter radical en virtud de que constituye, como se ha dicho siempre —y ahora se subraya— el medio más severo —aunque no

¹⁰ Cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ta. ed., Porrúa, 2010, pp. 3 y ss.

¹¹ Documento de trabajo interno dispuesto por el doctor José María Serna de la Garza para la preparación del *Seminario sobre Gobernanza Global y Cambio Estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, al que corresponde el presente artículo.

¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ra. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Madrid, Trotta, 1998, p. 24.

necesariamente el más eficaz— del control social. En este sentido es un dato descollante de la gobernanza en todas sus dimensiones, interconectadas: nacional, regional y mundial.

En nuestras deliberaciones preparatorias de este encuentro se hizo ver —en este sentido militó la opinión del profesor Jorge Witker— que ese orden punitivo no se nutre de sí mismo; es el producto, como el Derecho en su conjunto, de una serie de factores que tienen su origen y toman sus características de otros espacios de la vida social, al que luego se conformará el sistema penal, que también actuará sobre aquéllos, potenciando sus rasgos.

9. Hablamos de gobernanza y, por ende, de gobernabilidad. A este respecto es indispensable formular algunas precisiones para no incurrir en equívocos que conduzcan a conclusiones y reacciones erróneas, como ha pasado con cierta frecuencia. La reflexión y la revisión en torno a la gobernanza deben servir al objetivo de ésta, es decir, proveer respuestas a los requerimientos del presente, sin perder de vista la influencia de tales respuestas para la construcción del futuro.

La gobernabilidad, en fin de cuentas, supone respuestas idóneas, suficientes, oportunas para las demandas que plantea una gobernanza racional¹³: el “martillo” —es decir, el aparato penal— no es por sí mismo el mejor instrumento, ni en función de su legitimidad ni en virtud de su eficacia. Esta idea se localiza, desde siempre, en la frontera entre la democracia y el autoritarismo: figuró entre los supuestos explorados por un fundador ilustre de la moderna política criminal, César Beccaria¹⁴.

10. Para precisar el marco, el contenido y el rumbo de la globalización vinculada al orden penal y a la gobernanza general o regional, es indispensable recordar que asistimos a un amplio número de transformaciones y relevos paulatinos, que son determinantes del gran giro que experimenta nuestra existencia y particularmente las condiciones de vida en México.

Se trata de un cambio, relevo o incremento de intereses y bienes sujetos a protección. La tutela penal representa el espacio más fuertemente influido y orientado por el interés público, que es el orden primario de la sociedad y del Estado, en el que se refugian la vocación y la misión de una y otro. En

¹³ Cf. Garretón, Roberto, “Justicia y gobernabilidad”, en Varios, *¿Cómo hacer justicia en democracia? Segundo encuentro internacional de magistrados y juristas*, Santiago de Chile, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1989, p. 78.

¹⁴ Cf. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas. Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774*, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez, 1ra. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 238 y ss.

este ámbito, a diferencia de otras dimensiones de la tutela jurídica, el interés privado tiene menor presencia y exigencia, en términos relativos.

En ese proceso de cambio se produce una variación de contenidos y métodos de protección, con lo que ello implica cuando se trata de la vertiente más enérgica, incisiva, poderosa, de la tutela pública. Ahí mismo opera la variación en el catálogo de las conductas absolutamente inadmisibles y punibles con máxima energía, según el discurso político en constante transición: es el territorio en el que se actualiza, con máxima intensidad, el monopolio weberiano de la violencia¹⁵.

Por supuesto, cambian las figuras en la escena, protagonistas y destinatarios de la infracción y de la coerción, o víctimas de la conducta ilícita. Además, comparecen nuevos personajes que producen, a su manera, la redistribución nacional y mundial del poder: influyentes promotores de tipos y sanciones emergentes; personajes que ganan batallas sin armadas; ejércitos de opinión que gobernan asambleas y determinan soluciones. Es el caso de las organizaciones no gubernamentales, que han adquirido potencia notable¹⁶. En contrapartida, se advierte un retramiento relativo del Estado soberano, que tuvo su nicho excluyente y natural en el sistema punitivo. Ahora, el orden penal dispersa las fronteras y abandona la territorialidad que constituyó uno de sus principios fundamentales.

11. La idea y la práctica del sistema penal globalizado, con enfático enunciado y rasgos destacados, admite matices y relativismos; lo general puede ceder ante irresistibles exigencias particulares. Hay “globalidades que no lo son tanto”: círculos concéntricos de diámetro diverso; p. ej., el llamado “espacio judicial europeo”, que propone y dispone sus propias reglas. Recuérdese la observación de John A. E. Vervaele: “La necesidad de reconceptualizar el derecho penal en el espacio europeo es real”. Éste necesita “una protección penal de bienes jurídicos traspasando la noción de Estado-nación y su *jus puniendo*”¹⁷.

¹⁵ Cfr. Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2da. ed., 1ra. reim., trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Márquez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 1056.

¹⁶ Cfr. Delmas-Marty, Mireille, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours: La refondation des pouvoirs*, página http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/resumes.htm.

¹⁷ Cfr. Vervaele, John A. E., *El derecho penal europeo. Del derecho penal económico y financiero a un derecho penal federal*, trad. de Isidoro Blanco Cordero, Joxerramon Bengoetxea Caballero, Ana San Miguel, Jacobo López Barja de Quiroga, Alejandro González Gómez Emmanuel Roa Ortiz y María Luisa Silva Castaño, Lima, IBIJUS, 2006, p. 339.

12. En diversas oportunidades me he referido, y procede insistir, a viejas y oportunas —entonces y ahora— previsiones criminológicas, con buen cimiento y notorio desarrollo en el curso del último siglo, que sugieren desenvolvimientos diligentes, en la misma o semejante dirección a la que han operado hasta hoy¹⁸.

El fantasma que recorría el mundo en 1847¹⁹ dejó de cabalgar; fue relevado por otro jinete: el crimen, cuya renovada presencia en la escena pone a prueba toda la construcción establecida a lo largo del mismo siglo para contener y reducir la delincuencia en el escenario occidental: quedan a prueba convicciones, instituciones, regulación jurídica, promesas y compromisos éticos y políticos en esta región del planeta, que se ha ufanoado al enarbolar, con aire hegemónico, las banderas del progreso.

13. Varió la fenomenología criminal: tanto la denominada tradicional, convencional —que se cifró en crímenes “naturales”²⁰— como la que ahora solemos llamar evolucionada, moderna, organizada. Ambas se transformaron al empuje de la evolución social y las novedades que la caracterizan en el campo de las relaciones —en constante movimiento— de conocimiento, comunicación y poder, relaciones que se vuelcan sobre el mundo, sus regiones y sus naciones.

Han aparecido y “florecido” ciertas expresiones de una criminalidad particularmente cruenta, que deriva de lo que Vargas Llosa llamó, al explicar la génesis de una de sus novelas —*Lituma en los Andes*— el producto de “viejos demonios empozados que de pronto resucitan”, paralelamente al desplome de la legalidad²¹. No pareció que esto ocurriría cuando la criminología italiana previó, en el tránsito entre dos siglos, la decadencia del crimen violento, muscular, y el auge del crimen astuto, cerebral. Ambos concurren en el diseño de la nueva criminalidad universal y regional.

Por otro lado, también se ha conservado —advierte Zaffaroni— la tentación del Estado de policía, recuperador del orden público y de la seguridad general; Estado que vela, en busca del retorno²², tras el desencanto por

¹⁸ Cfr. García Ramírez, *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989, pp. 13 y ss.

¹⁹ Cfr. Marx, K. y Engels,F., *Manifiesto del Partido Comunista*, Marx-Engels Internet Archive, 1848, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>

²⁰ Cfr. Garofalo, Rafael, *La criminología*, trad. de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro, 1912, pp. 9 y 37.

²¹ Cfr. Alatriste, Sealtiel, “Verdades profundas a través de la ficción”, *Revista de la Universidad de México*, nueva época, noviembre 2010, núm. 81, <http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/8110/alatriste/81alatriste03.html>

²² Cfr. Zaffaroni, Raúl, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, Varios, *La justicia como garante de los derechos*

el Estado de Derecho y las frustraciones de la democracia, punto al que me referiré de nuevo en el curso de estos comentarios.

14. Mudan los actores y las víctimas. Del delito *intuitu personae* pasamos al crimen que consuman corporaciones criminales, indiferentes y neutrales, con los rasgos de difusión y anonimato que impone el mercado. A éste acude un ejército de operarios y sicarios. En el mundo global —la aldea de nuestro tiempo— se ha marchado de la participación delictuosa tradicional, que pudo ser belicosa y tumultuosa, a la sociedad criminal, organización empresarial del delito, cuya presencia, cada vez más acentuada y evidente, puebla de tipos y reglas procesales los ordenamientos penales modernos²³. En este paisaje también se plantea —aunque para otros fines— el copioso universo de quienes viven del delito: sea para cometerlo, sea para combatirlo, universo descrito por Elías Neuman²⁴.

En este punto debemos detenernos en la reflexión de Ferrajoli acerca de la criminalidad que amenaza con mayor capacidad de intimidación y lesión: criminalidad del poder, en la que figuran tres expresiones “mancomunadas por su carácter de criminalidad organizada”. No están aisladas entre sí; constituyen “mundos entrelazados” merced a reciprocas complicidades e instrumentalizaciones: poderes criminales (terrorismo y mafias), poderes económicos y poderes públicos²⁵.

15. La mudanza que se presenta en el ámbito de los victimarios se presenta también en el de las víctimas, donde prevalece una creciente dispersión. Como en la operación del mercado, aquí es irrelevante la identidad del sujeto. El tránsito sigue la misma dirección que señalamos en las líneas precedentes al referirnos a los agentes del crimen: del individuo a la humanidad; ésta es, por cierto, un personaje novedoso en el régimen penal de la sociedad universal; figura entre las aportaciones del Derecho penal internacional, que convoca a la humanidad²⁶ —ya no sólo a ciertas personas o a determinados grupos, pueblos o naciones— como sujeto pasivo del delito.

humanos: la independencia del juez, San José, Costa Rica, Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 15.

²³ Cfr. García Ramírez, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4ta. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2005, pp. 74 y ss.

²⁴ Cfr. Neuman, *Los que viven del delito y los otros*, México, Siglo XXI Editores, 1992.

²⁵ Cfr. Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, *Iter Criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, tercera época, núm. 1, agosto-septiembre 2003, pp. 74-77.

²⁶ Cfr. Salas, Gustavo, *Delitos contra la humanidad*, México, Porrúa, 2012, pp. 157 y ss.

16. A media vía entre el hemisferio de los actores y el de los destinatarios se halla una categoría fronteriza: los enemigos, que adquieren identidad bajo la sombra de ciertos conceptos que gobiernan el antagonismo, la incriminación y la reacción político-criminal: los “otros”, los ajenos, los diferentes, los discrepantes, los peligrosos. La referencia a estos sujetos se asocia a la enseñanza de Günther Jakobs; empero, se trata de un antiguo patrón manejado por muchos autores, de tiempo atrás; en este sentido, el propio Jakobs recuerda a Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant²⁷.

El Derecho penal del ciudadano —el orden penal común, el más sabido, aceptado, acogido por la evolución liberal y democrática de la justicia penal a partir del siglo XVIII— entra en contraste con el Derecho penal del enemigo. Aquél “es el Derecho de todos”; el segundo, del enemigo, “es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.” La medida ejecutada contra el enemigo únicamente coacciona. “El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el (...) del enemigo (en sentido amplio, incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros”²⁸.

Llama la atención el interés y la vigencia de este concepto en el discurso contemporáneo y en la legislación que lo asume, en franca oposición con la corriente democrática que pareció gobernar la escena penal al término del siglo XX. El reproche a la doctrina del enemigo en el Derecho penal no siempre cala en los hechos: los hechos de la normativa y la política criminal en un ámbito que supusimos globalizado al amparo de la democracia y los derechos humanos.

17. Veamos otra dimensión del crimen en este tiempo: delito trascendente, en el sentido de que transita, influye, actúa, se dispersa por encima de los espacios reducidos en los que pareció confinado; digamos que pasa del hogar —el *domus* criminal— al mundo. Lo hace mediante complejos medios de comunicación: de ideas, disposiciones, personas, bienes. Se expande a través de un tránsito múltiple e imagotable: tanto, como “la redondez del mundo”, si se permite la figura, donde se dan la mano la globalidad geográfica y la globalidad criminal.

18. El orden penal es un sistema de tutela extrema de bienes jurídicos —como antes dijimos: la coacción más enérgica, que arrebata o comprime todos los bienes del agente, inclusive, en su caso, la vida—. En la sociedad

²⁷ Cf. Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel, *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, trad. de Manuel Cancio Meliá, *Laudatio* de Carlos Daza Gómez, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, pp. 23, 28-29.

²⁸ *Idem.*

democrática vienen a la escena los bienes reconocidos en la constitución (legal y legítima)²⁹; ahora, también y no menos, los respetados y garantizados por la preceptiva internacional de los derechos humanos. Bienes jurídicos estrictos y difusos, como los intereses y los derechos que se pretende amparar a través de la conminación penal. Bienes que tutelan intereses tradicionales, pero igualmente —hoy mismo— bienes que preservan intereses supranacionales. De éstos se ocupa, al igual que de aquéllos, y quizás más, el orden penal de la globalización, para asegurar, desde su perspectiva, la gobernanza eficaz.

19. El orden penal en el tiempo de la globalización trae consigo una revisión de “reglas de juego”, que había iniciado en la etapa anterior del desarrollo criminal y de las correspondientes respuestas públicas. Hubo deslinde —al menos en la hipótesis más difundida— y hay confusión —al menos en la fenomenología más inquietante, que aparece en los procesos de la mundialización. Esto atañe a la relación entre los agentes formales del poder constituido (el Estado mismo) y los agentes del delito (el delincuente y la sociedad criminal).

Si el Estado reconocido, el Estado pretendido por los documentos fundacionales de la edad moderna al cabo del siglo XVIII —al servicio de los derechos humanos³⁰ y su acompañante natural: la democracia— pretende asumir el poder en plenitud, disponer de todas sus expresiones, conducir a la sociedad y asegurar valores, principios y reglas en las que nominalmente se funda, el actor del delito maneja la misma pretensión. Lo ha hecho desde hace algún tiempo: señorear el territorio, asumir la atribución y gobernar a la población, así sea en la penumbra, en la “extraoficialidad”.

De ahí el impacto que el crimen se propone tener —hablo del crimen mejor “concebido”, “desarrollado”, “apetecido” por los nuevos agentes criminales, consecuente con las exigencias y las posibilidades, las vías y los destinos de la globalidad— sobre todos los espacios de la vida social, política y económica: subordinando o suplantando al Estado “regular” bajo otro con-

²⁹ Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, BOSCH, Barcelona, 1981, vol. 1, pp. 9 y ss. “El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo.” *Ibid.* Las constituciones de la segunda posguerra han elaborado un código de valores que figuran como límites al *jus puniendi*. “Si el sistema penal está vinculado a la protección de intereses relevantes por exigencia constitucional, dichos intereses han de tener necesariamente un reconocimiento —más o menos explícito— en la propia Constitución.” García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 43 y ss.

³⁰ Cfr. Declaración de Independencia de Estados Unidos, Virginia, 1776, y Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, París, 1789.

cepto de “regularidad”. No aspira solamente a “coptar” al poder —que es un viejo y belicoso designio—, sino a derrotarlo en toda la línea, relevándolo por el Estado fallido³¹, primero, y luego por el Estado criminal: ser, pues, Estado³². He aquí una nueva arena para el encuentro entre la sociedad y el delito, y entre aquélla, el delincuente y los instrumentos nacionales y supranacionales de combate a la criminalidad.

20. Un dato descollante del crimen en el proceso de globalización, si aludimos a sus expresiones de mayor enjundia, es el amplio arsenal del que se vale, al que de alguna manera aludimos al referirnos a la fenomenología criminal. En ese copioso arsenal, no menos dotado —y mucho menos regulado— que el equipamiento formal del poder político, figuran todas las expresiones —las que sean necesarias, sin transparencia ni rendición de cuentas— de la violencia, el ingenio, la ciencia, la tecnología.

Caben cualesquiera injerencias —como también las reclama el Estado, por instinto y bajo regla de legitimidad y eficacia— sobre las comunicaciones y los medios y mecanismos de intervención en la vida individual y colectiva. La globalización destaca los datos de riesgo —sociedad de riesgo³³— y conocimiento —sociedad de observación: otro tanto reclaman, para sus propios frentes de batalla, el crimen y el Estado que lo combaten.

21. No pretendo agotar el catálogo de rasgos que caracterizan la “obra criminal” y la “respuesta política y jurídica” en el tiempo de la más intensa globalización que hemos conocido. Pero la relación carecería de uno de sus datos más relevantes si no incluyésemos la rentabilidad del crimen en la sociedad global: montaña con la que tropiezan las mejores voluntades.

Esa gigantesca rentabilidad —que ha suscitado reacciones estatales e internacionales muy enérgicas, imaginativas e invariablemente arriesgadas para la preservación de los mismos bienes que se propone defender— proviene de varios factores. El crimen que ahora examinamos opera en mercados de colosal oferta y demanda, que alimentan la inversión y el rendimiento: drogas, armas, personas. Invade el *market system* y se vale de sus ventajas.

Aunque el tráfico característico de estas transacciones y sus variadas implicaciones puede —y debe— atender a determinadas reglas exigentes —que traen consigo su propio caudal de costos—, existe un amplio espacio de desregulación que multiplica la “cosecha”³⁴. Finalmente, la impunidad

³¹ Cf. Chomsky, Noam, *Failed States: The Abuse of Power and the Assault on Democracy*, New York, Owl Book, 2006, pp. 1-2.

³² Cf. García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, op. cit., pp. 8 y ss.

³³ Cf. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 1986.

³⁴ Cf. Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, *Iter Criminis...*, op. cit., p. 74.

—un fenómeno perfectamente conocido en México³⁵, pero también donde-quiera— abate los costos e incrementa el provecho. De ahí la expresión en-fática, que no resulta excesiva: “el monto de las ganancias es verdaderamen-te inverosímil”³⁶. Nunca antes lo fue en semejante medida. Jamás penetró con tanta profundidad y caudaloso beneficio el “mundo de los negocios”.

22. Hay diversas vías para abordar el papel de orden penal y su desarro-llo y desempeño en la sociedad moderna. Es un orden en proceso de cons-trucción, impulsado por una dialéctica inagotable, que registra necesidades, asume novedades y aporta soluciones de distintos género y calado. Una de esas vías plantea el examen de esta materia a través de lo que he denomina-do las decisiones (políticas) penales fundamentales³⁷, un concepto semejante —en su propio espacio— al de las decisiones políticas fundamentales que caracterizan a la Constitución, en términos de Carl Schmitt³⁸.

La globalización trasladada al ámbito penal corre por las venas de aquellas decisiones: papel de la justicia penal, formulación de tipos penales (mayor o menor rigor, admisión de nuevos bienes tutelables, anticipación del ejercicio persecutorio: admisión de la *conspiracy*, que adelanta la resپuesta penal; así, el pensamiento sí delinque); diversos conceptos acerca del de-lincuente, sea el infractor, sea el peligroso: derecho de conducta o de autor, con acento en éste para garantizar la gobernanza en la globalidad; elabo-ración de las consecuencias jurídicas: penas y medidas atentas a la lesión o al peligro: su papel, su sentido, su intensidad (incluso la “densidad” de la intervención penal en la esfera de la intimidad); sistemas de enjuiciamiento, con prevalencia de los derechos y las libertades a preservar o de las potesta-des públicas a desplegar.

Estos extremos, que se nutren de grandes decisiones políticas y perfilan, a su turno, las decisiones penales fundamentales, así como sus correspon-dientes tensiones y antinomias, se hallan en el centro del debate actual sobre los aciertos y los errores, los avances y los retrocesos, las promesas y las ame-nazas, pero sobre todo las necesidades y las demandas que la globalización

³⁵ Cf. Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica/Centro de Investigación para el Desarrollo, 2004, pp. 155 y ss.

³⁶ Cf. Rodríguez Manzanera, Luis, “Internacionalización del crimen y política criminológi-ca”, en Varios, *Globalización e internacionalización del Derecho penal...*, op. cit. p. 24.

³⁷ Cf. García Ramírez, “Panorama de la justicia penal”, en Varios, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 717-718.

³⁸ Cf. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952, pp. 259 y ss.

y la gobernanza plantean al orden penal nacional y mundial, éste con fuerte presión sobre aquél, a menudo irresistible y victoriosa.

23. Los hechos que presenciamos, los que llaman a la puerta y ponen sitio a la confiada muralla de la democracia, obligan a revisar el panorama de nuestros haberes históricos. Hubo, antes de ahora, un prodigioso trabajo de globalización en favor de los derechos y la democracia; globalización del patrimonio ético y político; herencia liberal de Occidente, obra de los reformadores, con las aportaciones del garantismo y la centralidad del ser humano; Constitución antropocéntrica, en palabra de Häberle³⁹; principios rectores: *pro homine* o *pro persona*, en beneficio del autor y de la víctima del delito, y acaso sobre todo en favor histórico de aquél, generalmente victimizado por la exacerbación del crimen y la consecuente radicalización del tipo, la pena y el proceso.

24. En esta tendencia se inscribió el Derecho penal mínimo construido en el curso de dos siglos laboriosos, con paréntesis oscuros, que pretendieron reiniciar la historia del orden penal y establecer una renovada “globalidad autoritaria”, como destacó Juan Carlos Ferré en una reciente conferencia en el Instituto Nacional de Ciencias Penales⁴⁰, invocando datos de su investigación y comentarios de Muñoz Conde, reexaminando los “pasos penales” de Alemania, Italia, España y Portugal, hace tres cuartos de siglo.

Sucede que el Derecho penal mínimo que planteó Beccaria en el teorema final de su libro revolucionario⁴¹ y que supusimos firmemente establecido a través del penalismo democrático, se halla sujeto a presiones y amenazado por severos padecimientos. Hay diagnósticos sombríos, como el que formula Ferrajoli cuando interroga acerca del balance de la función penal en esta hora y responde: es “decididamente negativo”; añade: “El resultado de esta bancarrota es un Derecho penal máximo”⁴².

Existen, pues, una expectativa y una confianza crecientes en la política de “mano dura”, que trae consigo un Derecho penal máximo en el que proliferan los tipos penales, se multiplican las penas desmesuradas —como

³⁹ Cfr. Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 3, 115.

⁴⁰ Conferencia dictada bajo el título “Quien no conoce el pasado está obligado a repetirlo: los oscuros orígenes de la ciencia del Derecho penal”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 6 de febrero de 2014, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/lososcurosor%C3%ADgenes.pdf>

⁴¹ Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas...*, op. cit., p. 323.

⁴² Cfr. Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, *Iter Criminis...* op. cit., p. 79.

hemos visto recientemente en México, pese al nominal abandono de la “prisión vitalicia”⁴³ — y se bifurca la ruta del proceso: dos sistemas, uno de plenas (o casi) garantías; otro de garantías reducidas para “ciertos casos excepcionales”, a reserva de que la excepción, en manos del legisladores secundarios, constituya regla⁴⁴. Bifurcación “pactada”, “negociada” entre corrientes instaladas en cimientos incompatibles, que “convienen” pragmáticamente, sin embargo, a la hora de acuñar desembocaduras legislativas. Lo hemos visto en la reforma constitucional de 2008, precedida por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, prohijada por ciertas “novedades” producidas por la globalización en otros espacios de nuestro mundo⁴⁵.

25. En los documentos distribuidos para preparar el *Seminario sobre Gobernanza Global y Cambio Estructural*, al que concurrió con algunos comentarios acerca de la dimensión penal de esa gobernanza y de ese cambio —cuya síntesis se recoge en este texto—, figuró una competente expresión de Daniel Erbetta, que puso en pocas palabras muchas acechanzas y no pocas realidades. La crisis del Derecho penal postmoderno “derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal (...) se refleja en el crecimiento y aumento de los tipos penales, en el endurecimiento de las penas, en la creación de nuevos bienes jurídicos, en la ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevantes, en la flexibilización de las reglas de imputación del Derecho procesal penal, en la internacionalización del Derecho penal y en la relativización de los principios político criminales de garantía”⁴⁶.

26. Sumemos otros datos de nuestras horas. Uno, los que plantea el maniqueísmo generalizado: el choque de globalidades irreconciliables, reaccio-

⁴³ El 3 de junio de 2014 se publicó una reforma al artículo 11 de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, en la que se dispuso que si la víctima de secuestro es privada de la vida, los autores o partícipes del mismo serán sancionados con hasta ciento cuarenta años de prisión. *Cfr.* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSD_MS_030614.pdf

⁴⁴ *Cfr.* García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

⁴⁵ *Cfr.* Andrade, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación/Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Senado de la República. LVI Legislatura, 1997.

⁴⁶ Erbetta, Daniel, “Postmodernidad y globalización: ¿hacia dónde va el Derecho penal?”, en Varios, *Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau (directores), Carlos A. Hernández (coord.), Argentina, La Ley, 2005, p. 79.

nes contra el imperio del mal en diversas versiones; las hay legítimas, como las que abastecen los mejores extremos del Derecho penal internacional; y arbitrarias, como las que se traducen en una suerte de guerra entre civilizaciones —a la que alude Huntington⁴⁷ y que se halla a la vista, con infinito estrépito— y en una “guantanamización” de la justicia penal.

Además, reconocamos la misión “preventiva” que se quiere asignar al sistema penal, en un sentido distinto al que acogió el tradicional cometido de prevención general. Esta otra “presentación” preventiva sirve a las angustias que plantea la sociedad de riesgo a la que se ha referido Ulrich Beck; angustias que patrocinan o auguran la flexibilización en las categorías dogmáticas tradicionales. La sociedad de riesgo destaca el papel preventivo del Derecho penal y coloca a “los delitos de peligro abstracto en el ojo del huracán de la moderna polémica sobre el Derecho penal de riesgo”, escribe José Cerezo Mir⁴⁸.

A esa preocupación por el riesgo —que ciertamente existe— agreguemos el nuevo papel de la “observación”; los ojos del hermano grande o el hermano menudo, en el gran panóptico de la existencia: sociedad de observadores, vigilantes, denunciantes, colaboradores, a los que se excita con amenazas punitivas o beneficios sustantivos y procesales.

Todo ello reorienta, como inequívoca consecuencia, la acción del Estado. Aquí se plantean algunas paradojas, todas presentes en el orden penal de la sociedad global: en un extremo, disminuye el poder de las naciones-Estado, en favor de la pujanza regional o mundial; en el otro, crece la demanda individual —y social— de protección, que reclama del Estado acciones energéticas y eficientes: mano firme, mano “dura”. En palabras de Ulrich Sieber: “por un lado los nuevos riesgos mundiales disminuyen el poder de las naciones-Estado para evitar y perseguir la delincuencia. Por otro lado, los nuevos riesgos mundiales generan, al mismo tiempo, mayores demandas de protección por parte de los ciudadanos”, compatibles con un Estado fuerte, “sobre todo por medio del Derecho penal”⁴⁹.

27. La interdependencia, el flujo de las comunicaciones, la conexión creciente entre los Estados y los pueblos, que han generado puentes para

⁴⁷ Cf. Huntington, Samuel, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, 2da. reimpr., España, Paidós, 1998, pp. 1 y ss.

⁴⁸ “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, 2^a. época, núm. 10, 2002, p. 54.

⁴⁹ “Unificación, armonización y cooperación: a la búsqueda de soluciones para los sistemas penales federales y supranacionales”, en Varios, *Hacia la unificación del Derecho penal...*, op. cit., p. 10.

el tránsito de la globalización, también han multiplicado, obviamente, las fuentes externas del Derecho interno, como ocurre en el régimen penal. De ahí que sea preciso identificar, atraer, aplicar aquellas fuentes a través del amplio fenómeno de la “recepción”⁵⁰.

En materia penal, esa recepción amerita comentarios especiales. El sistema penal ha sido la expresión más rotunda de la autonomía estatal, la ciudadela de los principios de territorialidad y jurisdicción doméstica, como antes mencioné. Miguel Polaino Navarrete observa que el Derecho punitivo es la “máxima expresión de la soberanía de los Estados”; ello implica “una conquista del Estado de Derecho (...) absolutamente irreversible”⁵¹. De ser así, cualquier erosión en este campo —entre las varias que se han producido y avanzan constantemente— mella al Estado soberano, que quizás no puede evitarla, merced a su propia ineficacia o a su debilidad para enfrentar y resolver problemas que rebasan sus fuerzas.

En todo caso, el orden penal es el instrumento de “carácter más nacional”, si cabe la expresión, a la defensiva. Esta actitud defensiva contribuye a explicar el lento desarrollo del Derecho internacional penal y la defensa afanosa del principio de subsidiariedad, después de sus derrotas en Nüremberg, Tokio, exYugoslavia y Ruanda, cuyos estatutos y tribunales se desplegaron por encima de una jurisdicción doméstica comprometida, parcial e ineficiente⁵². Este proceso llega hasta la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones híbridas o internacionalizadas, que recuperan —con limitaciones tan atendibles como las que prevalecen en el orden internacional judisdiccional de los derechos humanos— el imperio de la subsidiariedad.

El sistema penal es arma esencial en manos del Estado. Podría pensarse, por todo ello, que existe cierta oposición de principio entre Derecho penal y globalización. Sin embargo —escribe Santiago Mir Puig—, “así como existe una conexión profunda entre las Declaraciones internacionales de derechos humanos y los principios del Estado constitucional, igualmente el

⁵⁰ Cf. Varios, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 5 y ss.

⁵¹ “Dimensiones internacionales del derecho penal moderno”, en Varios, *Globalización e internacionalización..., op. cit.*, p. 93.

⁵² Cf. García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales/NOVUM, 2012, pp. 27-37.

Derecho penal del Estado constitucional responde a principios ampliamente compartidos en la mayoría de los Estados democráticos”⁵³.

28. Hablamos de fuentes en un doble sentido o con alcance dual, en los que se proyecta el dato de la globalización. Hay fuentes ideológicas, que se definen por la influencia de las ideas que permean el orden penal; concurren a la formación ideológica del *jus commune*. Y existen fuentes normativas —formales— que alientan la adopción soberana de normas de origen extranacional, dictadas por instancias ajenas al control de los ciudadanos sujetos a ellas. Pasan a formar parte del ordenamiento interno, y de esta suerte se “nacionalizan” o “aclimatan”.

Tómese en cuenta, en este examen, la identidad y la fuerza de los generadores de normas: organismos internacionales, o bien, áreas de exigencia y de poder, que expresan diversos momentos del equilibrio o desequilibrio de fuerzas en el escenario internacional: Naciones Unidas —por la acción de sus órganos o derivaciones: Asamblea General, Consejo de Seguridad, comités, conferencias, convenios, pactos, etcétera— y sistemas regionales —Consejo de Europa o Unión Europea, acuerdos entre Estados parte, acuerdos “marco”. Todos éstos contribuyen a la formación normativa del *ius commune*, a cuya composición ideológica aludí líneas arriba.

Aquí es necesario advertir, como señala Vogel, la presencia de un punto importante para el Derecho penal, que requiere un alto grado de legitimación. Lo necesita cualquier empleo de la fuerza que se autotitula legítimo. En el terreno que nos ocupa existe un “déficit democrático”⁵⁴. Pensemos en una antigua rebeldía, generadora de grandes revoluciones: la negativa del pueblo a la imposición de tributos sin la representación de los causantes: *no taxation without representation*. ¿Y la construcción del régimen de los delitos y las penas sin la participación o la representación de las sociedades a las que aquél se dirige?

29. Las nuevas fuentes externas del Derecho penal internacional, directas o indirectas, toman su caudal, primordialmente, del Derecho internacional convencional: sea el Derecho internacional de los derechos humanos, que cubre el más amplio espacio de las relaciones entre los Estados y las personas sujetas a su jurisdicción, y que se vale de reglas de colaboración

⁵³ “Globalización, Estado Constitucional y Derecho penal”, en Varios, *Globalización e internacionalización...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁴ Cf. Vogel, Joachim, “Derecho penal y globalización”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9* (2005). *Globalización y Derecho*, Manuel Cancio Meliá (coord.), Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 119.

interestatal y garantía colectiva (más allá de las fronteras nacionales), sea el Derecho penal internacional —un sistema de colaboración persecutoria, en concepto de Cherif Bassiouni⁵⁵—, sea el Derecho internacional penal, que plantea el catálogo de los delitos que causan mayor agravio a la humanidad; catálogo que se ha propuesto ampliar, dotando de mayores potestades de conocimiento a la Corte Penal Internacional⁵⁶.

La absorción de las disposiciones emanadas de esas fuentes vincula a los Estados. Hay imperiosas vías de recepción nacional, cada vez más conocidas y convocadas en México: constitucionales (artículos 1º y 133 de la ley fundamental), legales (normas de implementación), y jurisprudenciales (recibo directo, por aplicación de los artículos 1º y 133 constitucionales, y por el método, creciente y muy propalado, del control de convencionalidad⁵⁷). De nueva cuenta debemos traer a colación las decisiones penales fundamentales y advertir el impacto que la globalización —por conducto de la recepción del Derecho internacional— ejerce en cada una de aquéllas.

30. Hipótesis notables para el tema que nos interesa son los procesos de tipificación a partir de esas fuentes externas, con diversas orientaciones:

⁵⁵ Cf. Bassiouni, Cherif, *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, trad. José L. de la Cuesta Arzamendi, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 50-54 y 80.

⁵⁶ Cf. Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, *Iter Criminis...*, op. cit., p. 83.

⁵⁷ En la creciente bibliografía sobre control de convencionalidad, cabe mencionar, además de un buen número de artículos: Varios, *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (coord.), Buenos Aires, EDIAR, 2008; Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Querétaro, FUNDAP, 2012; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, op. cit.; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de constitucionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010; Varios, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Paula García Villegas Sánchez Cordero (coord.), México, Ed. Porrúa, 2013; Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 659 y ss.; además, Brewer-Carías, Allan y Santosfimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, y Varios, *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Humberto Nogueira Alcalá y Claudio Nash (coords.), Santiago de Chile, Librotecnia, 2012. Asimismo, cf. Del Toro Huerta, Mauricio, “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho internacional de los derechos humanos”, Varios, *La armonización de los tratados de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 119 y ss. Igualmente véase el voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos, en el que se hace un examen detallado del control.

tipicidad rigurosa o flexibilidad incriminadora que permite el ingreso de la costumbre y de los principios generales del Derecho (como ocurre al amparo del Convenio Europeo⁵⁸ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁹, no así de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Se dispone, asimismo, la inclusión de tipos penales —en términos precisos— en la ley nacional: por requerimiento de la normativa internacional o frente al riesgo de que la omisión entrañe alteraciones en la subsidiariedad e irrupción inmediata de instancias internacionales.

La incorporación de tipos penales se acoge ampliamente en el espacio de los derechos humanos: genocidio⁶⁰, trata de personas⁶¹, eliminación de discriminación⁶², apartheid⁶³, tortura⁶⁴, desaparición forzada⁶⁵, discriminación⁶⁶ y violencia contra la mujer⁶⁷, lesión a los derechos de los niños⁶⁸,

⁵⁸ Cf. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos), del 4 de noviembre de 1950, artículo 7.

⁵⁹ Cf. Pacto internacional de derechos civiles y políticos, del 16 de diciembre de 1966, artículo 15.

⁶⁰ Cf. Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, del 9 de diciembre de 1948, artículos II-III.

⁶¹ Cf. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, del 21 de marzo de 1950, artículos 1-2; y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, del 15 de noviembre de 2000, artículos 3 y 5.

⁶² Cf. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, del 7 de marzo de 1966, artículos 1, 4; Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, del 6 de julio de 1999, artículo III; Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, del 6 de junio de 2013, artículo 7; y Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, del 6 de junio de 2013, artículo 7.

⁶³ Cf. Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid, del 30 de noviembre de 1973, artículo II.

⁶⁴ Cf. Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984, artículos 1, 4; y Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 9 de diciembre de 1985, artículo 2.

⁶⁵ Cf. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, del 9 de junio de 1994, artículos II-III; y Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del 20 de diciembre de 2006, artículos 2, 4-6.

⁶⁶ Cf. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del 18 de diciembre de 1979, artículo 1.

⁶⁷ Cf. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará, del 9 de junio de 1994, artículos 1, 7.

⁶⁸ Cf. Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, artículos 32, 37, 40.

múltiples dimensiones del terrorismo⁶⁹, corrupción⁷⁰, delitos de lesa humanidad⁷¹, crímenes de guerra⁷², etcétera.

31. El propio Derecho internacional de los derechos humanos recoge estándares a propósito de las reacciones jurídicas frente al delito: proporcionalidad de penas⁷³, rechazo de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷⁴, debate sobre pena de muerte⁷⁵, reglas en torno a medidas no privativas de libertad⁷⁶, y así sucesivamente.

En cuanto al proceso, las corrientes mundiales pugnan por resolver — mediante el predominio de uno de sus extremos, o la compleja conciliación

⁶⁹ Cfr. Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, del 16 de diciembre de 1970, artículos 1-2; Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, del 2 de febrero de 1971, 1, 2, 8; Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, del 14 de diciembre de 1973, artículos 1-2; Convención sobre la prevención del Convención internacional contra la toma de rehenes, del 17 de diciembre de 1979, artículos 1-2; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, del 10 de marzo de 1988, artículo 3; Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, del 15 de diciembre de 1997, artículos 2, 4; Convención interamericana contra el terrorismo, del 3 de junio de 2002, artículo 2; y Convención internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear, del 13 de abril de 2005, artículos 2, 5.

⁷⁰ Cfr. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del 15 de noviembre de 2000, artículo 8; y Convención interamericana contra la corrupción, del 29 de marzo de 1996, artículos VI, VIII, IX, XI; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del 15 de noviembre de 2000, artículos 3, 6; y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del 31 de octubre de 2003, artículos 15-17, 19-28.

⁷¹ Cfr. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, del 26 de noviembre de 1968, artículos I, IV; y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, artículos 5-9.

⁷² Cfr. *idem*.

⁷³ Cfr. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 196; y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 150.

⁷⁴ Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 126; y *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 84.

⁷⁵ Cfr. García Ramírez, *Consideraciones sobre la pena de muerte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en países del Caribe*, en prensa.

⁷⁶ Cfr. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

entre ambos— el dilema *crime control o due process*⁷⁷. Los tribunales internacionales se han referido a los elementos irrevocables del debido proceso⁷⁸ y han establecido —con un paso de avanzada sobre la frontera de la subsidiariedad, en aras de la garantía de justicia— los estándares de la investigación, sobre todo cuando vienen al caso las violaciones graves de los derechos humanos, cuya indagación y procesamiento no pueden quedar desatendidos: ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada, violencia contra mujeres, eliminación de obstáculos —legales, judiciales, “democráticos”— para la persecución de estos crímenes, remoción de la cosa juzgada y relativización del principio *ne bis in idem*⁷⁹.

⁷⁷ Cf. Delmas-Marty, Mireille, *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. Pablo Morenilla Allard, Zaragoza, Edijus, pp. 40-41.

⁷⁸ Cf. García Ramírez, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, pp. 25 y ss; *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs 145 y ss., y Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014.

⁷⁹ Cf. *ibidem*, pp. 68 y ss.

LA GOBERNANZA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Patricia KURCZYN VILLALOBOS¹

Relatora: Maestra Alma Clarisa Rico

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Qué se entiende por Gobernanza en la normatividad laboral.* III. *La gobernanza como estrategia de gobierno.* IV. *Globalización y gobernanza.* V. *Gobernanza y equilibrio.* VI. *El sentido de la gobernanza.* VII. *Algo más de gobernanza.* VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En torno a las preguntas que planteó el Dr. José María Serna para el desarrollo del Seminario sobre Gobernanza, la Dra. Patricia Kurczyn desarrolló su participación con el enfoque en el tema laboral. En ese contexto partió de consideraciones generales, económicas, de relaciones de los factores de la producción, cuyas muestras de internacionalización son factor impulsor de la gobernanza global. Ejemplificó cómo la normatividad internacional del trabajo, que busca aminorar las contradicciones entre el trabajo y el capital a nivel global, impactan la normatividad nacional en la solución de conflictos y también en el combate a la lucha desigual entre los factores de la producción. Así, hizo referencia al impacto de la normatividad internacional y su influencia en la creación de mejores condiciones de vida de la mayoría de la población.

¹ Es investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, PRIDE-D y SNI-III. Se desempeñó como jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ha sido consejera externa de la OIT. Actualmente se desempeña como comisionada del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos. El presente texto ha sido elaborado con base en la relatoría elaborada por la Maestra Alma Clarisa Rico, a partir de la ponencia presentada por la Doctora Patricia Kurczyn en la mesa sobre Derecho Laboral, dentro del Seminario “Gobernanza Global y Cambio Estructural del Sistema Jurídico Mexicano” (27 de febrero de 2014).

La exposición de la doctora Kurczyn parte con una explicación general del término gobernanza, utilizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para significar la necesidad de crear potencial e institucionales nacionales capaces de promover el empleo, garantizar el cumplimiento de la normatividad laboral, establecer el diálogo social —aún el ampliado— y la consulta tripartita con organizaciones sindicales y empresariales. Plantea como idea central, que la gobernanza internacional entre los factores de la producción está determinada por el poderío del sector financiero, particularmente por quienes manejan las finanzas mundiales.

Destaca igualmente como la globalización económica impacta el desarrollo nacional de países en desarrollo y hace más necesarias las intervenciones y el diseño de políticas desde organismos internacionales tales como la OIT. Plantea la necesidad, incluso, de que organismos como la OIT y la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico deben ser complementarias para generar desarrollo social. Se considera que el impacto de la globalización llega a generar nuevos sistemas de gobierno, con una participación fortalecida de la sociedad civil que ejerce más la democracia con posibilidad de recurrir a instancias internacionales para denunciar las violaciones a los derechos en general. Cita, en este sentido, tesis jurisprudenciales que aplican tratados internacionales y con ello el control de convencionalidad como referentes novedosos en el actual sistema jurídico mexicano. Refiere como esta posibilidad de acceder a la justicia más allá de las fronteras, impacta a nivel nacional en los niveles de participación social y favorece la rendición de cuentas.

La doctora Kurczyn señala como uno de los rasgos distintivos de la gobernanza global cuando la normatividad internacional y los usos internacionales, favorecen cambios en las políticas públicas que incorporan mecanismos de participación social. Es decir, existe influencia de los actores no gubernamentales que disponen de nuevas herramientas para defender sus derechos, en el actuar institucional.

II. QUÉ SE ENTIENDE POR GOBERNANZA EN LA NORMATIVIDAD LABORAL

El término gobernanza, en la normatividad laboral, es aplicado desde la OIT, como las políticas públicas llevadas a la práctica para equilibrar las condiciones económicas y sociales en las relaciones de trabajo que sustenten el desarrollo social integral.

Ese desarrollo debe realizarse de manera dinámica con la combinación de las actuaciones del Estado y de la sociedad, para ello es necesario que se cubran los factores propios del equilibrio en los términos de actualidad. Entonces, habrá que preguntarse ¿qué es actualidad? Y la respuesta puede ser sencilla: globalización y tecnología. La dificultad, en cambio, se advierte cuando deben precisarse los diseños de programas de actuación, combinación o interrelación entre el dinámico reconocimiento de los derechos humanos como base primordial como derechos integrales, interdependientes y universales.

Es importante considerar que la dificultad no implica imposibilidad; tampoco es un laberinto. Se trata de diseñar políticas que se emprendan de manera ordenada con la participación del Estado y de la sociedad. En el campo de las relaciones laborales la sociedad es sinónimo de empleadores y trabajadores. Si se quiere, se puede decir de empresarios, de capitalistas, de negociantes y de los operarios o trabajadores en cualquier nivel y estatus (de base, sindicalizados, independientes, informales, eventuales, permanentes).

El grupo de los empleadores de cierta manera se puede identificar como un sector de gran poder económico que se compone de consorcios y diversas sociedades mercantiles cuya personalidad jurídica se etiqueta con un nombre, por lo general no conocido públicamente (un nombre que aplica en cuentas bancarias, en las bolsas de valores, registros comerciales, etc.) y que para la batalla comercial destinan otros nombres, no necesariamente uno, pues por lo general tienen distintos productos o servicios con los cuales la sociedad los identifica en el ámbito comercial y publicitario, pero no logra de primer momento vincularlos entre sí como parte de un todo: Pepsi, Sabritas, etc. O Coca Cola, Agua Ciel, Fanta, etc. Grupo Modelo (distintas cervezas) o Aerovías (Aeroméxico, Aeromar). Otra forma de presentarse en sociedad oculta grupos de operadores que “maquilan” o que subcontratan (*outsourcing*) y que igualmente operan mediante franquicias que a su vez guardan distintas modalidades. Estas implicaciones que el público no conoce, tampoco lo conocen sus trabajadores.

“Así, la gobernanza es un concepto que supera el término gobierno porque pone a la sociedad civil en el rol de sujeto activo a la hora de hacer política y ejercer la democracia”, solo que parte de la sociedad civil son los capitalistas agrupados en cámaras y otras organizaciones bajo distintas formas jurídicas, muchas veces como asociaciones civiles y otras veces bajo el rubro de fundaciones que marcan acciones civiles o de beneficencia en sus programas, que en ocasiones llegan a “asesorar” a los órganos de poder de forma indirecta y que desarrollan procedimientos para empujar algunas

decisiones con el control de la economía. Un ejemplo de lo primero puede ser la etiqueta de responsabilidad social que acompaña *logos* o tarjetas de presentación de compañías, con lo que muestran acciones filantrópicas en tanto que al amparo de las mismas no es difícil que evadan obligaciones fiscales o laborales que de tal forma quedan legalizadas.”

III. LA GOBERNANZA COMO ESTRATEGIA DE GOBIERNO

Se entiende por estrategia a que deban obedecerse los nuevos esquemas, ahora de más exigencia, en virtud de que los sectores sociales que participan se integran con un mayor número de personas de clase media alta, media y deprimida. Aún es mucho más numerosa a partir de la clase media, ahora mucho más informada y organizada, lo que en parte se debe a la globalización y al aumento de los medios de comunicación (TICS).

Entre esos sectores de la sociedad se hallan los trabajadores quienes suman millones entre asalariados e independientes; entre permanentes o eventuales, pero que finalmente se integran por medio de organizaciones, no solo como sindicatos sino con otras formas que encabezan líderes sociales. Entre los primeros hay muy poderosos, que quizás lo fueron más en otras épocas (un caso paradigmático es el Sindicato de Mineros y el problema sindical en México con Napoleón Gómez que aun con órdenes de aprehensión se protege por un gobierno extranjero ante el cual ha intervenido la central sindical internacional a la que pertenece dicho sindicato, yq que ha llevado el caso hasta otorgarle la nacionalidad canadiense); y hay otras fuerzas civiles con importante influencia.

Los sindicatos ya no se sujetan totalmente al Estado sino que se advierte más independencia y con ello, mayor activismo, tal como ocurre con el Sindicalismo independiente que ha formado la UNT. Entre otros grupos aparecen los dueños de las fianzas –los bancos, que además tienen aseguradoras entre las cuales están las Afores- que en casi la totalidad son bancos extranjeros y la mayor parte de sus riquezas, generadas por los mexicanos, salen a otras economías, lo que puede apreciarse simplemente al revisar las noticias financieras que permite darse cuente de que el dinero del gobierno, vía CETES, está en manos extranjeras.

No obstante que la gobernanza debe buscar el equilibrio-entre los sectores, no siempre ocurre así, ya que aparecen los intereses del propio Estado frente a los negociadores internacionales que dirigen las finanzas y que a manera de directores del mundo –aunque por secciones, diseñan la gobernanza internacional y que por regiones o por otras condiciones económicas

y de nivel de desarrollo trazan sus propios programas, verbigracia el TLCAN, el Mercosur, la propia Unión Europea, el G-8, el G-20, Alianza del Pacífico, Pacto Andino, etc.

IV. GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA

Por lo que antes se expresa, es entendible que hoy en día, en el trabajo y en las relaciones laborales en general, no se pueda escapar de los efectos de la globalización y para contrarrestar aquellos que puedan ser negativos conviene tomar la función de sujetos activos para interactuar y buscar condiciones benéficas o útiles a la economía mexicana tanto en la macroeconomía como en la de los bolsillos de los mexicanos.

En cuanto a la gobernanza estrictamente nacional, tampoco hay posibilidad de una sustracción de la globalización. El Estado, sus órganos de gobierno, se ven obligados a negociar en todos los sentidos; el económico desde luego se percibe –con todo lo que implica: comercialización, apoyos técnicos, financiamiento, etcétera, que sustentan la economía nacional. De ahí la importancia de buscar el equilibrio en la balanza de importaciones y exportaciones, por ejemplo, lo cual se espera que sea un resultado tras las últimas reformas estructurales y de manera particular la referida al tema de los energéticos, que son propias del juego político y económico del siglo XXI. No cabe duda de la exigencia que representa para ello la creación de políticas de distribución de recursos y de riqueza: formas de invertir, empleabilidad y protección social. Sólo así puede llegarse a una sociedad con bienestar. Ese es el resultado que se espera.

Por otra parte, en ese tinglado que se produce, las actitudes de la globalización toman papeles preponderantes y entre ellas aparecen las políticas emanadas de organismos internacionales que encierran fines sociales primordialmente. El ejemplo, sin duda, es la OIT. Sus finalidades son completamente distintas de la OCDE. Si bien ambas caminan por lados opuestos, son y deben ser complementarias; alegóricamente pensariamos que están montados en subibaja, mirándose frente a frente, en el mismo lugar, buscando el equilibrio entre los dos. Y estos dos que serían compañeros en el juego, que podrían ser rivales para mantenerse arriba, deben buscar el bajar para pisar firme y elevarse de nuevo; de ahí que con esta metáfora pueda explicarse que en estas políticas, que en la gobernanza como tal, se requieren reglas que ofrezcan a los sectores sectores de la producción los mismos factores o elementos para mantenerse nivelados. Las estrategias, por lo tanto, deben buscar el equilibrio como representantes que son de lo económico y lo social. O dicho también, lo social y lo económico.

Así, la OIT como organismo de más antigüedad y tradición —por su única conformación tripartita—, como parte de la Organización de las Naciones Unidas, lanza sus programas para promover y defender la justicia social. En esos diseños de estrategias adopta los llamados convenios fundamentales —ahora ocho— y los de gobernanza —cuatro— que hace prioritarios.

Los cuatro Convenios de la OIT de Gobernanza son el C 81 sobre Inspección del trabajo, adoptado en 1947; el C 122 sobre Políticas de empleo, de 1964; el C 129 de Inspección en la agricultura, de 1969; y, el Convenio 144 referido a la consulta tripartita de 1978, único ratificado por México.

V. GOBERNANZA Y EQUILIBRIO

El equilibrio entre la normatividad internacional y la nacional debe procurarse a través del respeto a los derechos humanos sociales en general y los laborales en particular, lo que incluye los de seguridad social. En esta faceta, los convenios de gobernanza son de gran significado.

El tema no pasa desapercibido para la OCDE y la OIT. Esta última busca desde 2009 —en que creó un plan para 2010-2016—, la obtención de más ratificaciones de los convenios fundamentales y de gobernanza, lo cual puede hacer hincapié en la interdependencia e interacción entre los objetivos de estos convenios. Con ello debe promoverse el empleo y deben fortalecerse los sistemas internacionales para garantizar el cumplimiento de las normas del trabajo.

Con este esquema se trata de mandar el mensaje de que la gobernanza bajo los auspicios de la globalización, conduce a nuevos sistemas de gobierno, toda vez que cada vez es más intensa la participación de la sociedad civil, la cual, bajo distintas formas de organización ejerce más la democracia con vías que le permiten recurrir a instancias internacionales para denunciar las violaciones a los derechos en general y aun para obtener resoluciones que reparen los daños e impidan la repetición de tales sucesos.

Dicho de otra manera, la sociedad se fortalece con más poder, lo adquiere y cómo se acostumbra decir, se empodera —o adquiere más poder y formas de ejercerlo porque cuenta con más herramientas, las crea, las exige y las pone en práctica, tal como ocurre con la transparencia y lo que ésta conlleva: información gubernamental, rendición de cuentas de recursos públicos y de hacer y no hacer en las políticas públicas; esto es, que la revelación del quehacer público, bajo el principio de máxima publicidad cancela las cuestiones privadas con una gran apertura en dos dimensiones: la infor-

mación pública, gratuita que se exhibe obligatoriamente por cualquier ente público o que reciba recursos públicos y la obligación de dar respuesta a todo aquello que se pregunte con tan solo limitaciones que la ley señale concretamente y que por lo general tiene que ver con temas de seguridad de personas o seguridad pública o nacional.

Un ejemplo de ellos sería el derecho a la información que tienen los trabajadores para conocer el reporte de las utilidades que rinden las empresas al fisco para el pago de los impuestos y con ello comprobar que el monto a repartir entre los trabajadores conforme a la LFT es el debido. Este es un derecho añeo en el sistema mexicano; aunque lamentablemente no cumplido a cabalidad, debiera evolucionar a formas de cogestión, por lo menos en cuanto a la información a los trabajadores respecto de los movimientos financieros o de extensión o reducción de capitales o inversiones.

VI. EL SENTIDO DE LA GOBERNANZA

En estos términos, la gobernanza se entiende tanto como materia como instrumento para forjarla. Gobernanza equivale a considerar como parte de la misma, la eficiencia (poder para hacer) y la eficacia (hacer con vigor y validez); lo que se interpreta como la necesidad de contar con materiales e instrumentos para cumplir objetivos.

Según la ONU: “La buena gobernanza promueve la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero. Llevando estos principios a la práctica, somos testigos de elecciones frecuentes, libres y limpias, parlamentos representativos que redactan leyes y proporcionan una visión de conjunto, y un sistema jurídico independientes para interpretar dichas leyes”.

Al hablar de la realidad en México y del surgimiento del derecho del trabajo mexicano, la Dra. Patricia Kurczyn aludió a la visión clara del constituyente de 1917 al incluir normas y principios de derecho social en la Constitución, en cuyo texto original se encontraban la defensa de los derechos de los campesinos y los trabajadores (artículos 27 y 123), los dos núcleos más débiles económica y socialmente en ese momento. Esa visión de justicia social se complementó, en cuanto se refiere a los temas laborales, con el legislador en 1931 cuando nacen las instituciones administrativas del trabajo por normatividad de la Ley Federal del Trabajo (LFT) y la visión del legislador en 1970, que aunque da a luz a una segunda LFT, ésta nació tardíamente en virtud de las crisis del momento y el auge petrolero a nivel

internacional que influyó en el tratamiento laboral. Esta segunda LFT incluyó novedosas disposiciones como es el artículo 6 sobre la vigencia de los convenios y tratados internacionales, adelantándose a la reforma constitucional de 2011. Así, con esta norma de origen internacional implícitamente queda vigente el principio *pro persona* ya que establece la aplicación de tratados y convenios internacionales ratificados por México, en lo que beneficien a la persona trabajadora.

La expositora comentó que el esquema de empleadores se compone por organizaciones transnacionales, consorcios y grandes empresas, Pymes y microempresas —estas dos últimas resultan las más numerosas— que emplean trabajadores de manera formal y a las que se les aplica exactamente la misma normatividad en tanto que en la conformación de mercado laboral mexicano la informalidad alcanza índices que parecerían inimaginables y, por otro lado, se da una hay impunidad escandalosa cuando se infringe la LFT con los llamados contratos colectivos de protección y la tercerización con todo y la nueva reglamentación de 2012 que contienen los artículos 16, 16 A, 16 B, 16 C y 16 D de la misma ley. A ello puede agregarse que la inspección laboral aun es insuficiente para detectarla y que los sistemas de seguridad e higiene y medio ambiente todavía deja mucho que desear.

VII. ALGO MÁS DE GOBERNANZA

Patricia Kurczyn comentó que México es un mosaico de cuadros laborales que reflejan condiciones de trabajo muy diversas, con una tasa de sindicalización real baja, con huelgas generalmente conjuradas y justicia laboral lenta.

La aplicación de la normatividad internacional ratificada, cada vez disminuye en la solución de controversias. En 2013, por ejemplo, cuando se quiso considerar la obesidad como causa de retiro de militares se tomó en cuenta el Convenio OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. En 2012 se dictaminó que la sindicación única que se aplica a los trabajadores del Estado, es violatoria del artículo 123 Constitucional y del Convenio 87 de la OIT. Asimismo, existen tesis que norman que en materia de libertad sindical deben darse las facilidades a los representantes sindicales aunque no se trate de los sindicatos que sean titulares del contrato colectivo de trabajo.

Por último resaltó los tratados de derechos humanos, generales y específicos, como el PIDESC, CEDAW en el primer caso y el de protección de los trabajadores migrantes y sus familias y la protección de los menores de edad, en el segundo de los casos, convenios adoptados por la OIT referidos

en su mayoría a sentar las bases sobre las cuales deban regirse las relaciones y el trato laboral.

La gobernanza, por lo tanto, como políticas públicas, como diseño de programas, como impulso al cumplimiento, ofrece a la sociedad la fortaleza que se necesita para actuar.

VIII. CONCLUSIONES

En realidad hay una sola conclusión en materia laboral y gobernanza, al decir de la expositora, al subrayar que existen claras muestras de la influencia de las normas internacionales del trabajo en la gobernanza laboral y que en México, a partir de la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo extendieron el ámbito de su influencia. En el marco legal actual, los convenios sobre temas laborales, generales y específicos, tanto deben aplicarse en materia de justicia laboral, como debe vigilarse su cumplimiento, para que en virtud de ambos procesos, —la influencia de la normatividad internacional y la reforma interna—, se fortalezcan las estructuras y se construyan nuevos andamiajes jurídicos en materia laboral en pos de mayor justicia social.

GLOBALIZACIÓN, GOBERNANZA Y ADMINISTRACIÓN. LA CABEZA DE JANO Y SUS PROBLEMAS

Daniel MÁRQUEZ

SUMARIO: I. *A manera de prolegómeno: el deslinde previo entre los conceptos de política, poder, potencia y autoridad.* II. *La contradicción particular-general como problema en la delimitación conceptual de la globalización.* III. *La gobernanza como técnica de “control”.* IV. *A manera de conclusión: Las “nuevas” técnicas de administración y el neo-individualismo.* V. *Bibliografía.*

I. A MANERA DE PROLEGÓMENO: EL DESLINDE PREVIO ENTRE LOS CONCEPTOS DE POLÍTICA, PODER, POTENCIA Y AUTORIDAD

Pensar la globalización como fenómeno cultural, con fuerte impacto en la ciencia social, es una tarea relativamente reciente, pero que soslaya fenómenos políticos que históricamente dibujan su presencia en épocas tempranas de la actividad humana, o ¿cómo podemos pensar las hazañas comerciales de los fenicios¹ o los viajes de los vikingos²? ¿Las cruzadas y su impacto en el comercio³? ¿Los viajes a China de Marco Polo⁴? ¿El mercantilismo del siglo XVI⁵?, sin importar cuan arbitrarios nos parezcan esos fenómenos, no los podemos pensar sin considerar en ellos la presencia tácita del fenómeno “glo-

¹ Pueblo del siglo III a.C., con fama de buenos navegantes, que usaron el transporte marítimo para comerciar con sus vecinos. Además se les considera buenos comerciantes y difusores del alfabeto.

² Pueblo de guerreros nómadas que se piensa exploraron América del Norte (Terranova).

³ Guerras impulsadas por el papado cristiano entre los siglo X y XIII d.C., se relacionan con los intereses de la nobleza medieval y el comercio.

⁴ Los viajes realizados por Marco Polo a oriente narrados en *Il Milione* (Libro de las Maravillas) donde se dan consejos de comercio.

⁵ Nos referimos a la doctrina económica asociada a los grandes descubrimientos geográficos de los siglos XV, XVI y XVII.

balizador”, por lo que no podemos dejar de lado una reflexión: “paradigma viejo que se viste con ropajes nuevos”.

Como lo destacan David Held y Anthony McGrew, las referencias públicas a la globalización se han vuelto cada vez más comunes desde las últimas dos décadas, el concepto mismo puede encontrarse en períodos más antiguos. Sus orígenes se encuentran en los trabajos de muchos intelectuales de los siglos XIX y principios del XX, desde Saint Simón y Karl Marx hasta los investigadores de la geopolítica como Mac Kinder, quien reconoció cómo la modernidad está integrando al mundo. Pero no fue hasta finales de los sesenta y principios de los setenta cuando el término “globalización” se utiliza realmente. Esta “época dorada” de rápida expansión política e interdependencia económica —sobre todo en los países occidentales— generó una amplia reflexión sobre las insuficiencias de las aproximaciones ortodoxas al pensamiento sobre política, economía y cultura que supone una estricta separación entre los asuntos internos y externos, las arenas doméstica e internacional, y lo local y lo global.⁶

Los mismos autores destacan que: la globalización tiene un aspecto inegablemente importante en el que es posible identificar, por ejemplo, los flujos de comercio, capitales y personas en todo el mundo. Esto lo facilita diferentes tipos de infraestructura física (por ejemplo, los sistemas de transporte o bancarios), normativa (por ejemplo, las normas del comercio) y simbólica (como el inglés como *lingua franca*) que establecen las condiciones previas para regularizada y formas relativamente perdurables de la interconexión global.⁷

⁶ Véase: Held, David y McGrew, Anthony, *The Great Globalization Debate: An Introduction*, en Held, David y McGrew, Anthony (eds.), *The Global Transformations Reader. An introduction to the globalization debate*, second edition, second reprinted, England, Polity Press-Blackwell Publishing, 2005, p. 1. Donde se afirma: Although public references to globalization have become increasingly common over the last two decades, the concept itself can be traced back to a much earlier period. Its origins lie in the work of many nineteenth- and early twentieth-century intellectuals, from Saint-Simon and Karl Marx to students of geopolitics such as MacKinder, who recognized how modernity was integrating the world. But it was not until the 1960s and early 1970s that the term ‘globalization’ was actually used. This ‘golden age’ of rapidly expanding political and economic interdependence - most especially between Western states - generated much reflection on the inadequacies of orthodox approaches to thinking about politics, economics and culture which presumed a strict separation between internal and external affairs, the domestic and international arenas, and the local and the global.

⁷ Held, David y McGrew, Anthony, *The Great Globalization Debate: An Introduction*, p. 3. En la obra se lee: *Globalization has an undeniably material aspect in so far as it is possible to identify, for instance, flows of trade, capital and people across the globe. These are facilitated by different kinds of infrastructure-physical (such as transport or banking systems), normative (such as trade rules) and symbolic*

Giacomo Marramao destaca que el tema de hoy es la globalización: las cosas que significan hoy un mundo globalizado, afirma que para la filosofía un mundo globalizado no es un hecho nuevo, tal vez lo es para algunos economistas y sociólogos, pero no lo es para la filosofía. A partir del mil ochocientos (s. XIX), hace casi dos siglos, Hegel define a la filosofía de alguna manera no sólo como el mismo tiempo entendido conceptualmente, también la ha definido como un pensamiento del mundo y por lo tanto de un mundo que ya era globalizada, terminado.⁸

Como lo destaca Amartya Sen: la globalización no es ni nueva ni necesariamente occidental; tampoco es una maldición. Durante miles de años, la globalización ha contribuido al progreso del mundo a través de los viajes, el comercio, la migración, las mutuas influencias culturales y la diseminación del conocimiento y saber (incluyendo la ciencia y la tecnología). Hay casos en que las interrelaciones globales han sido esenciales para el desarrollo de países enteros.⁹

México sería un ejemplo de ese proceso de “globalización” a partir de la presencia de ideas europeas y su choque con la cultura y tecnología autóctona. Así, reiteramos nuestro juicio: paradigma viejo con ropajes nuevos.

Para David Held y Anthony McGrew, la idea misma de “globalización” altera los paradigmas establecidos y las ortodoxias políticas, así, existen dos posturas para abordar el debate sobre la globalización: a) los “globalistas” (quiénes consideran que la globalización contemporánea es un real y signifi-

(such as English as a lingua franca) -which establish the preconditions for regularized and relatively enduring forms of global interconnectedness.

⁸ Marramao, Giacomo, *Globalizzazione e democrazia*, visible en: http://host.uniroma3.it/docenti/marramao/marramao_civita.pdf, consultado el 23 de febrero de 2014. En el texto se destaca: *Il tema di oggi è la globalizzazione: cose significa un mondo globalizzato oggi. Cominciamo un po' con la prima provocazione: per la filosofia un mondo globalizzato non è un fatto nuovo; forse per alcuni economisti e per alcuni sociologi lo è, ma non lo è per la filosofia. A partire dall' '800, ormai quasi due secoli fa, Hegel in qualche modo ha definito la filosofia non soltanto come il proprio tempo compreso concettualmente ma l'ha definita anche come un pensiero del mondo e dunque di un mondo che era già globalizzato, finito. En Pasaje a occidente*, Giacomo Marramao distingue entre “mundialización” y “globalización”, a la primera a partir de su etimología *mundus*, la ubica en el contexto de la universalización ilustrada (historia.mundo) de Voltaire, Kant y Rousseau, aunque alude a fuentes más antiguas como Agustín de Hipona y al tema de la finitud: *pensamiento finito del fin del mundo* (pp. 16-19); la segunda, también partiendo de la idea *globus*, la remite al acto inaugural de la modernidad que representa a la tierra como globo circunavegable y “planeta errante”, como obra de los matemáticos griegos, cartógrafos y navegantes (opp. 19-27) [Véase: Marramao, Giacomo, *Pasaje a occidente. Filosofía y globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006].

⁹ Sen, Amartya, Juicios sobre la globalización, pp. 1-2, Visible en: http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/SBReadResourceServlet?rid=1219333998145_1506469714_113804, consultada el 23 de febrero de 2014.

cativo desarrollo histórico), y b) los “escépticos” (aquellos que conciben a la globalización como una construcción primeramente ideológica o social que tiene valor explicativo marginal).¹⁰

Sin embargo, como la palabra “globalización” pretende ocupar un espacio en el concierto de los conceptos aplicables a la “política”, o sea, el espacio reservado al poder. Lo anterior se comprende mejor si acudimos al diccionario. María Moliner define al adjetivo “global” como: *En conjunto o de conjunto: no desglosado en partes, partidas, etc.*¹¹ Por “globalizar” se entiende o presenta algo de forma “global”, también se destaca como “extender algo mundialmente”.¹² También se podría entender lo global como “general” (del latín “*generalis*”), que como adjetivo, en dos de sus significados, se aplica, por oposición a “especial” o “particular”, a lo que es de todo o todos o para todo o todos; y como en conjunto, prescindiendo de detalles.¹³ Lo que implica que lo “global” incluye a sus partes, entre éstas lo limitado espacialmente.

En este sentido, es necesario vincular lo “general” o global con lo particular para entender el porqué de sus tensiones. Lo particular (del latín “*particularis*”), es un adjetivo que en dos de sus significados refiere a lo “especial” o “peculiar”, lo que corresponde a cierta cosa y no a otras, o distingue a esa cosa de otras; o determinado y no uno cualquiera de los casos, ejemplares, etc., a que podría aplicarse la cosa de que se trata.¹⁴ Por lo anterior, es fácil advertir como lo particular se puede trocar en “local” (del latín “*localis*”), que en uno de sentidos es un adjetivo que se aplica, por oposición a “gene-

¹⁰ *Indeed, the very idea of globalization appears to disrupt established paradigms and political orthodoxies. Accepting this heterogeneity, it is, nevertheless, feasible to identify a clustering of arguments around an emerging fissure between those who consider that contemporary globalization is a real and significant historical development - the globalists - and those who conceive it as a primarily ideological or social construction which has marginal explanatory value - the sceptics* (véase: Held, David y McGrew, Anthony, *The Great Globalization Debate: An Introduction*, p. 2).

¹¹ Diccionario de María Moliner, voz: Global, visible en: <http://www.diclib.com/global/show/es/moliner/G/2540/1200/12/0/40861#.Uuo-EPl5MXY#ixzz2rs1jeB8>, consultado el 30 de enero de 2014.

¹² Diccionario de María Moliner, voz globalizar, visible en: <http://www.diclib.com/globalizar/show/es/moliner/G/2540/1200/12/0/40865#.Uuo-pPl5MXY#ixzz2rsle8G8n>, consultada el 30 de enero de 2014.

¹³ Diccionario María Moliner, voz: general, visible en: <http://www.diclib.com/general/show/es/moliner/G/2540/840/12/0/40504#.UupAMvl5MXY#ixzz2rsnIId18>, consultada el 30 de enero de 2014.

¹⁴ Diccionario María Moliner, voz “particular”, visible en: <http://www.diclib.com/particular/show/es/moliner/P/6867/1200/12/0/58981#.UupCNvl5MXY#ixzz2rspWUDOV>, consultado el 30 de enero de 2014.

ral” a lo que se refiere, afecta, etc., sólo a cierta parte y no al total de que ella forma parte, o sea, a lo particular.¹⁵

Lo anterior nos lleva a una cuestión importante, al subir el nivel del debate encontramos el contexto de los conceptos política¹⁶ (las decisiones públicas internas y externas asociadas a la globalización) y poder (la potencia y autoridad como consustanciales a cualquier determinación de política) en el espacio “global”.

Para decantar los conceptos mencionados, me apoyaré en las ideas de Giacomo Marramao en su obra *Contra el Poder*, y en particular en el capítulo I *La Escena primaria. Política, poder y potencia*, a la que denomina la tríada conceptual básica o trinomio (política-poder-potencia), que proyecta a las “constelaciones de nuestro espacio global” marcado por nuevas (o por el retorno de viejas) formas de conflicto y atravesando por un campo de tensiones entre los imperativos en antagonismos de mundialización y de la soberanía, de la transterritorialidad de los mercados, las tecnologías y los flujos migratorios, y de las persistencia (o en algunos casos de la reanudación) de las prerrogativa y de las lógicas territoriales de los Estados.¹⁷

Como lo político se constituye desde su génesis como un cuestionamiento preliminar del orden: como una sustracción del orden, de sus jerarquías y de sus leyes, al mito de una presunta “facticidad natural”. No existe propiamente la política sino como un problema (y no como un hecho) del orden, como una pregunta acerca de las condiciones de legitimidad del poder. Si “política” es el resultado de la sustantivación de un adjetivo, “poder” es el resultado de la sustantivación de un verbo. Por lo anterior Giacomo Marramao destaca que la dinámica del poder plantea permanentemente el problema de un *excedente de sentido* que debe de tanto en tanto traducirse en un (intrínsecamente coherente) sistema de signos. En esta polaridad en su tensión insoluble, se origina la secreta lógica que preside todos los mitos de fundación: la mitología de una fuente única y “soberana” del poder.¹⁸ Así, la política y la dimensión poder, plantean el problema de la fundamentación o legitimidad del poder mismo, llevan el universo de lo simbólico a la vida. En este sentido, no existe globalización sin poder y política.

¹⁵ Diccionario María Moliner, voz “local”, visible en: <http://www.diclib.com/local/show/es/moliner/L/2306/1860/24/0/49604#.UupDufl5MXY#ixzz2rsr5YtRv>, consultada el 30 de enero de 2014.

¹⁶ La Real Academia Española destaca que política, en uno de sus sentidos constituye: *Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados*.

¹⁷ Marramao, Giacomo, *Contra el poder. Filosofía y escritura*, tr. María Julia de Rusch, México, FCE, 2013, p. 19.

¹⁸ Ibídem, pp. 21, 24, 25 y 30.

No importa que por globalización se entienda la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales¹⁹, que sería sólo su espacio económico, porque el espacio “global” y su pretensión “transterritorial” se afirma con las decisiones que desde la política orientan la posibilidad de ocupar esos espacios externos. Así, en el cómo de lo simbólico, se constituye el sentido de la idea “global”, en el lugar que ocupa la política, o mejor dicho, el poder y sus afirmaciones.

Una vez decantado el contexto de lo político y sus conceptos asociados en la globalización, formularemos las preguntas: ¿cómo se concilia la idea de “globalización” con lo “local”, o sea, como se aborda la contradicción particular-general? ¿Podemos encontrar un nexo entre “globalización”, “gobernanza” y control? ¿Cómo impacta la idea de “globalización” y la “gobernanza” en la administración pública?

II. LA CONTRADICCIÓN PARTICULAR-GENERAL COMO PROBLEMA EN LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Previo a esa decantación debemos advertir otra manera de abordar la idea de “globalización” es la imposibilidad de lo local y su incompetencia frente a lo global. Así, en la reflexión de Zygmunt Bauman²⁰, se destaca que nuestra presente obsesión por las fronteras proviene de la desesperanza de nuestras esperanzas o, lo que es lo mismo, de nuestros intentos desesperados por dar con soluciones locales para problemas producidos globalmente, pese a que tales soluciones no existen ni podemos encontrarlas. Los problemas globales solo pueden tener soluciones globales. Después de enfatizar sobre cómo se ha “evaporado el poder real, el poder para hacer cosas y para hacer que se hagan en las instituciones locales”, asienta: en nuestro mundo cada vez más globalizado, hay política local sin poder y poder sin política (o sea, un poder sin limitaciones políticas).²¹

Lo anterior parece pensar en procesos locales en un mundo “globalizado” “apolíticos”, porque la muestra como una fuerza transversal que opera mundialmente impactando en los esfuerzos locales para resolver los problemas que se advierten en esos espacios. También se destaca lo limitado de

¹⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., España, Real Academia Española, 2001, voz: “globalización”.

²⁰ Sociólogo, filósofo y ensayista polaco.

²¹ Bauman, Zygmunt, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, entrevista con Daniel Gamper Sachse, España, Katz Editores, 2008, pp. 17-18.

lo local para enfrentar lo global. Sin embargo, se soslaya peligrosamente el carácter “político” de lo comunitario, se olvida del “zoon politikon” aristotélico y sus afirmaciones con la comunidad, por lo que refrendamos nuestra idea de la imposibilidad de la globalización fuera del espacio de la política.

Ahora bien, en otro contexto: ¿Cuáles son los problemas reales que nos presenta la globalización? Sin que la lista sea exhaustiva podemos destacar: a) el desplazamiento de la idea de soberanía política: de los Estados y de los pueblos a organismos internacionales, b) mercados supranacionales, c) la emergencia de las tecnologías de la comunicación y la información, d) grandes flujos migratorios, e) crisis constante en lo económico y lo social, f) pérdida de sentido en las ideologías por su volatilidad y la necesidad de su rápida re-articulación, g) el paradójico tránsito del mercado (lo global) al sujeto (lo local), h) una pérdida significativa de la certeza y la estabilidad conceptual, e i) la transformación continua de los espacios institucionales, públicos y privados, que trascienden su espacio “natural”.

Como se advierte, la globalización tiene un fuerte impacto en lo político (normativo), económico y cultural, pero también debemos mencionar su pobre papel en las determinaciones sociales (problema de las identidades y su significación democrática). Quizá eso pueda explicarse por la presencia en su seno de una fuerte contradicción: la pretensión global contrasta con los problemas locales, lo global se diluye en lo local, o para decirlo en otros términos: el ser humano con sus alcances y límites; el sujeto y el objeto de lo global, es siempre local, pertenece a un espacio (no importan los viajes ni la tecnología a la que acuda, siempre permanecerá en un espacio) por su carácter bio-temporal.

Una caracterización del problema se puede delimitar con la idea de la Cabeza de Jano con sus dos rostros que conocen lo pasado y lo porvenir, o según algunos autores, porque es el sol que por las mañanas abre las puertas del día y las cierra por la tarde, o porque preside el primer día del año y el principio del siguiente.²² La globalización mira de un lado a la generalidad, a lo mundial o universal, pero por otro, pone el acento en la particularidad,

²² Carrasco Juan Bautista, Mitología Universal, historia y explicación de las ideas religiosas y teológicas de todos los siglos, de los dioses de la India, el Tibet, la China, la Asia, el Egipto, la Grecia y el mundo romano; de las divinidades de los pueblos eslavos, escandinavos y germanos; de la idolatría y el fetichismo americanos y africanos, etc., Biblioteca Ilustrada de Gaspar y Roig, Imprenta y Librería Gaspar y Roig, editores, 1864, pp. 570-572. Jano era hijo de Apolo y marido de Tesalia, para los romanos era hijo de Coelo y Hecate, o de Saturno y Entoria, el Jano de los romanos es una derivación del Phanes de los griegos. Phanes fue primitivamente figurado con dos rostros, con el sobrenombre doble, mirando adelante y atrás, y con cuatro ojos, porque se creía que no debía ocultársele cosa alguna.

en lo local o individual. Pero también, la globalización de alguna manera cierra la puerta a una época: la del Estado nación (soberano) y la abre para el Estado “desterritorializado” y fragmentado “identitariamente”.

Así, Giacomo Marramao se muestra incrédulo sobre la pertenencia única de las identidades a lo local y de los intereses económicos y materiales a lo global. Afirma que no cree en la lectura reduccionista de la globalización como oposición entre el *Jihad-world* y el *Mc-World*. Considera que ambos elementos —intereses e identidad— cortan transversalmente tanto a lo local como a lo global, y entran en consecuencia dentro del fenómeno de la *glocalization* (glocalización), que es la nueva dimensión de lo “político”, donde lo “*glo-cal*” se presenta como entrelazamiento y acción recíproca, como un auténtico cortocircuito, porque se ha saltado el eslabón intermedio del flujo de interconexiones entre lo global y lo local que era el Estado-nación, que por su crisis de legitimidad ya no logra funcionar como eficaz regulador entre la ciudadanía y la élite que gobierna.²³

La crisis de legitimidad del Estado nación y su incapacidad para articular o interconectar a ciudadanos y gobernantes, muestra el tamaño de la crisis: el todavía existente Estado nación carece de la fuerza para garantizar la estabilidad u orden social; el naciente Estado global tampoco se afirma territorialmente más allá del intercambio de mercancías, lo que muestra un severo problema de “gobernabilidad” que impacta en la administración pública.

La ingobernabilidad se advierte no sólo en lo político, sino también en la dimensión de los problemas que se deben abordar. Si efectivamente el hambre, la guerra, la paz, la contaminación, la pobreza, los recursos naturales en abstracto, parecen ser problemas globales; no obstante, el hambre de un sujeto concreto, la violencia y necesidad de paz de un pueblo, las enfermedades o problemas directos asociados a la contaminación, son problemas vinculados a un espacio y a la gente de ese lugar, no importa que tan grande sea geográficamente.

A manera de ejemplo, destacamos que en el Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentas sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, *Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible*, se destaca, que si los países desarrollados y los países en desarrollo, y también otros socios, se comprometieran a implementar las metas y objetivos que describen, podemos imaginarnos un mundo en 2030 que sea más equitativo, más próspero, más pacífico y más justo que el de hoy. Un mundo donde la pobreza extrema haya sido erradicada y donde se

²³ Marramao, Giacomo, *Contra el poder*, pp. 87-88.

hayan colocado los pilares para una prosperidad sostenida, con: a) 1.2 billones menos de personas hambrientas y en situación de pobreza extrema; b) 100 millones más de niños que de otra forma habrían muerto antes de los cinco años; c) 4.4 millones más de mujeres que de otra forma habrían muerto durante el embarazo o el parto; d) 1.3 billones de toneladas de alimentos al año que no se desperdiciaron; e) 470 millones más de trabajadores con buenos empleos y medios de subsistencia; f) 200 millones más de jóvenes empleados con las habilidades necesaria para obtener un buen trabajo; g) 1.2 billones más de personas conectadas al suministro eléctrico; h) De 190 a 240 millones de hectáreas más de áreas boscosas; i) \$30 mil billones de dólares gastados por gobiernos en todo el mundo contabilizados de forma transparente; j) Personas de todas partes participando en la toma de decisiones y pidiendo cuentas a funcionarios; k) Promedios de temperatura globales en vías de estabilizarse en menos de 2° C por encima de los niveles preindustriales; y l) 220 millones menos de personas que sufren los devastadores efectos de desastres naturales.²⁴

Considerados estos “impactos positivos” en su aspecto negativo nos muestran la agenda de problemas que enfrentará el mundo y la necesidad de abordarlos en la dimensión real: lo local. Como se advierte, a pesar de la pretensión global se requieren siempre acciones locales para lograr estos objetivos. Por lo anterior, a diferencia de Zygmunt Bauman, como se destaca en la *Agenda para una década crítica*, del Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza, hay que resolver los problemas con soluciones locales que tengan a su vez efectos globales.²⁵ El problema de gobernabilidad “global” se resuelve en la gobernabilidad “local”.

III. LA GOBERNANZA COMO TÉCNICA DE “CONTROL”

Así, se destaca que la esfera del concepto de gobernabilidad abraza la capacidad para la toma de decisiones políticas en el marco de los cauces institucionales de un determinado régimen político; en cambio la gobernanza abarca el conjunto de patrones o procesos generadores de estructuras en cuyo marco los actores políticos y privados interactúan en la búsqueda de sinergias institucionales respetuosas con determinados valores. En cuanto contribuye a

²⁴ Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentas sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

²⁵ Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE), Agenda para una década crítica, Plan Estratégico 1993/2000, Costa Rica, 1996, p. 5.

la creación de capacidad de acción, la gobernanza es, por tanto, un método o mecanismo que contribuye a la generación de gobernabilidad o, dicho de otra forma, la gobernabilidad es un resultado de la gobernanza.²⁶

Además, recientemente, asociado a la cuestión “global” surge el concepto de “gobernanza”, como una herramienta que pretende operar los aspectos asociados a la estabilidad social. Carlos Closa Montero siguiendo a Vidal-Beneyto, destaca que éste ha trazado perfectamente el proceso de gestación de la palabra gobernanza: la categoría se elaboró primero en círculos intelectuales, para pasar a las organizaciones intergubernamentales y a los gobiernos después. Esta “circulación institucional” asegura su incorporación al acervo de uso común y, progresivamente, incorpora la carga valorativa asociada al concepto.²⁷

Lo anterior muestra lo emparentados que están los conceptos de “gobernabilidad” y “gobernanza”, como lo destacan Guy B. Peters y Jon Pierre, entre los factores que impactan en la emergencia de la “gobernanza”, se encuentran: a) la crisis financiera del Estado de los años ochenta y noventa; b) el cambio ideológico hacia el mercado; c) la globalización; d) el fracaso del Estado; e) la aparición de la nueva gestión pública (new public management); f) el cambio social y las complejidades políticas; g) las nuevas fuentes de gobernanza regional e internacional; y h) el legado de la tradición política de rendición de cuentas. Destacamos el inciso b), que según los autores: *La segunda explicación del creciente interés en la gobernanza es el cambio de una cultura política colectivista a una individualista o, en general, un cambio ideológico de la política respecto al mercado.*²⁸

Renate Mayntz recuerda que *governance* se viene utilizando como sinónimo de *politische Steuerung* (dirección política). Pero destaca que el término *governance* se ha utilizado recientemente en dos acepciones adicionales: (1) en primer lugar, para indicar un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado; (2) pero, en segundo lugar, en segundo lugar, *governance* refiere a una modalidad distinta de coor-

²⁶ Iglesias Alonso, Ángel, *Gobernanza e innovación en la gestión pública: Alcobendas 1979-2003*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, p. 28.

²⁷ Closa Montero, Carlos; “El libro blanco sobre la gobernanza”, en *Revista de Estudios Políticos*, número monográfico sobre la Reforma de la Unión Europea ante la cita de 2004, núm. 119, Enero-Marzo de 2003, p. 486.

²⁸ Peters, Guy B., y Pierre Jon, “¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?”, en Cerriello i Martínez Agustí (coord), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, 2005, pp. 37-53, en el caso del texto en itálicas, p. 41.

dinación de las acciones individuales, entendidas como formas primarias de construcción del orden social, término que se deriva de la economía de los costes de transacción, y en particular del análisis del mercados, y de la jerarquía como forma alternativa de organización económica.²⁹

Para la Comisión sobre Gobernanza Global, la gobernanza es: ...la suma de las múltiples maneras como los individuos y las instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos comunes. Es un proceso continuo mediante el que pueden acomodarse intereses diversos y conflictivos y adoptarse alguna acción cooperativa. Incluye las instituciones formales y los regímenes con poder para imponer obediencia, así como arreglos informales que las personas y las instituciones han acordado.³⁰

Para Agustí Cerrillo I Martínez: La gobernanza es el conjunto de normas, principios y valores que pautan la interacción entre los actores que intervienen en el desarrollo de determinada política pública.³¹ Para el autor la interacción se produce en entornos más o menos estables de “políticas públicas”³².

La Comisión de las Comunidades Europeas, en la obra *La gobernanza europea. Un libro blanco*, señala: “El concepto de gobernanza designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia”.³³ En cambio,

²⁹ Mayntz, Renate, “Nuevos Desafíos de la Teoría de la Governance”, en *Instituciones y Desarrollo*, número 7, noviembre 2000, pp. 35-51. Existe versión electrónica en: <http://www.uned.es/113016/docencia/spd-posgrado/urjc-2003/mayntz%20gobernaci%F3n%20iigov%201998.pdf>, consultado el 31 de octubre de 2013.

³⁰ Así, en el informe: “Our Global Neighborhood” Report of the Commission on Global Governance (ISBN 0-19-827998-1; Published by Oxford University Press, 1995), sobre “The Concept of Global Governance”, se establece que: *Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest.*

³¹ Cerrillo I Martínez, Agustí, “La gobernanza hoy”, en *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, Esp., INAP, 2005, p. 19.

³² En diversos foros me he expresado en contra de la idea de “políticas públicas”, en particular porque, en mi opinión, el concepto de “política” en el idioma español ya involucra el espacio “público”, por lo que no es necesario adjetivarla, ni crítica también se asocia al sentido de la palabra griega *politeia*, que refiere a lo público.

³³ Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea. Un libro blanco*, Bruselas, Bélgica, 2001, pie de pagina 1. En la página 10 de esa obra se definen los principios de la buena gobernanza, a saber: apertura, participación, eficacia y coherencia que se incorporan a la definición de “gobernanza”. En el libro se lee: *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco, se*

para el Banco Mundial, la gobernanza consiste en todas las instituciones y tradiciones a través de las cuales se ejerce la autoridad en un país. Incluye los procesos a través de los cuales se selecciona, monitorea y sustituye al gobierno; la capacidad del gobierno de formular e implementar efectivamente políticas de fondo; y el respeto de los ciudadanos y el Estado para las instituciones que regulan las interacciones económicas y sociales entre ellos.³⁴

Así, la gobernanza se presenta como: a) una especie de acuerdo que exige acción cooperativa institucional entre actores públicos y privados; b) se identifica con normas, principios y valores para esa acción; y c) una dimensión o espacio institucional de interacciones horizontales entre gobernantes y gobernados. Implica acción socio-política y de gobierno.

Ahora bien, atendiendo a los nexos entre “gobernanza” y “gobernabilidad” ¿Qué se debe entender por gobernabilidad? En *The crisis of democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, se destaca que la gobernabilidad se refiere a la capacidad de los gobiernos para dar dirección a las economías, las sociedades y las comunidades políticas en las que se gobernan, y para hacerlo con eficacia.³⁵ También se afirma que el término hace referencia a la capacidad de los gobernantes para mantener la conducción de las sociedades desde la estructura política y administrativa del Estado, sin recurrir a excesos represivos ni caer en crisis cíclicas.³⁶ En el documento se destaca que: el núcleo del problema radica en las contradicciones inherentes a la misma frase “la gobernabilidad de la democracia”. En efecto, en alguna medida, la gobernabilidad y la democracia son conceptos que están en guerra. Un exceso de democracia significa un déficit de gobernabilidad, la gobernabilidad fácil sugiere una democracia defectuosa.³⁷

afirma que: *El concepto de “gobernanza” designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia.*

³⁴ *What is governance? Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced, the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them.*

³⁵ Crozier, Michael J., Huntington, Samuel P., and Watanuki, Joji, *The Crisis of Democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, 1975, p. 188. *Governability presumably refers to the ability of governments to give direction to the economies, societies, and political communities in which they govern, and to do so effectively.*

³⁶ Valdés Ugalde, Francisco; “Gobernanza e instituciones. Propuesta para una agenda de investigación”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, Año 16, número 31, Enero-junio de 2008, p. 96.

³⁷ Crozier, Michael J., Huntington, Samuel P., Watanuki, Joji, *The crisis of democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, USA, New York University Press, 1975, p. 173. *The heart of the problem lies in the inherent contradictions involved in*

Como se advierte, el concepto no tiene una pretensión democrática, por el contrario pretende “administrar” de alguna manera el “sentido de lo democrático”, colocándose en el centro entre el desorden y el control. Ni exceso, ni carencia, ajuste institucional para evitar que la libertad se desborde. Lo anterior parece consistente con las acusaciones que se formulan a la Comisión Trilateral de ser *el comité ejecutivo de asesoría del capital financiero trasnacional*³⁸, o con la idea de que la propuesta de la Comisión se resume en su plan de juego general: un mundo capitalista dominado por las naciones capitalistas (ellas mismas dominadas por los intereses del capital trasnacional), cooperando en una ofensiva concertada contra el revolucionarismo del Tercer Mundo, mediante la aplicación de la integración irredimible de las neocolonias en los mercados capitalista internacionales de mercancías, inversión y financieros, y a través de la cooperación en la presentación de un frente común contra el mundo socialista en materia económica, política y militar.³⁹

Por supuesto, aunque en apariencia ya se trascendió al mundo bi-polar, a partir de la caída de “El Muro de Berlín”, las afirmaciones de la geopolítica y su lógica siguen presentes en el momento actual.⁴⁰

De esta forma, para Juan Francisco Escobedo: Un gobierno desprestigiado, con baja institucionalidad y organizaciones de mala calidad, producirá una deficiente gobernación, incapaz de enfrentar el cambio y la complejidad social. Para decirlo de manera sencilla: la gobernabilidad alude a la capacidad y rendimiento del sistema político y especialmente de las estructuras gubernamentales y administrativas, y la gobernación refiere al

the very phrase “governability of democracy”. For, in some measures, governability and democracy are warring concepts. An excess of democracy means a deficit in governability; easy governability suggest faulty democracy.

³⁸ Frieden, Jeff, “The Trilateral Commission: Economics and politics in the 1970s”, en Sklar, Holly (ed.), *The Trilateral Commission and Elite Planning for World Management*, USA, South End Press, 1980, p. 69. *The Trilateral Commission is the executive advisory committee to transnational finance capital.*

³⁹ Ibídem, p. 73. *The Commission’s proposal on these and other issues are complex and comprehensive, many are discussed elsewhere in this volume. Here it is enough to summarize once more their general game plan: a capitalist world dominated by the industrial capitalist nations (themselves dominated by transnational capital interest) cooperating in a concerted offensive against Third World revolutionism by pursuing the irredeemable integration of the neocolonies into international capitalist commodity, investment and financial markets; and cooperating in presenting a common front to the socialist world on economic, political, and military matters.*

⁴⁰ No podemos dedicar espacio para argumentar sobre este punto, pero podemos afirmar que la caída de “El Muro de Berlín” en 1989 no fue el fin del enfrentamiento bi-polar, quizás lo único se perdió realmente fue el valor ideológico del comunismo real, por el contrario ese evento provocó una serie de conflictos asociados al momento histórico en donde la lucha por recursos naturales reavivó el juego de la guerra.

modelo o patrón de intercambios, toma de decisiones y acciones de los actores colectivos de una sociedad, a partir de pautas del gobierno.⁴¹

El concepto acuñado por *La Comisión Trilateral* tuvo éxito, en México, como ejemplo, un autor afirma que por gobernabilidad se entiende la capacidad de los gobernantes para mantener la conducción de las sociedades desde la estructura política y administrativa del Estado, sin recurrir a excesos represivos ni caer en crisis cílicas, al que ahora adiciona con el concepto contrario, ingobernabilidad, se empleó para indicar la crisis de las democracias, caracterizada por una doble vía: el crecimiento inmoderado de la administración gubernamental y la dificultad que los Estados occidentales enfrentaban entonces para resolver los dilemas de la guerra fría.⁴² El mismo autor sostiene que el concepto de gobernabilidad emergió y se generalizó con una vocación orientada fundamentalmente al control de procesos localizados en el ocaso del orden surgido de la segunda posguerra, con énfasis particular en las democracias avanzadas.⁴³

Desde este contexto, es evidente la relación que existe entre la idea de “gobernabilidad” y las realidades a las que pretende adscribir, asociado a un equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental⁴⁴, con lo que se pretende integrar los dos lados de la ecuación gubernativa: la social (vida) y la administrativa (poder, sistema).

Según Antonio Camou, una definición amplia de gobernabilidad se integra de tres componentes básicos: la “razón de Estado” y su continuidad en términos del paradigma del gobierno eficaz; la tradición del “buen gobierno”; y el problema del orden político y su continuidad en la preocupación por la “estabilidad” política, así, la gobernabilidad es un estado de equilibrio entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental. Esta breve definición articula los principios de eficacia, legitimidad y estabilidad presentes en los distintos análisis del tema de la gobernabilidad.⁴⁵ Por lo anterior “eficacia”, “legitimidad” y “estabilidad” en el ejercicio del poder

⁴¹ Escobedo, Juan Francisco; México: Poliarquía en construcción. Democratización, comunicación, información y gobernabilidad, México, Universidad Iberoamericana, Fundación Konrad Adenauer, Fundación Información y Democracia, 2004, p. 107.

⁴² Valdés Ugalde, Francisco; “Gobernanza e instituciones. Propuesta para una agenda de investigación”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, Año 16, número 31, Enero-junio de 2008, p. 96.

⁴³ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁴ Camou, Antonio, *Gobernabilidad y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1995, p. 13.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 13 y 22.

político aparecen como componentes básicos de la gobernabilidad⁴⁶, aderezados con la peligrosa idea de la “razón de Estado”.

Por lo anterior, más allá del debate, la gobernabilidad se asocia directamente con el gobierno en su dimensión “político-administrativa” y en su capacidad de dar respuesta a las expectativas ciudadanas, mostrando efectivo y legítimo liderazgo, elaborando procesos socio-políticos con presencia ciudadana; generando políticas de participación social; aplicando programas para abatir pobreza, combatir la corrupción; y realizando reformas administrativas que abonen a la eficacia y a la eficiencia.

Sin embargo, al articular los conceptos de “gobernabilidad” y “globalización”, Juan José Sanabria López destaca que la gobernabilidad es la capacidad que tiene el gobierno de un Estado para construir consensos y articular respuestas que produzcan el impacto esperado. Agrega que los Estados que tengan un fuerte déficit en la construcción de instituciones legítimas y eficaces padecerán más los efectos de la globalización, lo que en su opinión es el caso de América Latina.⁴⁷

Laura Cárdenas Lorenzo destaca que el término *governance* se ha traducido como “buen gobierno”, “gobernanza” y “gobernabilidad”, sostiene que recientemente se han hecho esfuerzos serios para traducir *governance* como “gobernanza”. La autora sostiene que “gobernabilidad” es la capacidad de presentar y aplicar decisiones políticas mediante los cauces institucionales y las reglas del juego establecidas en los régimenes democráticos, sin violentar el marco del derecho y en un contexto de legitimidad democrática; en cambio por gobernanza debe entenderse que los actores políticos y sociales llevan a cabo procesos de intercambio, coordinación, control, interacción y toma de decisiones (en las cuales también se encuentra la toma de decisiones políticas) dentro y entre órdenes sociales y régimenes democráticos, y que en su dimensión prescriptivo-normativa buscan en la actualidad ser consecuentes con los valores de la democracia (representatividad, legitimidad) la eficiencia y la eficacia institucionales.⁴⁸

Así, podemos rechazar la pretensión de asimilar las palabras “gobernabilidad” y “gobernanza”, porque sus dimensiones semánticas y sus ámbitos de acción son diferentes: la primera se refiere a las respuestas guber-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁷ Sanabria López, Juan José, “Globalización y Gobernabilidad: el caso de América Latina”, en Cortés Guzmán, Silvestre, *Democracia y gobernabilidad en el marco de la globalización*, México, UNAM-FES Acatlán, 2005, p. 180.

⁴⁸ Cárdenas Lorenzo, Laura, Comunicación y construcción de ciudadanía. Aportes para el desarrollo, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación-Instituto de Periodismo Preventivo y Análisis Internacional, Catarata, 2009, p. 75.

namentales a los problemas sociales, esto es, cómo se procesa en el nivel gubernamental las diversas necesidades de ciudadanos e integrantes de la colectividad, lo que es sustantivamente un problema de eficacia; en cambio la segunda, se relaciona con los acuerdos institucionales a partir de normas, principios y valores relacionados con la acción cooperativa entre los diversos intereses en la acción de política o de gobierno, esto es, con el consenso.

Sin embargo, a pesar de su diferenciación semántica, las nociones de gobernabilidad y gobernanza no aportan *per se* soluciones a la institucionalidad de una nación, son únicamente conceptos que pretenden explicar determinado sector de fenómenos de la realidad política. En este contexto, asoma la cabeza el “viejo concepto de política”, decantado en términos de “poder”, porque, como claramente se destaca: *La política, como conflicto sobre la asignación de valores, es consustancial a cualquier sistema de organización aunque se le denomine sistema de gobernanza.*⁴⁹

Por lo anterior en el *Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentas sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015*, se destaca como una prioridad: *Construir paz e instituciones eficaces, abiertas y responsables para todos. El derecho a vivir sin violencia, conflictos u opresión es esencial para la existencia humana, y la base para construir paz y sociedades prósperas. Hacemos un llamado para un cambio fundamental: reconocer que la paz y la buena gobernanza son elementos esenciales para el bienestar, no un suplemento alternativo.*⁵⁰ Lo que muestra de nuevo el problema de la gestión político-administrativa.

En este sentido, con su énfasis en los acuerdos, la institucionalidad y control, la gobernanza se presenta como una técnica de control, una ingeniería social en el sentido popperiano: la del ingeniero social que se considera capaz de influir o modificar la historia; que piensa la acción política inteligente una vez determinado el curso futuro de la historia. Un ingeniero social que cree que la base científica de la política debe consistir en la información fáctica necesaria para la construcción o alteración de instituciones sociales⁵¹, allí está el verdadero rostro de la “gobernanza”, sin importar sus calificativos.

⁴⁹ Closa Montero, Carlos, *El libro blanco sobre la gobernanza*, p. 503.

⁵⁰ Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentas sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

⁵¹ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. Eduardo Loedel y Amparo Gómez Rodríguez, Barcelona, Paidós Ibérica, 2006, p. 37 y nota 9 del capítulo III.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS “NUEVAS” TÉCNICAS DE ADMINISTRACIÓN Y EL NEO-INDIVIDUALISMO

Referirse a “gobernabilidad” es hablar fundamentalmente de “eficacia”, “estabilidad”, “control” y “participación de los actores” en espacios institucionales y no institucionales, es referirse a conducción política certera; es saber procesar las demandas de los ciudadanos, dándoles respuestas adecuadas; es conciliar los intereses de los grupos, mediante acuerdos explícitos que comprometan a los actores involucrados a respaldar las decisiones más satisfactorias para las mayorías evitando conflictos. La gobernabilidad requiere también de disponibilidad de los ciudadanos para transitar por los caminos de la legalidad. Las condiciones sin las cuales no puede haber gobernabilidad son la “legitimidad” de los gobiernos y la observancia de la ley.⁵²

En la obra *Modernización administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable*, Ignacio Pichardo Pagaza, alude a la administración pública en 1993, preguntándose: ¿Cuáles eran las medidas de reforma en boga en aquellas que parecen ya lejanas fechas? Su respuesta es que eran: a) acciones de mejoramiento de la eficiencia; b) formulación de un plan financiero y una estrategia de gestión; c) descentralización; d) reforma y re-estructura del servicio profesional de carrera; e) nuevas técnicas y culturas de gestión; f) participación de los usuarios; g) mecanismos de mercado; h) mayor autonomía para las empresas paraestatales; i) participación de la sociedad en la ejecución de las reformas; j) privatización de las empresas públicas, y k) desregulación de las empresas privadas.⁵³

Como lo destaca Ángel Iglesias Alonso todo modelo de gobernanza está compuesto por un conjunto de estructuras y procesos en los que se enmarcan las acciones de los actores; en este contexto, los cambios en las prácticas de la gestión administrativa son una derivada de ese modelo de gobernanza a la vez que tienen influencia en el mismo.⁵⁴

Desde instituciones internacionales se destaca que: Personas de todo el mundo están exigiendo una mejor gobernanza. Desde sus autoridades locales, pasando por los parlamentarios, los gobiernos nacionales y hasta el

⁵² Alvarado Alcántara, Abelardo; *Percepciones acerca de la gobernabilidad* en Camacho Solís, Manuel y Valadés, Diego (coords); *Gobernabilidad democrática ¿qué reforma?* México, IIJ-UNAM y Cámara de Diputados LIX Legislatura, 2004, p. 24.

⁵³ Pichardo Pagaza, Ignacio; *Modernización administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable*, México, El Colegio Mexiquense y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, 2004, p. 22.

⁵⁴ Iglesias Alonso, Ángel, *Gobernanza e innovación en la gestión pública: Alcobendas 1979-2003*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, p. 28.

sistema multilateral, las personas quieren un liderazgo ético. Quieren que sus derechos humanos universales sean garantizados y reconocidos ante la ley. Quieren que se escuchen sus voces y que las instituciones sean transparentes, receptivas, capaces y responsables. Las personas de todas partes quieren mayor participación en las decisiones sobre el modo en que son gobernadas; y la palabra “instituciones” comprende normas, leyes y entidades gubernamentales, pero también las reglas informales de interacción social.⁵⁵ Lo anterior muestra la vigencia de las “nuevas técnicas” de administración.

En el documento: *Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015*⁵⁶, se destacan como objetivos de la buena gobernanza: a) Proporcionar acceso libre y universal a una identidad jurídica, como los registros de nacimiento⁵⁷; b) Garantizar que las personas disfruten de libertad de expresión, asociación, protesta pacífica y acceso a medios de comunicación e información independientes; c) Aumentar la participación pública en los procesos políticos y la implicación ciudadana a todos los niveles; d) Garantizar el derecho a la información y el acceso a datos gubernamentales por parte del público; y e) Reducir el soborno y la corrupción, y garantizar que a los funcionarios se les pueda exigir cuentas⁵⁸.

Como se advierte, esas ideas son compatibles con las “nuevas técnicas” de administración, que son los procesos que temporalmente pueden ubicarse a finales del siglo XX, pero que en la actualidad tienen trascendencia significativa en la administración pública, al extremo de constituir “relatos validos”, o argumentos de justificación, sobre los que se construye la administración pública del siglo XXI.

En el contexto del momento actual, entre las “nuevas técnicas” administrativas ubicamos: 1. La nueva gestión pública o la administración pos-

⁵⁵ Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

⁵⁶ Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

⁵⁷ El documento destaca que: *Cada año, unos 50 millones de nacimientos quedan sin registrar en ninguna parte, por lo que estos niños no cuentan con una identidad jurídica.*

⁵⁸ El documento menciona en varias partes: *La buena gobernanza y la lucha contra la corrupción son cuestiones universales. En todas partes, las instituciones podrían ser más justas y responsables. La clave es la transparencia. Una meta que sería útil es disminuir el grado de soborno y corrupción en la sociedad. Cuando se encuentren evidencias de soborno o corrupción que involucren a funcionarios públicos o a particulares, se les debería exigir cuentas. Debe haber tolerancia cero.*

burocrática; 2. La transparencia; 3. La rendición de cuentas; 4. Las normas técnicas; 5. El paradigma de calidad; y 6. La transferencia de competencias “ejecutivas” a órganos especializados plasmados en el nivel constitucional (agencias regulatorias).

En lo que se refiere a la “gobernanza democrática” el Libro *La Gobernanza Europea*, un *Libro Blanco*, destaca los cinco principios de la buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, que se consideran esenciales para la instauración de una gobernanza más democrática, que pueden aplicarse a todos los niveles de gobierno: mundial, europeo, nacional, regional y local.⁵⁹

Así, los problemas sociales se resuelven aplicando las técnicas de la administración privada a la gestión pública, basta una mejor planeación, programación, operación y control para resolver la crisis institucional, esto es, el viejo paradigma de “menos política y más administración”⁶⁰. Así, parece que los problemas de gobernabilidad o gobernanza son relativamente simples: basta inyectar más recursos al sistema para propiciar la eficiencia y la eficacia, lo que nos llevaría al desarrollo.

Sin embargo, el tema del desarrollo económico inserto en la pretensión de la “gobernanza global” no está exento de contradicciones, como lo destaca Juan Francisco Escobedo el desarrollo genera sus propias contradicciones que abonan a la ingobernabilidad, así: Los efectos no deseados del desarrollo, como la corrupción, la ineficacia, el desvío de los recursos públicos nacionales, locales o los derivados del financiamiento internacional; los altos costos de transacción que se tienen que pagar para emprender actividades productivas; así como la compleja trama de complicidades e impunitudes que generan la aplicación sesgada y discrecional de la ley, no puede soslayarse indefinidamente. Estos procesos no se erradican o acotan automáticamente. Más recursos en manos de deficientes instituciones, gobernabilidad o gobernanza de baja eficacia, no necesariamente constituyen la mejor estrategia para superar los problemas de desarrollo. En algunos casos suelen reforzar el *status quo* y la trama política y gubernamental con sesgos clientelares y patrimonialistas, porque los obstáculos al desarrollo no sólo se derivan del centralismo, del bajo presupuesto o de la falta de políticas sociales adecuadas; de la democratización débil; de la baja e ineficaz institucionalidad o de la fragilidad del Estado de Derecho. Todo ello se expresa en el desigual diseño institucional y jurídico que subyace en las estructuras administrativas, en la planeación e implantación de planes y programas, en las

⁵⁹ Comisión de las Comunidades Europeas; *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*, Bruselas, 25 de julio de 2001, Apartado II “Los principios de la buena gobernanza”.

⁶⁰ Frase atribuida a Porfirio Díaz.

relaciones intergubernamentales, en las tensiones derivadas de la emergente situación de los gobiernos divididos, en el viejo pacto fiscal y presupuestario y en las limitaciones del Estado de Derecho, para responder a las demandas sociales, aplicar la ley y encauzar la conflictividad social y política.⁶¹

La preocupación a nivel internacional por la administración pública aparece por primera vez en la Resolución 723 (VIII) de 23 de octubre de 1953, en la Resolución aprobada en el 8º periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, Asistencia técnica en materia administración, donde se aprueba un programa en materia de administración pública en materia de administración pública que comprende: a) asesoría de expertos; b) becas; c) instituto de formación profesional, seminarios, conferencias y grupos de trabajo; y d) publicaciones técnicas. En la Resolución 1024 (XI) Asistencia técnica en materia de administración pública, emitida por la Asamblea General en la 63^a sesión plenaria el 21 de diciembre de 1956, amplió las actividades de este programa.

En la resolución 1385 (XIV) Asistencia de las Naciones Unidas en materia de administración pública, derivada de la 841^a sesión plenaria de 20 de noviembre de 1959 de la Asamblea General, se recomienda a los gobiernos nombrar funcionarios y los servicios de expertos calificados por los centros e institutos de capacitación en administración pública de los Estados miembros. La resolución 2561 (XXIV) La administración pública y el desarrollo, aprobada el 24 periodo de sesiones, en la 1832^a sesión plenaria, de 13 de diciembre de 1969, por la Asamblea General, recomendó a los Estados miembros prestar la debida consideración a la administración pública en sus planes y programas de desarrollo nacional.

A finales del siglo XX, en la resolución A/RES/50/225 de 1º de mayo de 1996 “Administración pública y desarrollo”, aprobada por la Asamblea General en la Quincuagésimo período de sesiones, numerales 4, 5, 6, 7, 8 y 9 destaca que los gobiernos nacionales se enfrentan en la administración pública a una gran diversidad de tareas y de tendencias; reafirma que la democracia y la gestión pública y la administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad constituyen las bases indispensables para el logro de un desarrollo sostenible de carácter social y centrado en la población; subraya la importancia de la gestión pública y la administración transparentes y responsables en todas las instituciones nacionales e internacionales públicas y privadas; reconoce que es necesario que los sistemas de administración pública sean racionales y eficaces y cuenten con la capaci-

⁶¹ Escobedo, Juan Francisco; México: Poliarquía en construcción. Democratización, comunicación, información y gobernabilidad, p. 104.

dad y el potencial apropiados mediante, entre otras cosas, el fomento de la capacidad, la promoción de la transferencia de tecnología y de su acceso y utilización, el establecimiento o la mejora de programas de capacitación para la administración pública, el aumento de la colaboración del sector público con el sector privado y la sociedad civil, así como la creación de un entorno que favorezca las actividades del sector privado, según proceda, la promoción de la función y la participación de la mujer en la administración pública y el desarrollo de capacidades multisectoriales y multidisciplinarias, en que se tengan en cuenta los aspectos relacionados con el género, y que esos sistemas deben apoyar todas las fases del proceso de desarrollo, así como la promoción de oportunidades para lograr una participación universal en todas las esferas del sector público; reafirma que los gobiernos de todos los países deben promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, inclusive el derecho al desarrollo, teniendo en cuenta la relación de interdependencia y refuerzo mutuo que existe entre la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos, y deben procurar que las instituciones públicas respondan mejor a las necesidades de la población; e invita a los gobiernos a fortalecer su capacidad de administración pública y gestión financiera mediante la reforma de la administración y la gestión del sector público, haciendo hincapié en el aumento de la eficiencia y la productividad, la responsabilidad y la flexibilidad de las instituciones públicas, y les exhorta a descentralizar cuando proceda las instituciones y los servicios públicos.

La resolución A/RES/60/34 “Administración pública y desarrollo” aprobada por la Asamblea General el 30 de noviembre de 2005⁶², numerales 2, 3, 6 y 7, destaca que la administración pública propicia a la participación y que responda a las necesidades de la población, así como de la gobernanza, pone de relieve que la gobernanza y la transparencia y rendición de cuentas contribuirán a la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio; reconoce la importancia que reviste el empeño de los gobiernos por promover la participación del público en la gobernanza y los procesos de desarrollo, mediante la cooperación con todos los interesados en sus sociedades respectivas, incluido el sector privado, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales; pide a todos los Estados Miembros que respeten los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley y la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de transparencia, rendición de

⁶² Asamblea General, 17 de marzo de 2006, Sexagésimo período de sesiones, Tema 41 del programa, 58^a sesión plenaria, 30 de noviembre de 2005.

cuentas y rechazo de la corrupción en todos los niveles y en todas sus formas, e insta a los Estados Miembros que todavía no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de promulgar leyes para cumplir esos objetivos; y conviene en que las Naciones Unidas deben promover las innovaciones en el gobierno y la administración pública, y destaca la importancia de aprovechar mejor el Día de las Naciones Unidas para la Administración Pública y los Premios de las Naciones Unidas a la Administración Pública en el proceso conducente a revitalizar la administración pública creando una cultura de innovación, colaboración y respuesta a las necesidades.

Además, en el numeral 4 del documento: Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, se destaca la necesidad de construir paz e instituciones eficaces, abiertas y responsables para todos. El derecho a vivir en paz, sin conflictos ni violencia es el derecho humano más básico y el fundamento esencial para la construcción de sociedades pacíficas y prósperas. Al mismo tiempo, las personas de todo el mundo esperan que sus gobiernos sean honestos, responsables y receptivos a sus necesidades. Por lo que se hace un llamado para un cambio fundamental: reconocer que la paz y la buena gobernanza son elementos esenciales para el bienestar, no suplementos alternativos. Se trata de una agenda universal, para todos los países, en la que instituciones receptivas y legítimas deberían promover el estado de derecho, los derechos de propiedad, la libertad de expresión y de los medios de comunicación, las opciones políticas abiertas, el acceso a la justicia y un gobierno e instituciones públicas responsables. Necesitamos una revolución de la transparencia, para que los ciudadanos sepan exactamente dónde y cómo se gastan los impuestos, la ayuda a la cooperación y los ingresos de las industrias extractivas. Se trata de fines así como de medios.⁶³

Como se advierte, esta agenda de reformas administrativas ha sido puesta en operación en mayor o en menor medida en México, con mayor o menor éxito, por lo que podríamos afirmar que la administración pública mexicana —al menos en su diseño— obedece a estándares internacionales.

Sin embargo, existe siempre una dimensión que hace relativos los supuestos avances en la administración pública: su dimensión ideológica y su nexo con el credo del libre mercado. Como lo destaca María José Fariñas

⁶³ Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

Dulce: La ideología neoliberal del mercado reduce la vida humana a un mero análisis de costes y beneficios que desemboca en un individualismo sistemático basado en el cálculo de las ventajas individuales obtenidas dentro de un grupo social. Todo ello encamina a los seres humanos hacia un neoindividualismo posesivo y consumista que configura la base antropológica y social de nuestra época. Lo más preocupante es que el neoindividualismo privatista aspira a convertirse en una nueva ética universal y homogénea, perfectamente difundida por los monopolios mediáticos. Su universalidad moral se difunde frente a cualesquier otras éticas, como las éticas ecológicas o las antiecologistas, las animalistas o antianimalistas, las feministas o las antifeministas, las pacifistas, etc. En una palabra, estamos ahora ante la universalización de un individualismo ya anunciado por Thomas Hobbes, que se basa en el criterio del imperio de la ley del más fuerte y abandona a los seres humanos a su insegura gestión de los riesgos de alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo y condiciones del mismo, vejez, enfermedades, discapacidades y seguridad. El neoindividualismo destruye la dimensión colectiva, solidaria y democrática de las relaciones sociales, rompe los vínculos de integración e instala a los seres humanos en una cultura de la satisfacción y del consumo inmediato. De ahí deriva la paradoja central de nuestras sociedades globales: en el momento en que la economía de libre mercado se mundializa y se transforma de modo acelerado gracias a la utilización de unas tecnologías y unos medios de transporte y de comunicación nuevos, el ser humano deja de proyectarse hacia el futuro, pierde elementos de seguridad, de identidad de clase y busca un fundamento en el pasado, en un deseo ahistórico, en identidades perdidas o en nuevas y, a veces, lejanas espiritualidades religiosas.⁶⁴

Aquí de nuevo aparece la cabeza de Jano y su contradicción: a la dicotomía global-local, hay que agregar la administración pública-empresa y administrado-cliente, con lo cual de nuevo se muestra el gran déficit de la globalización y sus conceptos asociados: la pérdida de la identidad ciudadana. Tenemos el derecho de pertenecer a cualquier minoría, pero perdimos el derecho de pertenecer a una nacionalidad. Lo “global” nos hace ciudadanos del mundo, pero al costo de perder nuestra identidad social nacional. Lo anterior muestra como paradoja la pérdida de la individualidad.

⁶⁴ Fariñas Dulce, María José, Neoindividualismo y desigualdad, nota en El País, sección Tribuna, de 5 de enero de 2005, visible en: http://elpais.com/diario/2005/01/05/opinion/1104879608_850215.html, consultada el 8 de febrero de 2014.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO ALCÁNTARA, Abelardo; Percepciones acerca de la gobernabilidad en Camacho Solís, Manuel y Valadés, Diego (coords); Gobernabilidad democrática ¿qué reforma? México, IIJ-UNAM y Cámara de Diputados LIX Legislatura, 2004.

BAUMAN, ZYGMUNT, Múltiples culturas, una sola humanidad, entrevista con Daniel Gamper Sachse, España, Katz Editores, 2008.

CAMOU, Antonio, Gobernabilidad y democracia, México, Instituto Federal Electoral, 1995.

CÁRDENAS LORENZO, Laura, Comunicación y construcción de ciudadanía. Aportes para el desarrollo, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación-Instituto de Periodismo Preventivo y Análisis Internacional, Cata- rata, 2009.

CARRASCO JUAN BAUTISTA, Mitología Universal, historia y explicación de las ideas religiosas y teológicas de todos los siglos, de los dioses de la India, el Tibet, la China, la Asia, el Egipto, la Grecia y el mundo romano; de las divinidades de los pueblos eslavos, escandinavos y germanos; de la idolatría y el fetichismo americanos y africanos, etc., Biblioteca Ilustrada de Gaspar y Roig, Imprenta Gaspar y Roig, editores, 1864.

CENTRO AGRONÓMICO TROPICAL DE INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA (CA- TIE), Agenda para una década crítica, Plan Estratégico 1993/2000, Costa Rica, 1996.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “La gobernanza hoy”, en La gobernanza hoy: 10 textos de referencia, Madrid, Esp., INAP, 2005.

CLOSA MONTERO, Carlos; “El libro blanco sobre la gobernanza”, en Revista de Estudios Políticos, número monográfico sobre la Reforma de la Unión Europea ante la cita de 2004, núm. 119, Enero-Marzo de 2003.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, La gobernanza europea. Un libro blanco, Bruselas, Bélgica, 2001.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco, Bruselas, 25 de julio de 2001.

CROZIER, Michael J., HUNTINGTON, Samuel P., and WATANUKI, Joji, The Crisis of Democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission, New York University Press, 1975.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22^a ed., España, Real Academia Española, 2001.

DICCIONARIO DE MARÍA MOLINER, voz: Global, visible en: <http://www.diclib.com/global/show/es/moliner/G/2540/1200/12/0/40861#.Uuo-EPl5MXY#ixzz2rs1jeB8>, consultado el 30 de enero de 2014.

ESCOBEDO, Juan Francisco; México: Poliarquía en construcción. Democratización, comunicación, información y gobernabilidad, México, Universidad Iberoamericana, Fundación Konrad Adenauer, Fundación Información y Democracia, 2004.

FARIÑAS DULCE, María José, Neoindividualismo y desigualdad, nota en El País, sección Tribuna, de 5 de enero de 2005, visible en: http://elpais.com/diario/2005/01/05/opinion/1104879608_850215.html, consultada el 8 de febrero de 2014.

FRIEDEN, Jeff, “The Trilateral Commission: Economics and politics in the 1970s”, en Sklar, Holly (ed.), The Trilateral Commission and Elite Planning for World Management, USA, South End Press, 1980.

HELD, David y MCGREW, Anthony, The Great Globalization Debate: An Introduction, en Held, David y McGrew, Anthony (eds.), The Global Transformations Reader. An introduction to the globalization debate, second edition, second reprinted, England, Polity Press-Blackwell Publishing, 2005.

IGLESIAS ALONSO, Ángel, Gobernanza e innovación en la gestión pública: Alcobendas 1979-2003, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

IGLESIAS ALONSO, Ángel, Gobernanza e innovación en la gestión pública: Alcobendas 1979-2003, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

INFORME: “Our Global Neighborhood” Report of the Commission on Global Governance (ISBN 0-19-827998-1; Published by Oxford University Press, 1995).

MARRAMAO, Giacomo, Contra el poder. Filosofía y escritura, tr. María Julia de Rusch, México, FCE, 2013.

MARRAMAO, Giacomo, Globalizzazione e democrazia, visible en: http://host.uniroma3.it/docenti/marramao/marramao_civita.pdf, consultado el 23 de febrero de 2014.

MARRAMAO, Giacomo, Pasaje a occidente. Filosofía y globalización, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

MAYNTZ, Renate, “Nuevos Desafíos de la Teoría de la Governance”, en Instituciones y Desarrollo, número 7, noviembre 2000, pp. 35-51. Existe versión electrónica en: <http://www.uned.es/113016/docencia/spd->

posgrado/urjc-2003/mayntz%20gobernaci%F3n%20iigov%201998.pdf, consultado el 31 de octubre de 2013.

PETERS, Guy B., y PIERRE Jon, “¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?”, en Cerrillo i Martínez Agustí (coord), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, 2005.

POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. Eduardo Loedel y Amparo Gómez Rodríguez, Barcelona, Paidós Ibérica, 2006.

SANABRIA LÓPEZ, Juan José, “Globalización y Gobernabilidad: el caso de América Latina”, en CORTÉS GUZMÁN, Silvestre, *Democracia y gobernabilidad en el marco de la globalización*, México, UNAM-FES Acatlán, 2005.

SEN, Amartya, *Juicios sobre la globalización*, pp. 1-2, Visible en: http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/SBReadResourceServlet?rid=1219333998145_1506469714_113804, consultada el 23 de febrero de 2014.

Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible, Informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentnes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Naciones Unidas, 2013.

VALDÉS UGALDE, Francisco; “Gobernanza e instituciones. Propuesta para una agenda de investigación”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, Año 16, número 31, Enero-junio de 2008.

GOBERNANZA Y DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *El incremento de Estados.* III. *Organizaciones Internacionales.* IV. *Las Fuentes del Derecho Internacional.* V. *La Judicialización.* VI. *Reflexiones finales.*

Ricardo MÉNDEZ-SILVA*

I. PLANTEAMIENTO

La idea de la gobernanza está referido a un proceso de liderazgo compartido entre gobiernos nacionales, agencias públicas, empresas, organizaciones de la sociedad civil, individuos, asociados formalmente o de facto, enderezados a la consecución de un fin común. El proceso se caracteriza intrínsecamente por ser dinámico y trasciende la autoridad vertical de un gobierno a fin de operar como un poder suave, democráticamente, libre de trabas burocráticas, con una concepción integral de los problemas, sin soluciones compartimentadas y aisladas entre sí. Condición necesaria es el interjuego de actores diversos en la atención de desafíos y problemas de índole diversa, articulado sobre bases de cooperación. La idea, va más allá del ámbito del desarrollo y del crecimiento económicos o del reino de los negocios y se inscribe en una constelación de temáticas y problemáticas para ser atendidas con eficiencia y enfoques interdisciplinarios en la concepción y la ejecución de políticas y medidas.

En una época de intensa mundialización, incluye a los órdenes internos de los Estados y al gran espectro de las relaciones internacionales. En los órdenes internos la gobernanza implica el aligeramiento de la rigidez estatal y potencia sus capacidades a través de la incorporación de actores y recursos disímiles de cara a los desafíos y necesidades colectivas. En las relaciones internacionales brilla por su ausencia un gobierno central con poderes defi-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Coordinador del Área de Derecho Internacional.

nidos en las escalas ejecutiva, legislativa y judicial de ahí que la gobernanza desempeñe un papel distinto ya que se orienta a subsanar lagunas, colmar el vacío de autoridades verticales y alcanzar, dentro de las limitantes normativas y fácticas del ordenamiento jurídico internacional, la posibilidad de ejercer facultades de gobierno con prescindencia precisamente de un cuerpo gubernamental. Vale aclarar que hoy día es ilusorio concebir a los ordenes estatales y al orden internacional separados y sin vasos comunicantes pues prevalecen, dominantes, intercambios y caminos múltiples de ida y vuelta.

Importa advertir que la noción de la gobernanza como un método ampliado de cooperación se alumbró y comenzó a ganar adeptos en el despegue de los años noventa de la centuria pasada, dentro del contorno de la caída de la Unión Soviética y la superación de la Guerra Fría. Ello indica que se encuentra ligada al modelo de desarrollo capitalista, a los procesos democráticos y al reino de la globalización con sus consecuentes aspectos negativos y positivos. Paralelo a las mayores posibilidades de cooperación internacional, a la suma de esfuerzos, de las ventajas formidables de la tecnología y de las comunicaciones, subsisten, se estancan y crecen los problemas en regiones enteras del planeta y en segmentos sociales al interior de numerosos países aún de los más desarrollados. Existe conciencia al respecto, rigen programas de asistencia internos y concertados internacionalmente pero la desigualdad se enseñorea como una deformación estructural que afecta a partes ingentes de la Humanidad. La gobernanza como una estrategia compartida no pasará de ser una utopía estéril si no toma como meta prioritaria y compromiso cotidiano promover el desarrollo sustentable, esencialmente equitativo.

El Doctor José María Serna, cabeza de este proyecto y animador del seminario que nos reúne, manifestó previamente a los participantes un conjunto de inquietudes para orientar los comentarios, los diagnósticos y los horizontes susceptibles de ser alcanzados. En lo tocante al Derecho Internacional despuntan temas como la ampliación de las áreas de regulación del derecho internacional, la emergencia de nuevas fuentes del mismo y la mayor amplitud y efectividad de las tradicionales, la aparición de nuevos sujetos en la materia, modalidades novedosas de los tratados, la judicialización de las relaciones internacionales. Correspondo a la iniciativa con algunas reflexiones.

Como punto de partida debe asentarse que la apreciación antaño en boga de que el derecho internacional funciona en una sociedad semi anárquica por la falta de un gobierno central debe desecharse tajantemente. La

ausencia de un gobierno central no implica un estado de precariedad como parece sugerirlo la calificación citada. El recorrido entre la anarquía y el estadio actual de cooperación se significa por avances normativos e institucionales de extraordinaria magnitud cualitativa y cuantitativa. Aunque se divisa lejano el advenimiento de un sistema mundial centralizado en la esfera internacional, priva un tejido de vínculos e intereses con formas institucionales que, sin eliminar el conflicto, propio de todas las formaciones sociales, lo someten a cauces y procesos de arreglo y convivencia. Han surgido organizaciones supranacionales y formatos institucionales con rasgos de esta naturaleza, lo constatamos con el movimiento de la Unión Europea, las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para imponer medidas coercitivas a los Estados infractores del régimen de paz así como con expresiones derivadas del régimen expansivo de los derechos humanos. Ha aumentado el número de Estados y se ha multiplicado exponencialmente el de las organizaciones internacionales públicas. Una multitud de organizaciones no gubernamentales actúa en la arena internacional en correspondencia con la extensión de las materias objeto de regulación. Presenciamos el auge de la judicialización con el incremento de tribunales y mecanismos de solución de controversias.

II. EL INCREMENTO DE ESTADOS

Si se toma el indicador de la Organización de las Naciones Unidas, cuando fue creada fueron cincuenta y un los Estados fundadores. Al momento, casi se ha cuadruplicado la membresía para sumar 193 entidades estatales que se encuentran reguladas por el principio teórico y del derecho positivo de la igualdad soberana.¹ El conjunto estatal se caracteriza por la pluralidad de culturas y, consecuentemente, de sistemas jurídicos distintos que convergen en el común denominador de tratados y normas consuetudinarias que estimulan los acercamientos.

El principio de la igualdad soberana es piedra angular del derecho internacional y persigue limar las diferencias vigentes en el terreno de los hechos no siempre de manera virtuosa. El Consejo de Seguridad de la ONU, encargado de mantener la paz y la seguridad internacionales es mencionado como uno de los punitivos de la gobernanza ya que tiene el poder de imponer medidas coercitivas incluyéndose el uso de la fuerza contra los infrac-

¹ Artículo 2, 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

tores del régimen de paz, fundamentalmente a los Estados y en los últimos tiempos contra formaciones privadas y personas. Sin duda es una forma de supranacionalidad, inexistente antes de 1945, pero no se salva de tener vicios de origen, el más notorio y objeto de críticas sin fin, la existencia de cinco miembros permanentes, las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial: los Estados Unidos, la Federación Rusa, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia y China, los cuales, además del privilegio desequilibrador de la permanencia disponen sin tempereancias del derecho de veto que les permite oponerse sin más a la adopción de resoluciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por ello, aludir al CS como un ejemplo de gobernanza no es del todo convincente cuando la desigualdad es un elemento reinante en las relaciones internacionales y se reproduce jurídica e institucionalmente en la principal organización del mundo.

Por otro lado, el principio de la igualdad soberana se torna quimérico al confrontarse con las disparidades económicas entre los Estados, los atrasos espantables que han dado lugar a los Estados fallidos, a entidades que portan en la solapa la etiqueta estatal pero que están totalmente vacíos de contenido institucional, en el mejor de los casos, constituidos por gobiernos tambaleantes que a duras penas ejercen mínimos de autoridad en el suelo que pisan, acosados por grupos políticos armados de corte delincuencial, asolados por una violencia congénita, sumidos en la violencia y en la miseria, surcados por movimientos de refugiados y desplazados internos.

La organización no gubernamental Fund for Peace² contiene un listado de 173 Estados “frágiles” en términos sociales, económicos y políticos, no todos en situaciones de caos irreparable pero ilustra sobre las condiciones de hecho que vulneran en el plano internacional el principio de la igualdad soberana. Dentro de su lista de 2014 menciona los cinco casos más graves de fragilidad (fragile states) que encajan en la noción de Estados Fallidos: Sudan del Sur, Somalia, República Central Africana, República Democrática del Congo y Sudan. Lamentablemente países africanos, son los casos más graves pero siguen otros no exentos de carencias y turbulencias. Organismos internacionales públicos y Organizaciones No Gubernamentales despliegan programas humanitarios para asistirlos pero la idea de la gobernanza entendida como el conjunto de actores y recursos para alcanzar el bienestar colectivo poco puede hacer ante las calamidades e insuficiencias.

² <http://library.fundforpeace.org/fsi>

III. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A estas alturas es obligado diferenciar a las organizaciones públicas constituidas por Estados y las organizaciones privadas, identificadas como Organizaciones No Gubernamentales (ONG's). Las primeras, las públicas, ostentan el rango de sujetos de derecho internacional, calidad que no se extiende a las no gubernamentales pero cuya importancia hacia el derecho internacional no es desdeñable.

III.1 Las organizaciones internacionales públicas constituyen un apartado dinámico de protagonismo creciente que abren amplísimos espacios de cooperación internacional y abonan el camino para la confluencia de recursos y suma de intereses y, a la par, disminuyen o solucionan la conflictividad de las posiciones contrapuestas. El eje onusiano es, sin duda alguna, el modelo arquetípico de la cooperación internacional por la ramificación, literalmente inabarcable, de mecanismos institucionales dispuestos para las discusiones, la negociación, la adopción de políticas comunes y la promoción de acuerdos vinculantes.

Cada uno de los órganos principales, Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social y la Secretaría³ han venido expandiendo su marco funcional y, junto a los órganos subsidiarios mencionados en la Carta de San Francisco, han constituido una multitud de comisiones y comités especiales para cubrir cuestiones particulares de su competencia y sus atribuciones. Es frecuente toparse con las críticas a la Organización por las fallas del sistema de seguridad colectiva encarnado por el Consejo de Seguridad pero se pierde de vista el trabajo fenomenal de las Naciones Unidas en la amplia dimensión de sus responsabilidades. En un sentido figurado, es posible concebir a la organización como el centro de un sistema planetario en torno al cual orbitan organizaciones y agencias especializadas con personalidad jurídica y cometidos propios en ámbitos tan variados e importantes como la educación, la ciencia y la cultura, la alimentación y la agricultura, las finanzas mundiales, la navegación marítima, el trabajo, los refugiados, la infancia y un largo etcétera.

Cada uno de los entes que componen el universo onusiano poseen sus propios reglamentos constitutivos que dan cauce a su actuación y que producen criterios para normar la cooperación y siembran nociones que a menudo germinan en normas jurídicas relativas a cuestiones novedosas. Por añadidura, no se erigen como espacios compartimentados sino que, a fin de

³ Se trata por separado la Corte Internacional de Justicia y el caso del Consejo de Administración Fiduciaria se omite en razón de que ha dejado de funcionar.

encarar problemas complejos, se enlazan de modo interdisciplinario para redoblar el alcance de su misión y rendimiento. Tal concurso suele incluir también a Organizaciones No gubernamentales que complementan el esfuerzo público, las más de las veces insuficiente por la magnitud de las crisis que aquejan a la sociedad internacional.

Más allá del eje onusiano las organizaciones públicas han proliferado de manera increíble. No es exagerado sostener que coexisten miles de organizaciones de esta índole, algunas regionales como la Unión Europea, paradigma de una institución supranacional y tantas otras visibles en el diario acontecer como la Organización de los Estados Americanos, la Organización del Tratado del Atlántico del Norte y muchas más enfocadas al tratamiento de asuntos diversos como la Organización de Países Exportadores de Petróleo, la Organización Mundial de Comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo, la Liga Árabe, el Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico, el Sistema de Integración Centroamericano, la Mancomunidad Británica de Países, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, Asociación de Naciones del Sureste Asiático. Sientan sus reales en todas las regiones con la ventaja de asociar a Estados en proyectos de común interés y ocasionalmente de extrema necesidad. Obvio resulta que existen organizaciones que reflejan la conflictividad internacional en la medida en que congregan a bloques con inclinaciones contrarias a otros grupos como acaece con la Organización del Tratado del Atlántico del Norte y del desaparecido Pacto de Varsovia.

Paralelo a las organizaciones formales existe un buen número de agrupaciones que capturan la cooperación en cuestiones sensibles y trascendentes como el Grupo de los Siete, el Grupo de los Veinte, el Grupo de los BRICS que acoge a las potencias económicas emergentes. El paisaje institucional es pues un cruce infinito de posibilidades despejadas para la cooperación que, inclusive, pueden interrelacionarse y, dentro de un tejido general, armar redes de cooperación significativas. Este complejo institucional juega a favor de una gobernanza internacional.

III.2 Organizaciones No Gubernamentales

En el escenario internacional las organizaciones no gubernamentales son un coadyuvante valioso en la consideración de los problemas internacionales e internos. No son una novedad resultante del mundo contemporáneo. Desde el primer tercio del Siglo XIX aparecieron organizaciones

privadas que aglutinaron a personajes de varios países en torno a una causa común como la abolición de la esclavitud, e incluso, precedieron a las organizaciones internacionales públicas a las que sirvieron de modelo.

La Carta de las Naciones Unidas confirió al Consejo Económico y Social en el artículo 71 la facultad de realizar consultas con organizaciones no gubernamentales. Ya pesaban desde entonces. El precepto ha posibilitado el registro de 2715 ONG's⁴ con credencial de consultoras en la esfera competencial del ECOSOC, lo que entraña una amplitud enorme de campos de actividad toda vez que lo social y lo económico se multiplica de manera fenomenal en la realidad.

Son variopintas en su materia, estructura, composición. La de mayor renombre es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuyos orígenes se remontan a 1863 y ha sido el promotor y guardián del una vez llamado Derecho de la Guerra, hoy arropado por el eufemismo de Derecho Internacional Humanitario. La guerra ha sido prohibida jurídicamente pero la realidad con su terquedad proverbial se niega a plegarse a la regulación de avanzada y ha sido inevitable lanzar un conjunto enorme y variado de normas para limitar la brutalidad del comportamiento humano en las situaciones de violencia. Ha sido esta la misión del CICR y su relevancia se reconoce por su condición de Miembro Observador en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Las ONG's cuya labor y voz se dan en el plano internacional llegan a tener un impacto mayor en las relaciones internacionales al de varios Estados, individualmente considerados. Con todo, no son sujetos del derecho internacional, el mismo CICR no tiene personalidad jurídica internacional aunque se desenvuelve con arreglo a un estatuto internacional reconocido por los Estados, le conceden inmunidades para su acción y aún a algunos de los acuerdos celebrados con Estados se les da la jerarquía de tratados.

Son diversas las funciones de importancia que realizan las ONG's y que pueden agruparse de la siguiente manera:

- Contribuyen a la formación de normas internacionales. El CICR ha preparado proyectos de convenios y auspiciado conferencias internacionales para ponerlos en vigor. Es de destacarse que la suscripción de la Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonales de 1997, conocido como Tratado de Ottawa, fue resultado de la colaboración entre Estados, el CICR y, sin exagerar, de miles de Organizaciones No Gubernamentales. La agrupación de estas

⁴ <http://www.un.org/es/civilsociety/dpingo/index.shtml>

organizaciones se llamó Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Antipersonales y es motivo de celebración que la Campaña haya recibido el Premio Nobel de la Paz en 1997.⁵

- En numerosos casos en las negociaciones se toman en cuenta las opiniones de estos agrupamientos para fijar en lo interno la posición de un Estado para la suscripción de un tratado
- Su accionar toma como referencia casi obligada a la normatividad internacional.
- Se convierten en vigilantes de la observancia de la normatividad internacional, emiten informes y juicios al respecto. Asisten oficialmente a las revisiones que periódicamente realizan Comités especializados de organizaciones públicas y tratados sobre el cumplimiento del régimen.
- Ofrecen asesoramiento y apoyo a las personas en la materia de derechos humanos para comparecer en las instancias judiciales internacionales, incluso participan como “*Amicus curiae*” en los procedimientos y monitorean y gestionan luego el cumplimiento integral de las sentencias.

Su valía cobra relevancia porque la actividad estatal, contra las mejores intenciones, tiene límites, o peor, muestra resistencias. Crisis como las que afronta el Alto Comisionado de los Refugiados dan prueba de ello, resultan indispensables los donativos privados para cada una y la atención humanitaria exige vigorizarse con el trabajo en el campo de asociaciones como Médicos Sin Fronteras, Caritas, El Fondo para la Defensa de los Niños, Save the Children.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

IV.1 Tratados

Los tratados ganan importancia por la cantidad incommensurable que se celebra y continuará celebrándose, de igual manera por la variedad de materias inimaginables sobre las que versan. Por ser fruto de decisiones voluntivas, meticulosa y celosamente negociados y acordados, igual en el plano interno que en el internacional, existe una predisposición natural para el cumplimiento.

⁵ <http://www.cinu.mx/temas/minas-terrestres/>

En aras de la objetividad procede destacar que la mayor parte de los tratados multilaterales no congregan a la totalidad de los Estados. De si, es difíciloso que una sociedad de 193 Estados esté siempre en perfecto acuerdo sobre los distintos regímenes. Hay Estados que firman pero no ratifican o se adhieren, quedando al margen de regímenes relevantes, aunque a favor es dable aclarar que las oposiciones se enfocan a puntos o capítulos específicos pero ajustándose por fuera al cumplimiento del resto del régimen.

Así mismo, la polivalencia de intereses o visiones jurídicas provoca que ciertas disposiciones se redacten de manera ambigua lo que impide resolver realmente las diferencias y crean nuevas discrepancias. De igual suerte, en los tratados multilaterales se aceptan generalmente reservas de interpretación o de exclusión conforme al derecho de los Tratados⁶ lo que abre hoyos negros dentro de las regulaciones. La idea de tratados –leyes que la doctrina usa para caracterizar a los tratados multilaterales carece de precisión pues una ley es de cobertura general y, en todo caso, las excepciones se prevén en el cuerpo legislativo, en tanto, los tratados multilaterales parecen acomodarse a un modelo tipo queso gruyere.

Es mi parecer que la norma *pacta sunt servanda* no sufre demasiado en la práctica internacional. Jean Michel Arrighi, Subsecretario Jurídico de la OEA, en los encuentros académicos que promueve la organización, sostiene con razón, que el derecho internacional tiene un grado mayor de cumplimiento al del derecho interno. Tal aseveración se enlaza con lo apuntado anteriormente, el consentimiento de las partes juega, a fin de cuentas, en beneficio de la observancia.

Es de subrayarse que uno de los adelantos notables en el derecho internacional es el surgimiento de tratados multilaterales que establecen Comités para supervisar el cumplimiento de los tratados, requieren informes periódicos de los gobiernos al respecto, celebran sesiones de discusión sobre los pendientes en las que participan frecuentemente actores distintos a los estatales, léase las ONG's. Tal modalidad se reproduce en lo interno con lo que existe un frente dual para presionar a los gobiernos con miras a lograr el cumplimiento pleno de los textos convencionales. La tendencia se visualiza particularmente, pero no únicamente, en los tratados de derechos humanos de orden universal y regional, con la nota distintiva de que en algunos tratados de elevada jerarquía como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Estatuto Internacional de los Refugiados, los Comités emiten criterios complementarios con miras a reforzar la normatividad originalmente acordada que ensanchan insensible pero efectivamente los márgenes de obligatoriedad del régimen.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Artículos 19-23.

En la misma lógica y en el caso de regímenes de gran envergadura crean órganos permanentes para vigilar el cumplimiento del instrumento constitutivo. Viene al caso el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares que convoca conferencias quinquenales para definir las políticas e ir zanjando las dificultades en un campo erizado de peligros reales y potenciales.⁷ Y mas todavía, un tratado puede crear una organización internacional a efecto de hacer efectivo el régimen según lo constata la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas en todo el Mundo, en vigor desde abril de 1997, y que dio a luz a la Organización para la prohibición de las Armas Químicas, encargada de destruir todas las armas de este tipo. Son éstas, zancadas fabulosas aunque no podemos cerrar los ojos ante la conflictividad de los países y las regiones. En lo concerniente a las armas químicas que se empezaron a usar en la Primera Guerra Mundial por los contendientes de ambos bandos, se usaron en la guerra Iran-Irak en los años ochentas y en los días que corren han flagelado a la población siria. Precisamente por esta razón han sido diseñados estos ordenamientos y constituido entes para impulsar el cumplimiento de los regímenes pactados.

Identificamos nuevos mecanismos tendentes a generar obligaciones desde el plano internacional que no se acoplan a un tratado como la elaboración de leyes tipo. En ocasiones los Estados son renuentes a obligarse internacionalmente y prefieren leyes modelos, trabajadas sobre todo en organizaciones internacionales, e inspirarse en ellas para legislar en lo interno con arreglo a sus condiciones y momentos domésticos. Son soluciones imaginativas y prácticas que van bordando el tejido de las uniformidades mínimas que reclaman el género humano y los desarrollos sociales.

La Convención de Viena de 1969 no incluye como tratados a los acuerdos de Estados con particulares sean personas, ONG's o empresas. En la práctica se verifican cotidianamente acuerdos con actores privados, concesiones o contratos bajo la protección de tratados suscritos por Estados para otorgarles seguridad. Lo advertimos en el campo de las inversiones extranjeras así como en el recurso a tribunales de arbitraje privado, especializados, con el objeto de dirimir las controversias entre Estados y Empresas, y no se diga, únicamente entre empresas apellidadas transnacionales que en sus activos suelen superar el Producto Nacional Bruto de numerosos países. Sobran los ejemplos de proyectos como la ampliación al Canal de Panamá que congregan a varias empresas en virtud del costo y de la complejidad técnica e incluyen a empresas aseguradoras para enfrentar los riesgos y eventuales in-

⁷ <http://www.un.org/es/disarmament/wmd/nuclear/index.shtml>

cumplimientos de las partes. En el mundo globalizado es el pan de cada día, al punto de que la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa ha adoptado una relación amplia de recomendaciones sobre las cuestiones que los Estados deberían tomar en cuenta durante las negociaciones y en la concreción de los contratos, la salvaguarda del medio ambiente, el interés colectivo de las poblaciones, respeto a las condiciones laborales, etc. Todo un nuevo universo contractual que solo en parte está gobernado por el derecho internacional pero que lo involucra.

IV.2 *El Soft Law*

Dentro de las fuentes del Derecho, la doctrina se ha embelesado con la tesis del *soft law*, entendida como la producción de instrumentos formales carentes de obligatoriedad pero que coadyuvan a la observancia de determinadas conductas estatales, *verbis gratia*, las resoluciones de la Asamblea General y de los órganos deliberativos de otras organizaciones públicas.

Se insiste, carecen de fuerza vinculante, más están impregnadas de un gran peso político y, muy importante, son redactadas a semejanza de los procesos de codificación jurídica. Los Estados, aun tratándose de instrumentos no obligatorios, son escrupulosos al redactarlas y por supuesto, al votarlas, para lo cual tienen el recurso del voto en contra o la abstención, pues rechazan sentar precedentes que se les pudieran oponer en un momento dado; son, por ello, textos elaborados profesionalmente, haciendo gala de minucia. Trabajadas así, las resoluciones van definiendo criterios que marcan pautas de observancia. Obviamente, a un Estado que no esté conforme, no se le podrá oponer con ínole obligatoria. En términos realistas, son sólo embriones normativos que coadyuvan a la cimentación de una conciencia jurídica universal.

El famoso “*soft law*” puede aparecer en otros documentos, por ejemplo, los Informes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que preparan proyectos de convenios para ser tomados por los Estados y darles forma de tratados. Sucede que algunos informes quedan en el limbo pero contienen referencias fundamentales para las negociaciones entre Estados y para los organismos judiciales. Esto pasa con el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional que se empezó a trabajar en 1953 y que concluyó en 2001. Nuevamente, no es obligatorio, pero el Informe recoge varios elementos que ya han sido reconocidos con antelación como normas consuetudinarias obligatorias.

En éste tenor, ha existido una corriente de opinión que ha postulado la existencia de la costumbre instantánea como contrapartida a la costumbre derivada de conductas repetidas. La costumbre instantánea se perfeccioaría haciendo caso omiso de la “*inveterata consuetudo*” cuando, por ejemplo, una resolución en la Asamblea General de una Organización Internacional se aprobara por consenso o por aclamación. Podría alegarse que con prescindencia de la repetición de conductas podría ser suficiente el otro elemento de la costumbre jurídica internacional, la *opinio juris sive necessitatis*, pero honestamente, el elemento fuerte es precisamente la repetición pues resulta difícil probar la *opinio juris* sin el respaldo de la repetición. Por otro lado, si los Estados muestran poco entusiasmo para obligarse convencionalmente, con mayor razón pondrían reparos para aceptar la validez de ésta fuente en casos concretos. Verdad es, sin embargo, que prevalece una confluencia de nuevos elementos con finalidad regulatoria.

Las resoluciones, por otro lado, pueden despejar el camino para ir concitando la aceptación generalizada. Un ejemplo a la mano es la regulación del espacio extraterrestre. Una nueva era se inauguró con el lanzamiento del satélite artificial soviético Sputnik, el 4 de octubre de 1957. De inmediato, las Naciones Unidas crearon una Comisión para estudiar las implicaciones del arribo del ser humano a un espacio antes vedado a su acción. El quehacer de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos facilitó la adopción en 1963 de la Resolución (XVIII) llamada Declaración de los Principios Jurídicos que Gobiernan las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del espacio Ultraterrestre. La siembra estaba echada y en 1967 se aprobó el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio exterior, incluso la luna y otros cuerpos celestes.

Las resoluciones, también, por su repetición y dada la convicción compartida por los Estados de que reflejan una norma obligatoria, adquieren por vía consuetudinaria fuerza jurídica, es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Sucede del mismo modo con resoluciones que incluyen dentro de sus textos normas consuetudinarias previamente en vigor y consecuentemente obligatorias, con independencia del continente formal, pensemos en la célebre Resolución 2425 (XXV) de 1970 que recogió los principios de derecho internacional reconocidos en ese momento y, hasta la fecha, objeto de citas frecuentes sobre el estado actual del derecho internacional.

V. LA JUDICIALIZACIÓN

La solución de controversias es punto toral en una sociedad abocada a la convivencia pacífica. La sociedad internacional vive una era de judicialización. Tradicionalmente se dispuso de la Corte de Arbitraje Internacional de la Haya, fundada en 1899 y actualizada en 1907 y de la Corte Internacional de Justicia, sucesora en 1946 de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Estas dos instancias fueron avances señeros de la convivencia internacional, ahora son acompañadas por una legión de nuevos organismos judiciales, el Tribunal Internacional del Mar, los Tribunales Ad Hoc establecidos por el Consejo de Seguridad para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los paneles del Tratado de América del Norte, los mecanismos de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio y los arbitrajes de la esfera de negocios, entre tantos más. Brindan la posibilidad cierta de darle una salida pacífica a conflictos y de tender puentes de armonía para imprimirlle fluidez a la cooperación internacional. Por encima de los casos particulares para los que valen los fallos de los tribunales internacionales, han ido amasando un acervo jurisprudencial invaluable dentro de sus respectivas especialidades. No obstante limitarse el efecto de los fallos a los casos concretos aportan criterios que más tarde son recogidos por instrumentos convencionales, dotándolos de plenitud jurídica o son retomados en casos posteriores, íntegramente o con matices en razón de la casuística variada. La lectura de las sentencias de la CIJ muestra que, sobre todo, en cuestiones procesales se han definido elementos invocados y aplicados en litigios posteriores.

Se ha alertado que la proliferación de tribunales puede conducir a una jurisprudencia disímila y contradictoria. Por ejemplo, en el derecho de asistencia consular a los detenidos en el extranjero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 16 consideró⁸ que se trataba de un derecho humano en tanto la Corte Internacional de Justicia en el Caso Avena, fallado en 2004, no trató esta situación desde la perspectiva de los derechos humanos sino desde la óptica de las obligaciones asumidas por los Estados Unidos y México a la luz de la Convención de Viena de 1963 sobre Inmunidades y Privilegios Consulares de 1963. Sí hay una contradicción, pero es relativa porque la CIJ se apega a su función de

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”, 1 de octubre de 1999. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

instancia judicial encargada de resolver controversias entre Estados y, lo que revela la disonancia, en todo caso, son los distintos enfoques que puede recibir un asunto.

Un estudio de los principios procesales aplicados por los distintos tribunales concluye que con ligeras variantes se observan los mismos principios pese a la diversidad de materias objeto de conocimiento.⁹ Un dato adicional no exento de interés, la Corte Internacional de Justicia ejerce sobre los otros tribunales una ascendencia importante por su carácter universal y por el bloque jurisprudencial formado durante casi un siglo si se comprende, como debe ser, la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Otros hallazgos sorprendentes develan una tendencia unificadora del quehacer judicial internacional, los jueces internacionales, ostentando distintas nacionalidades, se han formado como juristas en un puñado de universidades del mundo, entre ellas Cambridge, Oxford, Harvard, el MIT, entre otras.¹⁰

VI. REFLEXIONES FINALES

Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, declaró en la Reunión del Milenio celebrada en 2000 que nunca el mundo había gozado de una infraestructura tan grande y sólida para la cooperación internacional pero agregó que falta voluntad política para avanzar en logros fundamentales de la cooperación internacional, de una cooperación internacional, hay que insistir, efectiva y equitativa. La infraestructura existe, toca a los Estados del mundo y a los nuevos actores de la realidad internacional aprovecharla al máximo.

Con todas sus bondades, la existencia de facto de una gobernanza plural de agentes no impidió la crisis financiera de 2007 cuyas secuelas todavía aquejan al mundo. Estalló pese a la actividad del Banco Mundial, de un Fondo Monetario Internacional, de Bancos trasnacionales multimillonarios, de Ministerios de Hacienda altamente entrenados en los misterios de la globalización, en buen grado por las políticas relajadas y el deslumbramiento de las ganancias multimillonarias propiciadas por la autocomplacencia y la desregulación festejante. Cuidado entonces con soltar las campanas a vuelo.

La pobreza sigue asolando a la Humanidad. Hay avances ciertos pero parciales. De hecho la Declaración del Milenio suscrita por los Estados del

⁹ Petrova Georgieva, Virginia, “*Los Principios Comunes a los Tribunales Internacionales*”, Tesis de Doctorado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014, 435 p.

¹⁰ Idem.

mundo en una sesión especial de las Naciones Unidas en 2000 se fijó como meta para 2015 eliminar la pobreza en un cincuenta por ciento. Los países avanzados ya han alcanzado esta meta pero no sucede igual con países en desarrollo y de plano con los más atrasados política y socialmente. En 2010 todavía mil millones de personas viven en pobreza extrema, identificada con una subsistencia per cápita de 1,25 dólares.¹¹ A nadie escapa que la miseria conlleva falta de alimentación, de vivienda, de educación, de electricidad y de agua potable, falta de servicios de salud, injusticia tanto social como interindividual. Una séptima parte de la Humanidad está condenada a no cumplir su misión de seres humanos.

Y, adviértase, los datos se refieren a la pobreza extrema, a los “condenados de la Tierra”, no comprenden la pobreza que al no ser extrema parece aliviar a las buenas conciencias. Así, es dable reconocer las aportaciones y promesas de la gobernanza, las crecientes posibilidades que brinda, la suma de actores y de recursos, de métodos de trabajo, pero no puede ser aplaudida del todo de cara a la desigualdad rampante que golpea al mundo.

¹¹ [www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview\)](http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview)

PROCESO Y JUSTICIA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA GOBERNANZA GLOBAL

José OVALLE FAVELA*

SUMARIO: I. *Derecho humanos y derechos procesal.* II. *Los proyectos para la armonización de los derechos nacionales.* III. *El arbitraje comercial internacional.* IV. *El proceso penal internacional.*

Expreso mi gratitud a José María Serna de la Garza por su invitación para participar en este proyecto de investigación sobre gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano. Es una magnífica oportunidad para reflexionar sobre la forma en que la globalización y la gobernanza global han propiciado cambios dentro de cada una de las ramas del derecho a las que nos dedicamos. Si bien es cierto que la globalización se inició en el campo de la economía, también lo es que se ha ampliado a otros ámbitos, como las nuevas técnicas de la información, la cultura, el derecho y la sociedad.

I. DERECHO HUMANOS Y DERECHOS PROCESAL

Es evidente que el reconocimiento y el desarrollo de los derechos humanos han venido a conformar una característica común de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas.¹

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

¹ Cf. Lawrence M. Friedman, “Is there a modern legal culture?” en *Ratio Juris*, núm. 2, julio de 1994, pp. 124 y ss.; Hidemberg Alves da Frota, “A universalidade dos direitos humanos no mundo muçulmano”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. VI de 2006, pp. 63-88; León Phelipe Ramírez Gómez, “La globalización de los derechos fundamentales: entre la gobernanza neoliberal y el cosmopolitismo”, en Eugenio García Flores, *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, 2013, pp. 207-230, y Michele Taruffo, “Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado”, *Páginas sobre justicia civil*, trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 63-75.

A mediados del siglo XX se inició el proceso de internacionalización de los derechos humanos, con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.² En esta Declaración, como señala Bobbio, la afirmación de los derechos es, a la vez, universal y positiva: “universal en el sentido de que los destinatarios de los principios allí contenidos, no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola”.³ El mismo jurista y filósofo italiano afirma que la Declaración Universal es el primer sistema de principios y valores esenciales aceptados y reconocidos por la mayor parte de los hombres que habitan la Tierra, a través de sus gobiernos respectivos: “Representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo xx. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre.”⁴

Por otro lado, en el ámbito regional, los gobiernos miembros del Consejo de Europa suscribieron, el 4 de noviembre de 1950, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, conocido más brevemente como *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Con base en éste funciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, el cual tiene competencia para conocer de demandas por violaciones al Convenio por parte de los Estados partes,

² Norberto Bobbio afirma que dentro de la evolución de los derechos humanos se pueden distinguir, cuando menos, cuatro fases. Estos derechos nacen, en primer término, como *propuestas de los filósofos iusnaturalistas*, de los autores que afirman la existencia de estos derechos como inherentes a la naturaleza humana. La segunda fase se produce precisamente cuando los derechos humanos son *reconocidos* por las Declaraciones de derechos de Inglaterra, de 1689, y de los Estados que se formaron de las colonias inglesas en América, de 1776 a 1784, así como por la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La tercera etapa es la de la *internacionalización* de los derechos humanos, la cual se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. La última fase está constituida por lo que el filósofo italiano llama la *especificación* de los derechos humanos, que consiste en el paso gradual hacia una posterior determinación de los derechos, en razón de las características propias de sus titulares o de los propios derechos. Norberto Bobbio, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1987, p. 66-73.

³ Bobbio, *ibidem*, p. 68.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

entre los que se incluyen tanto al Reino Unido como a la mayor parte de los países de Europa continental.⁵

También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York, por la Organización de las Naciones Unidas, ofrece un amplio campo común en esta materia, que aproxima a las diferentes tradiciones jurídicas.⁶

En nuestro continente destaca la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* abierta a la firma, ratificación y adhesión el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, con base en la cual funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tribunal supranacional tiene a su cargo el ejercicio de una función de naturaleza consultiva y otra de carácter jurisdiccional. La primera la ejerce para dar respuesta a las consultas que le formulen los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos sobre la interpretación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en lo sucesivo, CADH) o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en la subsecuente, la Corte IDH, la Corte o la Corte Interamericana) ejerce su competencia contenciosa a través del respectivo proceso jurisdiccional.

La Corte es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José, que

⁵ Cf. Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 2000; Héctor Fix Zamudio, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, en *Trans-national aspects of procedural law* (X World Congreso on Procedural Law, Taormina, 17-23 Settembre 1995), Milano, Giuffrè, 1998, vol. I, pp. 247 y ss.; Serge Guinchard et al., *Droit processuel; droit commun et droit comparé du procès*, 2a ed., Paris, Dalloz, 2003, pp. 81 y ss.; Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour européenne de droits de l'Homme*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 2002 ; así como los diversos artículos publicados en el libro coordinado por Javier García Roca y Pablo Santolaya, *La Europa de los derechos : el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

⁶ Cf. Mario Chiavario, “Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1978, pp. 465-500 ; Luigi Paolo Comoglio, “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 297-381 ; y Antonio Prida, “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *El Foro*, t. I, núm. 4 de 1988.

⁷ También pueden hacer estas consultas los órganos enumerados en el capítulo X (actualmente capítulo VIII) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos: a) la Asamblea General; b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) los consejos; d) el Comité Jurídico Interamericano; e) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) la Secretaría General; g) las conferencias especializadas, y h) los organismos especializados.

le sea sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o algún Estado miembro, siempre que los Estados partes hayan reconocido o reconozcan su competencia, ya sea por declaración especial o bien por convención especial (artículos 61.1 y 62.3 de la CADH).⁸

Además, para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que se haya seguido el procedimiento ante la Comisión Interamericana, que regulan los artículos 48 a 50 de la Convención, y que se hayan interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional (artículos 46.1, inciso a, y 61 de la CADH).

Las sentencias que dicta la Corte, las cuales deben ser motivadas, son definitivas e inapelables, según lo dispone el artículo 67 de la Convención. Los Estados asumieron la obligación de cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean parte, así como la de que se ejecute la disposición del fallo que ordene una indemnización compensatoria, a través del procedimiento interno vigente en el respectivo país para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículos 66 a 69 de la CADH).⁹

Es claro que esta obligatoriedad se refiere en principio a las partes que comparecieron ante la Corte. Sin embargo, cabría cuestionar si esa obligatoriedad del fallo no está referida también a los demás Estados miembros. No por casualidad el artículo 69 de la CADH prevé que el fallo de la Corte será notificado a las partes del caso y trasmítido a los Estados partes de la Convención. Sería muy cuestionable pretender limitar la obligatoriedad del fallo a solo los Estados que hayan comparecido como partes, y sostener que

Cuando la Corte emite resoluciones en ejercicio de su competencia contenciosa está facultada para interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, de acuerdo con lo que establece el artículo 62.3 de la misma. Si se considera que las sentencias de la Corte tienen efectos *ultra* partes, es evidente que la interpretación sobre los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Convención, contenida en cada fallo constituye jurisprudencia obligatoria para los Estados miembros. El mismo carácter obligatorio de la jurisprudencia puede predicarse respecto de los criterios de inter-

⁸ Los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Estos datos fueron obtenidos del sitio de Internet <http://www.corteidh.or.cr>.

⁹ Cf. Héctor Fix-Zamudio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en José Ovalle Favela (coordinador), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 489-499.

pretación de las disposiciones de la Convención que sostenga la Corte en ejercicio de su competencia consultiva.¹⁰

La jurisprudencia que la Corte establece, en ejercicio de su competencia contenciosa, deriva tanto de las sentencias sobre excepciones preliminares, sobre el fondo, sobre reparaciones, sobre interpretación de sentencias y sobre competencia, así como de las resoluciones sobre medidas provisionales y cautelares y su cumplimiento.¹¹ La jurisprudencia de la Corte señala la interpretación que debe darse a cada uno de los derechos, libertades y garantías reconocidos en la CADH, con lo que facilita el control de la convencionalidad que la Corte ejerce en sede internacional.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana y la doctrina de nuestra región utilizan la expresión *control de la convencionalidad* para designar la función que ejerce la Corte IDH para verificar si los actos de los poderes internos de los Estados partes respetan los derechos, las libertades y las garantías previstas en la CADH; es decir, si tales actos son compatibles con la Convención.

Así como los tribunales constitucionales de cada Estado parte ejercen el control de la constitucionalidad de los actos de sus autoridades internas, la Corte Interamericana tiene a su cargo el control de la convencionalidad de tales actos, cuando son sometidos a su competencia. Este control de la convencionalidad encuentra su fundamento, en primer término, en el párrafo segundo del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresa lo siguiente:

TRUN Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una *protección internacional de naturaleza convencional* coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

En este sentido, Ernesto Rey Cantor afirma que si un Estado incumple los compromisos internacionales derivados del artículo 2 de la Convención, expidiendo leyes incompatibles con esa disposición, o violando los derechos

¹⁰ Sobre el carácter vinculante de las resoluciones de la Corte Interamericana, véase Juan Carlos Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 13 de 2009; Xiomara Lorena Romero Pérez, *Vinculación de las resoluciones de la Corte Interamericana*, Bogotá, Universidad Externado, 2011; y Fernando Silva García, *Derechos humanos: efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.

¹¹ Cf. Alirio Abreu Burelli, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 92.

humanos reconocidos en la Convención, corresponde a la Corte verificar dicho incumplimiento, para lo cual debe hacer “un *examen de confrontación normativo* del derecho interno (Constitución, la ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), con las normas internacionales”.¹² A este examen de confrontación se le llama precisamente control de la convencionalidad.

Este control de convencionalidad es ejercido por la Corte Interamericana en sede internacional. La propia Corte ha sostenido que los poderes internos de cada Estado, particularmente los jueces, deben verificar que sus actos se apeguen no sólo a la constitución y a las leyes internas, sino también a las disposiciones de la Convención Americana, para lo cual deben ejercer un control de convencionalidad interno o en sede nacional.¹³

En el caso Almonacid Arellano contra Chile, nuestro tribunal supranacional se refirió al control de la convencionalidad que corresponde ejercer a los jueces y tribunales internos de cada Estado parte, en adición al control de convencionalidad en sede internacional que compete a la CIDH. En este sentido, sostuvo:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin,*

¹² Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. 43. El artículo 2 de la Convención establece las siguientes obligaciones de los Estados parte: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. La Corte interpretó esta disposición, en el caso Castillo Petruzzi contra Perú, de la siguiente manera: “207... El deber general del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú. Sentencia de 4 de septiembre de 1998, serie C, núm. 41, párrafo 207. Cf. Sergio García Ramírez (coordinador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006, vol. I., p. 575. Este caso también pueden ser consultados en el sitio de Internet de la Corte, www.corteidh.or.cr.

¹³ Cf. José Ovalle Favela, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, *Boletín Mexicano de Derechos Humanos*, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 605-607.

y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁴

De este modo, el control de la convencionalidad que la Corte Interamericana ejerce en sede internacional para verificar si los hechos denunciados son contrarios a los derechos, libertades y garantías reconocidos en la CADH, se complementa por el control de la convencionalidad que los tribunales nacionales de cada Estado parte deben llevar a cabo para determinar si las leyes y actos de autoridad de los que conocen con motivo de los procesos y procedimientos sometidos a su competencia, son compatibles con las disposiciones de la CADH, para lo cual deberán aplicar la jurisprudencia o criterios de interpretación de la propia Corte Interamericana.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando en cuenta el carácter obligatorio de la Convención, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana hecho por el Estado mexicano y los criterios generales de interpretación de la propia Corte IDH, ha sostenido que los jueces nacionales (tanto federales como locales) tienen el deber de ejercer ese control de la convencionalidad en sede interna, a la que se refiere la Corte Interamericana.

Pero, al lado de este control de la convencionalidad, a los jueces nacionales también se les impone el deber de ejercer el *control de la constitucionalidad*, es decir, el deber de verificar que las leyes que aplican se apeguen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tradicionalmente la Suprema Corte de Justicia había sostenido que la única entidad facultada para ejercer un control concentrado de constitucionalidad era el Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.¹⁵

¹⁴ Caso Almonacid Arellano contra Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Cursivas nuestras. El mismo criterio sostuvo en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

¹⁵ Entre las últimas tesis de jurisprudencia que sostuvieron el control concentrado de la constitucionalidad, se encuentran las las números P.J. 73/99, “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, y P.J. 74/99, “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, ambas publicadas en el SJFG, Novena Época, Tomo X, agosto de

En virtud de que el artículo 1º de la Constitución, reformado por el decreto publicado en el *DOF* del 10 de junio del 2011, impone a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, la Suprema Corte cambió su interpretación tradicional para sostener que, al lado del *control concentrado de constitucionalidad* que ejercen los órganos del Poder Judicial de la Federación (por medio del amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad), los demás jueces del país también deben ejercer un *control difuso de constitucionalidad*, conforme a lo que prevé el artículo 133 de la Constitución, en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

En el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación sí pueden expresar declaraciones generales sobre la constitucionalidad de la ley o norma general impugnada. En cambio, en el sistema de control difuso los demás jueces se deben limitar a dejar de aplicar la ley o norma general que consideren contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Pleno de la Suprema Corte ha precisado las principales características de estos dos sistemas de control de la constitucionalidad, de la siguiente manera:

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los

1999, pp. 18 y 5, respectivamente. En la resolución dictada por el Pleno el 25 de octubre de 2011, dentro de la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, se determinó que quedaron sin vigencia las dos tesis de jurisprudencia mencionadas, como consecuencia de la entrada en vigor de los párrs. segundo y tercero del artículo 1º, constitucional, modificados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. *Cfr.* tesis P. I/2011 (10a.), “CONTROL DIFUSO”, *SJFG*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 549, reg. 2,000,008.

casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.¹⁶

Al lado de estos dos sistemas de control de la constitucionalidad, los jueces nacionales (federales y locales) deberán ejercer un control de la convencionalidad de las leyes o normas generales de las que sean competentes para interpretar y aplicar. Cuando los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación conozcan de la impugnación (a través del amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad) de leyes o normas generales que se consideren contrarios a tratados de derechos humanos reconocidos en tratados de los que sea parte el Estado mexicano, podrán expresar declaraciones generales sobre si la ley o la norma general es contraria al tratado. Este sistema de control de convencionalidad tiene carácter concentrado. En cambio, cuando los jueces nacionales conozcan de una ley o norma que estimen infringe un tratado internacional sobre derechos humanos en los que sea parte el Estado mexicano, por un medio distinto al amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad, deberán limitarse a no aplicar esa ley o norma general, sin que puedan hacer una declaración general sobre su inconvencionalidad. Este es un sistema de control de convencionalidad difuso.

Estos sistemas de control han sido resumidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en los siguientes términos:

Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de nor-

¹⁶ Tesis aislada P. LXX/2011 (9a.), “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, *SJFG*, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 557, reg. 160,480.

mas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁷

Es evidente que a través del sistema de control de la constitucionalidad concentrado —que ejercen los órganos del Poder Judicial de la Federación competentes para conocer del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad— y el sistema de control de la constitucionalidad difuso —que llevan a cabo los demás jueces nacionales; así como por medio de los sistemas de control de la convencionalidad concentrado y difuso, se debe fortalecer el respeto y cumplimiento de los derechos humanos, libertades y garantías reconocidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte.

Con la ampliación del sistema de control de la constitucionalidad y con la adopción del sistema de control de la convencionalidad se reafirmarán y desarrollarán con más intensidad y extensión los derechos humanos y las garantías constitucionales que ejercen mayor influencia en el derecho procesal: entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional, la garantía de audiencia o derecho a un proceso equitativo y razonable o derecho a un debido proceso (como se le llamó originalmente en la tradición del *common law*), el derecho al juez natural, las garantías para la privación de la libertad por causa penal, los principios del proceso penal, los derechos del inculpado, los derechos de la víctima o del ofendido, etcétera.

II. LOS PROYECTOS PARA LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES

Dentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se planteó la idea de preparar primero un proyecto del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, en el cual trabajaron los procesalistas Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart. El proyecto fue analizado en varias Jornadas Iberoamericanas de De-

¹⁷ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 18/2012 (10a.), “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *SJFG*, Décima Época, libro XV, diciembre de 2012, t. 1, p.420, reg. 2002264.

recho Procesal y otros congresos internacionales, en las cuales obtuvo la aprobación de los congresistas.¹⁸ Hasta ahora el proyecto sólo ha sido el modelo para el Código General del Proceso del Uruguay, de 1988.¹⁹ Sin embargo, se advierte su influencia en otros ordenamientos de la región, como en el Código General del Proceso de Colombia, de 2012.

Con motivo de *VII Seminario Internazionale su Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*, organizado por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, la *Università "Tor Vergata"* de Roma, el *Istituto Italo-Latinoamericano* y el Instituto Iberoamericano de Derechos Procesal, celebrado en Roma, del 16 al 18 de mayo de 2002, uno de cuyos temas fue *Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi colettivi*,²⁰ surgió entre algunos de los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la idea de elaborar un Código de Modelo de Procesos Colectivos, el cual fue encargado a los profesores brasileños Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi. El proyecto fue presentado en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Montevideo, en octubre de 2002, y fue sometido a una comisión revisora. Fue objeto de análisis en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, que se llevaron a cabo en Caracas, del 27 al 29 de octubre de 2004.²¹ Como es obra de procesalistas brasileños, el proyecto se basó, en muy buena medida, en la experiencia de la legislación brasileña.

Este proyecto ejerció una influencia muy relevante en el decreto de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de agosto de 2011, que le adicionó el libro quinto, en el que se regulan las acciones colectivas.²²

¹⁸ Véase Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988; Gelsi Bidart, Adolfo, “Comentario del anteproyecto de Código General del proceso para América Latina”, *Cuartas Jornadas de Derecho Procesal*, Valparaíso, Edeval, 1989; Véscovi, Enrique, “El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 4 de 1986; y S. Schipani y R. Vaccarella (coordinadores), *Un “Codice tipo” di procedura civile per la America Latina*, Padova, Cedam, 1990.

¹⁹ Cf. Véscovi, Enrique, “El Código General del Proceso ha cumplido diez años de vigencia”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2 de 1999.

²⁰ Mi ponencia general sobre el tema se publicó en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 587-615.

²¹ Cf. XIX Jornadas Iberoamericanas/V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, *Temas de derecho procesal*, Caracas, Instituto Venezolano de Derecho Procesal, 2004. Además, sobre este Código Modelo, véase Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa/Iнституто Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

²² Cf. José Ovalle Favela, “Legitimación en las acciones colectivas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, septiembre-diciembre 2013, pp. 1084-1087.

En el ámbito europeo se debe destacar el trabajo coordinado por Marcel Storme para armonizar los códigos procesales civiles de los Estados partes de la Unión Europea.²³

En un contexto más amplio se deben mencionar los *Principios del procedimiento civil transnacional* y las *Reglas del procedimiento civil transnacional* preparadas por los profesores Geoffrey C. Hazard Junior, Michele Taruffo y Rolf Sürenner, los tres como ponentes, y Antonio Gidi, como ponente asistente. Este trabajo fue auspiciado por *The American Law Institute* (ALI) y el *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT). Estos Principios y Reglas constituyen una propuesta para aproximar o unificar los códigos procesales civiles de los países tanto de la tradición del *common law* como de la tradición romana germánica, en la solución de las controversias mercantiles transnacionales.

En el artículo 2.1 de las *Reglas* se prevé que la disputa se considera mercantil transnacional si se establece entre partes que residen en Estados diferentes o cuando se refiera a una propiedad localizada en un Estado, y la parte actora o demandante tenga su residencia en un Estado diferente.²⁴

III. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

En el comercio internacional el arbitraje ha tenido un desarrollo relevante. Por un lado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), órgano creado por la Asamblea General en 1966 para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional, elaboró la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual fue aprobada por la Asamblea General por resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985, y sus reformas que también fueron aprobadas por dicho órgano por resolución 61/33 del 4 de diciembre de 2006. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es también conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*). Esta Ley Modelo ha ejercido una considerable influencia en las leyes sobre la materia aprobadas por los Estados miembros de la ONU.²⁵

²³ Marcel Storme (coordinador), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, 1994; *idem*, *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003.

²⁴ ALI/UNIDROIT, *Principles of transnational civil procedure*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 100-102; cf. Michele Taruffo, “Notas sobre la dimensión transnacional de las controversias civiles”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006, pp. 87-106.

²⁵ Cf. Ximena Suárez Enríquez, *La adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL como ley arbitral civil para el Distrito Federal*, UNAM (tesis profesional), México, 2011. El texto de la Ley Modelo

Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 10 de septiembre de 2009, se reformó el título noveno del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el que se intentó adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL, pero el texto reformado resultó demasiado breve y, por tanto, insuficiente.

Por otro lado, también se han creado y consolidado instituciones privadas internacionales que administran el arbitraje comercial, entre los que destaca la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) se constituyó en París en 1919, que es donde tiene actualmente su sede. Sus miembros son empresas que realizan comercio internacional y organizaciones empresariales, como las cámaras de comercio. La Corte Internacional de Arbitraje fue creada en 1923 y ha tenido un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Ha expedido su propio Reglamento de Arbitraje, que es utilizado en numerosos procedimientos arbitrales, y su función no es actuar como un tribunal arbitral sino como un órgano administrador del arbitraje, pues nombra a los árbitros o confirma a los que designen las partes, se pronuncia sobre la recusación de los árbitros, revisa y aprueba los laudos arbitrales y determina los honorarios de los árbitros. La Corte está compuesta por miembros de más de 80 países y es apoyada por un Secretario, que tiene también su sede en París.²⁶

IV. EL PROCESO PENAL INTERNACIONAL

El 17 de julio de 1998 la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reunida en Roma, aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, también conocido como Estatuto de Roma. La aprobación del Estatuto es la culminación de los esfuerzos que se iniciaron desde que la Asamblea General invitó en 1948 a la Comisión de derecho internacional, a fin de que estudiara la posibilidad de instituir un órgano jurisdiccional internacional para juzgar los crímenes de genocidio y otros crímenes internacionales.

puede consultarse en Carlos J. McCadden M. y Cecilia Flores Rueda (compiladores), *Documentos básicos sobre arbitraje y solución de controversias*, Themis, México, 2009, pp. 43-67.

²⁶ Cf. Fernando Mantilla-Serrano, “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. IV, cuaderno 3, septiembre de 1992; Rodrigo Zamora Etcharren, “El aumento del arbitraje CCI en México”, en *El mundo del abogado*, núm. 90 de 2006, pp. 12 y 13; así como el sitio de Internet <http://www.iccmex.mx>. El Reglamento de Arbitraje de la CCI puede consultarse en McCadden y Flores Rueda, *op. cit.* nota 4, pp. 139 a 168.

El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, una vez que fue ratificado por más de 60 países. Hasta noviembre de 2013, el Estatuto había sido ratificado por 122 países.²⁷ El gobierno de México firmó el Estatuto el 7 de septiembre del 2000, pero fue aprobado por el Senado hasta el 21 de junio de 2005; el instrumento de ratificación fue entregado el 28 de octubre de 2005.²⁸

El Estatuto de Roma establece, por primera vez en la historia de la humanidad, un tribunal internacional permanente, independiente e imparcial para juzgar y sancionar los crímenes internacionales. Este tribunal no tiene los graves defectos de los tribunales de Nüremberg y de Tokio, que las potencias aliadas crearon *ex post facto* para castigar los crímenes de guerra de los enemigos durante la Segunda Guerra Mundial, pero no los que ellos cometieron;²⁹ ni los de los tribunales internacionales creados *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de la ONU para conocer de los crímenes que se habían cometido en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

El Estatuto define tres tipos de crímenes internacionales: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Por *crímenes de genocidio* entiende los actos “perpetrados con la intención de *destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*”, actos entre los que incluye la matanza o lesión grave de miembros del grupo, el sometimiento intencional de éste a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, etc. (artículo 6º). A los *crímenes de lesa humanidad* los define como “los actos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”; ataque en el que se incluyen actos tales como asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, etc. (artículo 7º). Los *crímenes de guerra* consisten en las infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (sobre protección de los heridos, los enfermos y los náufragos, y sobre el trato a los prisioneros de guerra), así como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y en los que no sean de índole internacional; siempre que tales infracciones y violaciones se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (artículo 8º).

²⁷ Datos tomados del sitio de Internet de la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int>.

²⁸ El decreto por el que se promulgó la aprobación del Estatuto y el texto de éste, se publicó en el *DOF* del 7 de septiembre de 2005.

²⁹ Para un análisis crítico de los llamados *tribunales internacionales* de Nüremberg y de Tokio, véase Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Enjuiciamiento de crímenes de guerra”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, UNAM, México, 1974, t. II, pp. 573-603.

El art. 5º párrafo 2, del Estatuto de Roma otorgó competencia a la Corte Penal Internacional para conocer del crimen de *agresión*, pero previó que éste deberá definirse por la Asamblea de los Estados partes, una vez que transcurran siete años de que haya entrado en vigor el Estatuto, conforme al procedimiento de enmienda regulado en los artículos 121 y 122 del propio Estatuto.

Mediante resolución RC/Res.6, de 11 de junio de 2010, la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala, Uganda, adoptó la definición del crimen de agresión, que aparece en el art. 8 bis que formará parte del Estatuto. En el párrafo 1 de este artículo se prevé que:

una persona comete el “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

A su vez, el párrafo 2 del mismo artículo dispone que se entiende por “acto de agresión”:³⁰

el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

En el mismo párrafo 2 se enuncian diversos actos específicos que se consideran en sí mismos actos de agresión.

La Corte tiene su sede en La Haya, Holanda, y se integra por 18 magistrados, designados por la Asamblea de los Estados partes. Funciona por medio de una Sección de Cuestiones Preliminares, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Apelación. También cuenta con una Fiscalía. El Estatuto regula un proceso penal acusatorio que respeta plenamente los derechos de los inculpados.³¹

³⁰ El texto de la resolución RC/Res.6 se puede consultar en el sitio de Internet que se indica en la nota 26.

³¹ Sobre la Corte Penal Internacional, véase: Santiago Corcuerá Cabezut y José Antonio Guevara Bermúdez (comps.), *Justicia penal internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001; Sergio García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, Novum-INACIPE, México, 2012; Alonso Gómez-Robledo, “Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional”; Ricardo Méndez Silva, “La Corte Penal Internacional”, ambos en Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal)*, UNAM, México, 2003, y Aníbal Trujillo Sánchez, *La Corte Penal Internacional. La cuestión humana versus razón soberana*, 2^a ed., México, Ubijus, 2014.

DERECHO Y GOBERNANZA EN LA SOCIEDAD MUNDIAL. ALGUNAS APORTACIONES DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CAMBIO JURÍDICO EN MÉXICO*

Héctor FIX-FIERRO**

A Jorge Witker en sus cuarenta años como investigador del derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

A la memoria de Volkmar Gessner

The study of world society is the study of the total environment in which the behaviour of individuals, groups, nations and states occurs.

John W. BURTON***

* Este trabajo constituye la versión revisada y ampliada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, realizado los días 26 y 27 de febrero de 2014 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El autor agradece la convocatoria de José María Serna de la Garza, impulsor y coordinador del seminario, a participar en este fructífero e indispensable debate, así como los comentarios y observaciones de él mismo, de Sergio López Ayllón, Jacqueline Martínez Uriarte y Alberto Abad Suárez Ávila.

Este ensayo se apoya también en los trabajos que el autor tuvo oportunidad de emprender como investigador visitante de la Universidad de Bremen, Alemania, entre 2003 y 2006, en el marco del proyecto “Nuevas formas de seguridad jurídica en los procesos de intercambio global”, dirigido por Volkmar Gessner, como parte del Centro de Investigación Colaborativa “Transformaciones del Estado” (SFB 597) de la misma Universidad.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

*** Burton, John W., *World Society*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1972, p. 4: “El estudio de la sociedad mundial es el estudio del entorno total en el que se produce el comportamiento de individuos, grupos, naciones y estados” (traducción de HFF).

...a degree of lack of mirroring is a normal state of relations between law and society. Almost by definition this will be true of all stratified or pluralistic societies. It is certainly the normal state for many formerly colonized countries. It may also be the case that, when a mismatch exists, the proper solution is not to make the law more efficacious, but to abolish the law, or seek other ways to change society. Or maybe a mismatch is, all things considered, the best solution for a complex social problem, in which it is good that the law espouses certain rules, and it is good that the legal actors take no action to effectuate them, or that people ignore them.

Brian Z. TAMANAHA****

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Sociedad mundial, Estado y derecho*.
III. *El cambio jurídico en México desde la perspectiva de la sociedad mundial*.
IV. *Perspectivas de la gobernanza a través del derecho en la sociedad mundial*.

I. PLANTEAMIENTO

Los conceptos de “gobernanza” y de “globalización”, que son centrales en la reflexión sobre los cambios ocurridos en los órdenes jurídicos durante las últimas décadas, aluden a una profunda transformación de la institución —el Estado— que desde hace varios siglos ha sido el eje de las funciones de go-

**** Tamanaha, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, p. 132: "...que el derecho no sea reflejo de la sociedad en un cierto grado es el estado normal de relaciones entre ellos. Casi por definición esto será verdad de todas las sociedades estratificadas o pluralistas. Ciertamente es el estado normal en muchos países antiguamente colonizados. También puede ser el caso de que, cuando haya una discordancia, la solución adecuada no sea la de hacer más eficaz el derecho, sino la de abolirlo, o buscar otros modos para cambiar a la sociedad. O quizás la discordancia resulte ser, bien vistas las cosas, la mejor solución para un problema social complejo, en el cual es bueno que el derecho consagre ciertas reglas, y es bueno que los actores jurídicos no hagan nada por hacerlas efectivas, o que la gente no las tome en cuenta" (traducción de HFF).

bierno y de creación de derecho en su espacio territorial. Dicha transformación implica que ambas funciones han dejado de ser, al menos en la teoría, dominio exclusivo del mismo Estado, para pasar a ser compartidas con otros actores y otras instituciones, tanto por encima como por debajo de las fronteras nacionales.¹ Tal proceso de cambio ha suscitado un debate muy intenso en las más diversas disciplinas sociales, y la bibliografía resultante puede considerarse prácticamente inabarcable, por lo que tendría poco sentido tratar de sintetizar aquí sus principales resultados.

La sociología del derecho o sociología jurídica —usaremos estos términos de manera indistinta—² se ha sumado también al debate, no sin enfrentar considerables dificultades para definir y delimitar su (¿nuevo?) objeto de estudio.³ Tales dificultades derivan, por una parte, de los problemas

¹ El concepto de “gobernanza” (*governance*) alude precisamente a la idea de que la dirección de la sociedad no depende solamente de la función de “gobierno” del Estado, en sentido estricto, sino que se trata de una responsabilidad compartida con los agentes económicos y las organizaciones de la sociedad civil. En lo que sigue se da por sentado que el derecho es a la vez un instrumento del “gobierno” y de la “gobernanza”, por lo que este último concepto ya no se desarrollará de manera particular. Sobre la definición y alcance de la gobernanza, véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010, capítulo II, especialmente pp. 34 y siguientes.

² Señala Jean Carbonnier que, para algunos, la diferencia entre ambos conceptos radicaría en la amplitud del campo de estudio: la sociología del derecho se ocuparía, de manera limitada, del derecho mismo, de las reglas y las instituciones, mientras que la sociología jurídica tendría un objeto más amplio, esto es, cualquier fenómeno que tenga al derecho como causa, efecto u ocasión, incluyendo los fenómenos de violación, ineffectividad y desviación. Carbonnier se inclina, como nosotros, por el campo más amplio de estudio, pero considera que los términos de “sociología jurídica” y “sociología del derecho” pueden utilizarse indistintamente. Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2008, p. 13.

³ Desde la sociología jurídica, véanse los siguientes ensayos pioneros: Shapiro, Martin, “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, issue 1, Fall 1993, pp. 37-64; Gessner, Volkmar, “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Iuris*, vol. 7, 1994, pp. 132-145; Friedman, Lawrence M., “Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 32, 1996, pp. 65-90; Scheuerman, William E., “Global Law in Our High Speed Economy”, en Appelbaum, Richard P., William L. F. Felstiner y Volkmar Gessner (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 103-121.

En nuestro idioma, un extenso y documentado ensayo es el del estudioso brasileño José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001; también pueden verse los ensayos reunidos en Cancio Meliá, Manuel (ed.), *Globalización y derecho*, vol. 9 del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2005. Desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano puede verse Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte

que padece la propia sociología para librarse del lastre que ha significado circunscribir de manera principal su objeto de estudio a las “sociedades” nacionales (la “sociedad” mexicana, la francesa, la brasileña, etcétera), aunque en sus orígenes la reflexión sociológica se refería más a un nuevo *tipo* de sociedad —la sociedad moderna— que a su instanciación en un territorio determinado. En la actualidad, la sociología insiste —o al menos lo hacen algunas corrientes dentro de ella— en que solamente existe *una* sociedad: la “sociedad mundial”. Este concepto ha sido desarrollado desde los años setenta por varias corrientes y escuelas sociológicas,⁴ como la corriente funcionalista-sistémica encabezada por Niklas Luhmann y sus discípulos,⁵ la escuela neoinstitucionalista de Stanford encabezada por John W. Meyer,⁶ y la escuela del sociólogo suizo Peter Heintz basada en la sociología del desa-

y la globalización del derecho. Una visión desde la sociología y la política del derecho”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1993, tomo I, pp. 19-54; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “Estado y derecho en la era de la globalización”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1995, pp. 191-238. En relación con la institución del Estado, puede verse Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002.

⁴ Véase Greve, Jens y Bettina Heintz, “Die ‘Entdeckung’ der Weltgesellschaft. Entstehung und Grenzen der Weltgesellschaftstheorie”, *Zeitschrift für Soziologie (Sonderheft: ‘Weltgesellschaft’: Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen*, ed. por Bettina Heintz, Richard Münch y Hartmann Tyrell), 2005, pp. 89-119. Estos autores consideran que las tres escuelas “descubrieron” el concepto de manera independiente en la década de los setenta. Más adelante señalaremos, siguiendo a los mismos autores, lo que tienen en común y en lo que divergen los conceptos de “globalización” y de “sociedad mundial”. Véase II. 1. (*infra*).

⁵ El primer ensayo de Luhmann sobre el tema es de 1971: Luhmann, Niklas, “Die Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 57, 1971, pp. 1-35, reproducido en Luhmann, Niklas, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 3^a ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, pp. 51-71; “The World Society as a Social System”, *International Journal of General Systems*, vol. 8, 1982, pp. 131-138, y “Globalization or World Society? How to Conceive of Modern Society”, *International Review of Sociology*, vol. 7, No. 1, March 1997, pp. 67-79. Véase también Stichweh, Rudolf, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2000 y, de este mismo autor, “On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms”, *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, vol. 1, Issue 1, 2000, pp. 27-38.

⁶ De una bibliografía muy extensa, que trata de demostrar de qué modo el mundo está gobernado por una infraestructura institucional global que influye en el ámbito interno de los estados, puede verse el planteamiento general en Meyer, John W., John Boli, George M. Thomas y Francisco O. Ramírez, “World-Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Chicago, vol. 103, No. 1, July 1997, pp. 144-181.

rrollo.⁷ Otros importantes sociólogos, como Ulrich Beck, lo han retomado,⁸ e incluso ya es utilizado también por algunos juristas.⁹

Aunque las tres escuelas citadas parten de premisas metodológicas y teóricas distintas, para Jens Greve y Bettina Heintz tienen al menos en común las siguientes características:¹⁰

- La idea de que en el desarrollo histórico se ha constituido un contexto de vinculación global; este contexto de vinculación conforma una forma propia de organización social, es decir, se presenta como un nuevo objeto de investigación para la sociología.
- La sociedad mundial se caracteriza por elementos estructurales irreductibles.
- El supuesto de la “macrodeterminación”, es decir, que todo lo que sucede en el mundo es un efecto del mundo mismo.
- La transferencia del concepto sociológico de “sociedad” a los contextos globales.

Por su parte, la sociología jurídica encuentra también obstáculos particulares para superar los enfoques territorialistas y estatistas sobre el derecho, ello como consecuencia del carácter simbiótico, históricamente determinado, entre el Estado y el orden jurídico nacional. Pero si resulta posible distinguir conceptualmente entre el derecho y el Estado —o entre sistema jurídico y sistema político—,¹¹ entonces igualmente lo es concebir un “de-

⁷ Véase, por ejemplo, Heintz, Peter, *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*, Diessenhofen, Rüegger, 1982 y “A Sociological Code for the Description of World Society and its Change”, *International Social Science Journal*, vol. 34, 1982, pp. 12-21.

⁸ Véase, por ejemplo, el volumen editado por Beck: *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999. Específicamente, Beck ha trasladado su concepto de “sociedad del riesgo” al plano global, para hablar de “sociedad mundial del riesgo” (“*world risk society*”). La traducción al español de este concepto es desafortunada, porque pierde el sentido de “sociedad mundial”, además de que aparece aplicar el calificativo de “global” (en lugar de “mundial”) al riesgo y no a la sociedad. Véase Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002.

⁹ Udo di Fabio, antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal alemán, habla del “Estado constitucional en la sociedad mundial”. Véase Di Fabio, Udo, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

¹⁰ Greve y Heintz, *op. cit.*, supra nota 4, p. 89.

¹¹ Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pp. 407 y siguientes (traducción española: *El derecho de la sociedad*, México, UIA-ITESO-UNAM, 2002, cap. 9: “Política y derecho”, pp. 473 y siguientes).

recho (global) sin Estado".¹² Dicho en otras palabras: la mutua implicación entre Estado y derecho sería sólo un producto histórico, pues si bien los órdenes jurídicos modernos surgen de la mano de los estados nacionales,¹³ ello no implica que el derecho positivo no pueda tener como referente institucional otras formaciones que no sean las estructuras estatales, como ha ocurrido en otras épocas y otros lugares. El fuerte resurgimiento de los debates en torno al "pluralismo jurídico" no son sino una señal de la intensa lucha por "desestatalizar" el concepto mismo de derecho, a fin de que se pueda reconocer que no solamente es "derecho", en sentido propio, el que tiene su origen en la acción o la tolerancia del Estado.¹⁴ No obstante lo anterior, la investigación social empírica encuentra elementos para cuestionar, por aho-

¹² Así el título de un conocido libro coordinado por un discípulo de Luhmann, Gunther Teubner, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997. Que el debate sobre la interrelación entre el derecho y el Estado no está limitado a las cuestiones que plantea directamente la globalización lo demuestra la obra de Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, 2^a ed., París, PUF, 2007, la cual contrasta el modelo contractual y autorregulador del derecho en la democracia de los Estados Unidos con el modelo estatista y centralista prevaleciente en Francia. Se trata de una diferencia que sólo es de grado, pero que resulta significativa también para el debate sobre derecho y globalización.

Otro aspecto del desacoplamiento entre Estado y derecho tiene que ver con la vida jurídica que subsiste, por ejemplo, a través de los abogados o los notarios públicos, cuando el Estado ha dejado de funcionar efectivamente ("Estado fallido") en alguna porción territorial. Esto ha ocurrido con frecuencia en los países latinoamericanos, cuando sus gobiernos dejan de controlar alguna parte de su territorio, al quedar en manos de la guerrilla o de la delincuencia organizada (debo esta importante observación a Rogelio Pérez Perdomo).

¹³ Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 1983 (hay traducción española, la que desafortunadamente escamotea en su título la relación entre "derecho" y "revolución": *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, FCE, 1996). Para Berman, como resultado de la llamada "revolución papal" de fines del siglo XI, el primer Estado en sentido moderno lo fue la Iglesia Católica, y el primer orden jurídico moderno, el derecho canónico.

La simbiosis entre Estado y orden jurídico llega al punto en que podemos considerar que algunos estados han nacido primero como estructuras jurídicas que luego han adquirido realidad política y sociológica. Ejemplos de ello serían los Estados Unidos de América, así como la mayoría de los estados de América Latina, surgidos de la desintegración del Imperio español a principios del siglo XIX.

¹⁴ La bibliografía sobre el "pluralismo jurídico" ya es muy extensa. Véanse los ensayos, muy citados, de Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, traducidos y reunidos en el volumen *Pluralismo jurídico*, estudio preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2007. Entre las publicaciones mexicanas pueden verse los trabajos recogidos en Correas, Óscar (coord.), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, UNAM-CONACYT-Editiones Coyoacán, 2007.

ra, la posibilidad de un derecho puramente autónomo, desligado totalmente de las estructuras estatales.¹⁵

Por tanto, si la sociedad mundial se organiza bajo el principio de la *diferenciación funcional* —como propone Niklas Luhmann—, dicho principio implica que los sistemas resultantes (los sistemas político, jurídico, económico, científico, etcétera) no estarán circunscritos a las comunidades territorialmente delimitadas que denominamos estados. Dicho en otros términos: la sociedad mundial no se construye de “abajo hacia arriba” o desde “adentro hacia afuera”, es decir, desde la esfera territorial estatal hacia la arena global, como se percibe comúnmente por la mayoría de los enfoques sobre la globalización. Por el contrario, los estados nacionales son, ellos mismos, producto de la diferenciación funcional, es decir, se presentan como una forma de diferenciación secundaria de la sociedad mundial —de tipo segmentado y regional—, mientras que los órdenes jurídicos nacionales se diferencian como expresión territorial del único sistema jurídico que existe actualmente a nivel planetario.

Las afirmaciones anteriores se ubican en un nivel de abstracción teórica elevado y no son compartidas por muchos sociólogos y sociólogos del derecho. Sin embargo, una perspectiva teórica como la de la sociedad mundial exigiría revisar a fondo los debates actuales de la disciplina en torno al derecho y la gobernanza globales, los cuales, empero, se refieren frecuentemente a cuestiones mucho más concretas. Específicamente, buena parte de la discusión socio-jurídica actual se mueve dentro de las coordenadas fijadas hace ya casi un siglo por la obra clásica de Max Weber (1864-1920). En efecto, en la etapa actual de la globalización cobran actualidad las tesis de Weber sobre la “racionalización del derecho” y su vinculación con el Estado y la economía modernos. El impresionante crecimiento de China y su omnipresencia en los mercados globales durante las últimas tres décadas, por ejemplo, vuelven a poner sobre el tapete de la discusión la idea de que el orden jurídico moderno —simbolizado por el llamado “Estado de derecho”

¹⁵ Gessner, Volkmar, “Theories of Change – The Governance of Business Transactions in Globalising Economies”, en Gessner, Volkmar (ed.), *Contractual Certainty in International Trade. Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Oxford-Portland, Hart Publishing 2009, pp. 203-205. De este ensayo hay traducción española: “Teorías del cambio. La gobernanza de las transacciones de negocios en las economías globalizadas”, en Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, pp. 262 y siguientes, 308-310.

(*rule of law*)— es indispensable para el desarrollo económico.¹⁶ Sin embargo, la pregunta de fondo es si el derecho global seguirá el mismo camino que presuntamente han seguido los órdenes jurídicos de los estados modernos (al menos los desarrollados), o bien, si la arena jurídica global permanecerá fragmentada, lo que implica que en ella el derecho tendrá una presencia importante, pero que no cumplirá necesariamente todas las funciones que se esperan de los órdenes jurídicos nacionales.¹⁷

El propósito de este ensayo es examinar la forma en que la sociología jurídica ha abordado algunas de las transformaciones del Estado y el derecho en el contexto de la sociedad mundial; o dicho con más precisión: se trata de examinar, desde la perspectiva sociológica de la “sociedad mundial”, algunos elementos teóricos y empíricos aportados por la sociología jurídica contemporánea que podrían contribuir a esclarecer y entender mejor los cambios recientes del orden jurídico mexicano, así como sus perspectivas en un futuro próximo. Sin embargo, no se pretende elaborar una visión completa y coherente de la globalización en relación con su impacto en un orden jurídico nacional determinado, sino de profundizar en las descripciones que ya existen sobre el cambio jurídico en México.

Para llevar a cabo el anterior propósito, el ensayo se estructura en tres apartados. El primero de ellos (II., *infra*) desarrollará con mayor amplitud algunas de las visiones que se han elaborado alrededor del concepto de “sociedad mundial” por la sociología contemporánea, De manera particular, se analiza la idea de la diferenciación funcional de la sociedad mundial pro-

¹⁶ Appelbaum, Richard P., “The Future of Law in a Global Economy”, *Social and Legal Studies*, vol. 7, 1998, pp. 171-192; Peerenboom, Randall, *China’s Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 y, del mismo autor, “What Have We Learned about Law and Development? Describing, Predicting, and Assessing Legal Reform in China”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2006, pp. 823-871.

¹⁷ Una aguda y muy sintética crítica del enfoque weberiano puede consultarse en Gessner, *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. XIX y siguientes. Para Gessner, los presupuestos en los que se basó Weber corresponden a la ideología predominante, sobre todo en Alemania, a fines del siglo XIX, la que veía en el derecho la forma más elevada de racionalidad y de legitimidad en las sociedades modernas. Si acaso, señala Gessner, tales premisas podrían haber sido válidas en algún momento para los países occidentales desarrollados, pero lo son mucho menos para los países en desarrollo y sin duda resultan muy cuestionables cuando se aplican a las condiciones actuales de la globalización. Una visión más matizada es la de Bärbel Dorbeck-Jung, quien sostiene que, si bien hay que revisar el concepto tradicional de “seguridad jurídica”, las ideas de Weber sobre las relaciones entre derecho y economía siguen ofreciendo puntos de referencia válidos para efectuar tal revisión. Véase Dorbeck-Jung, Bärbel, “Global Trade: Changes in the Conceptualisation of Legal Certainty”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty in International Trade ...*, cit., *supra* nota 15, pp. 289-312.

puesta por Niklas Luhmann y sus discípulos, combinada con el paradigma comunicativo en la sociología, es decir, la definición de la sociedad misma como un conjunto de comunicaciones. Se trata de un paradigma sociológico que, como señala Rudolf Stichweh, coincide y se refuerza con la omnipresencia de las tecnologías y las redes de la información y la comunicación en el desarrollo de la sociedad mundial moderna.¹⁸ Este enfoque se complementa con la visión neo-institucional de la sociedad mundial elaborada por John W. Meyer y sus colaboradores desde la Universidad de Stanford.

Como quedará de manifiesto en el mismo apartado, se trata de una visión que tiene consecuencias importantes para algunos debates recurrentes en la sociología jurídica, como el relativo a los llamados “transplantes jurídicos”. Mientras algunos comparatistas sostienen que, históricamente, el transplante es el modo normal y ordinario en que se produce la evolución de los ordenamientos jurídicos, la mayoría de los sociólogos del derecho impugna este modelo, pues el “transplante” es incapaz de trasladar el contexto institucional y cultural que le da sentido y eficacia en su lugar de origen. No obstante, es un hecho que en nuestro mundo global las ideas y las instituciones jurídicas se difunden y circulan a gran velocidad y que los estados nacionales adoptan muchas de ellas con independencia de que correspondan a su nivel de desarrollo social e institucional, lo cual se explica más por la dinámica de la sociedad mundial y menos por la evolución interna en los estados nacionales, aunque ésta tampoco sea irrelevante. Algo similar sucede con los actuales debates en torno al llamado “diálogo jurisprudencial”, es decir, los procesos de mutua observación que se dan entre los tribunales —nacionales, internacionales y supranacionales— a través de sus sentencias y resoluciones, lo que sólo podría entenderse y explicarse si suponemos la existencia de un orden normativo mundial que permite y favorece esos procesos comunicativos.

El segundo apartado (III., *infra*) retoma algunas de las ideas examinadas en el apartado anterior, a fin de situarlos en la perspectiva del proceso de cambio social y jurídico en México de las últimas décadas. Existen ya varios trabajos importantes que ofrecen una descripción y una primera explicación generales de dicho proceso de cambio,¹⁹ y, además, algunos de ellos toman en cuenta la influencia del entorno jurídico global, pero no ofrecen todavía una visión integral del cambio jurídico en México en relación con la gobernanza global. Este apartado parte de la premisa de que

¹⁸ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 253.

¹⁹ Véase la bibliografía citada a pie de página en el inciso 1. del apartado III., *infra*.

el régimen político vigente en México en las últimas décadas del siglo XX ha sustituido efectivamente la “legitimidad revolucionaria” de que usufruyeron durante décadas los grupos políticos triunfadores en la Revolución Mexicana de 1910, por la “legitimidad del orden jurídico”. Ello permite entender la insistencia en el “Estado de derecho” como demanda social y como principio de la política pública, así como la prominencia institucional que, de manera paulatina, han adquirido el Poder Judicial y los tribunales, los cuales han pasado, visiblemente, del margen al centro del espacio público. Sin embargo, esto no significa que el orden jurídico se vaya a convertir necesariamente en un referente generalizado de los comportamientos sociales. Los elementos de desorden y descomposición que se advierten en el campo jurídico en México parecen estar en sintonía con una arena jurídica global también fragmentaria y caótica. Por ello, resulta indispensable hacer un análisis cuidadoso de las condiciones estructurales, ligadas a la sociedad mundial, que hacen más probable la realización de una legalidad estricta, particularmente a través de un núcleo mínimo conformado por los derechos humanos más básicos. No obstante lo anterior, del mismo análisis se deduce que la legalidad ordinaria, cotidiana, difícilmente tendrá avances en tanto su evidente disfuncionalidad no genere costos socialmente insostenibles o se vuelva foco del escrutinio externo.

El ensayo cierra con un apartado de reflexiones finales (IV., *infra*), en las cuales, a propósito de la idea de gobernanza global a través del derecho, se examina brevemente una hipótesis formulada por Luhmann desde los años setenta, en el sentido de que, en la sociedad mundial, las “expectativas normativas” tienden a ser desplazadas o dominadas por las “expectativas cognitivas”. En términos más sencillos: el derecho pierde peso e importancia frente a otros sistemas funcionales, como la economía o la ciencia, que despliegan mayores capacidades de aprendizaje y adaptación en el entorno globalizado. Para abordar esta hipótesis, resulta de utilidad la distinción entre “regulación” y “soporte”, elaborada por Volkmar Gessner, como dos funciones distintas del derecho. De este análisis se concluye que ambas funciones se separan y siguen rutas distintas, lo que confirma el diagnóstico de la creciente fragmentación y pluralización del derecho en la sociedad mundial.

Desde el punto de vista de la esfera jurídica interna de los estados nacionales, la disyunción recién apuntada entre “regulación” y “soporte”, genera fuertes limitaciones para las posibilidades de lograr un “Estado de derecho” consistente, al menos en términos del ideal de una sociedad regida plenamente por un orden jurídico racional y legítimo. No es casualidad, como

señala Harold Berman, que en el momento en que la “tradición jurídica occidental” alcanza su mayor influencia y difusión en el mundo, sea también un momento de crisis de esta misma tradición.²⁰ Pero en la crisis radica una oportunidad de llevar el ideal jurídico de Occidente a una síntesis mayor con las demás culturas jurídicas de la única sociedad mundial que actualmente existe, logrando la convergencia en un nuevo tipo de legalidad, que será distinta, sin duda, de ese milenario ideal europeo, pero que tendrá que apoyarse necesariamente en él.

II. SOCIEDAD MUNDIAL, ESTADO Y DERECHO

Como hemos señalado en el apartado introductorio, existen al menos dos modelos o visiones sobre los procesos sociales y jurídicos actuales que envuelven y transforman a los estados nacionales: la “globalización” y la “sociedad mundial”.²¹ En este apartado desarrollaremos, primero, una brevíssima comparación de semejanzas y diferencias entre ambas visiones (1., *infra*); luego se hará una explicación más amplia de las diversas teorías sociológicas que han elaborado el concepto de “sociedad mundial” (2., *infra*), para enseguida abordar algunas consecuencias teóricas y empíricas que, para el estudio del Estado y el derecho, derivan de estas teorías, particularmente de las elaboradas por Niklas Luhmann y sus discípulos, así como por John W. Meyer y sus colaboradores (3., *infra*). Finalmente, en un cuarto inciso (4., *infra*) se aborda el papel cada vez más importante que tiene el concepto de comunicación para las concepciones contemporáneas del fenómeno jurídico. Se argumentará ahí que el paradigma comunicativo induce un replanteamiento del modo cómo se conciben las funciones del derecho en la sociedad contemporánea, particularmente el papel que en ello tienen el poder y la coacción. Se trata, en suma, de un paradigma que se encuentra en creciente sintonía con las estructuras de una sociedad mundial cada vez más dependiente de las tecnologías de la información y la comunicación y de las redes sociales.

²⁰ Berman, *Law and Revolution...*, cit., *supra* nota 13, pp. 33 y siguientes (traducción española: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, cit., pp. 44 y siguientes).

²¹ Quizá un tercer paradigma a tomar en cuenta sea el de la “sociedad-red” (*network society*) que ha elaborado principalmente Manuel Castells, pero no lo abordamos aquí de manera independiente, pues, en principio, parece que puede reconstruirse o integrarse con cualquiera de los otros dos paradigmas. Véase Castells, Manuel, *The Rise of the Network Society*, 2^a ed., Chichester, Wiley-Blackwell, 2010.

1. Globalización y sociedad mundial

Para Jens Greve y Bettina Heintz existen diferencias visibles entre las diversas teorías que se ocupan de la globalización y las teorías de la sociedad mundial.²² De entrada, la globalización ha sido abordada por un conjunto heterogéneo de enfoques y teorías parciales, de muy diversa clase, que no han podido conformar una teoría integral hasta ahora. Son al menos tres los supuestos significativos en los que las teorías de la globalización difieren de las teorías de la sociedad mundial:

- En las teorías de la globalización el contexto global no es concebido como una unidad.
- Las teorías de la globalización argumentan generalmente de “adentro hacia fuera”, es decir, que su punto de partida son los ámbitos locales que son afectados por el proceso de disolución de las fronteras, lo que Anthony Giddens denomina “desanclaje”, esto es, “...‘despegar’ las relaciones de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales”.²³
- La globalización es frecuentemente equiparada con una forma de homogeneización de las estructuras sociales, aunque resulta evidente que se trata de un fenómeno que permite y alienta también las diferencias culturales y los movimientos de resistencia a la homogeneización.²⁴

En cambio, aunque no hay una teoría sociológica única de la sociedad mundial, y los enfoques existentes presentan todavía deficiencias teóricas y empíricas que cubrir,²⁵ tales enfoques poseen elementos comunes fundados

²² Greve/Heintz, *op. cit.*, supra nota 4, pp. 109-110.

²³ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, versión de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 2008, p. 32.

²⁴ Greve/Heintz, *op. ult. cit.*, p. 110.

Son numerosos los autores que exploran las dimensiones plurales, contrahegemónicas y emancipatorias que pueden ir asociadas a la globalización. Un autor prominente en este sentido es Boaventura de Sousa Santos. Véase, de su amplia obra, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta-ILSA, 2009, pp. 293 y siguientes.

²⁵ *Idem*, pp. 111 y siguientes. Estos autores subrayan particularmente la falta de una perspectiva microsociológica que permita observar los diversos grados de cristalización de las estructuras globales y la variabilidad de los procesos societales globales, que es algo que se intenta preliminarmente en el apartado III. 2., *infra*, en relación con los períodos de modernización del derecho mexicano y los mecanismos de mediación entre norma y realidad social.

en escuelas y tradiciones sociológicas fuertes y bien establecidas, lo que les confiere un mayor potencial explicativo, superior al de la mayoría de las visiones actuales sobre la globalización. En palabras de Rudolf Stichweh, el concepto de globalización hoy dominante sostiene

una pretensión explicativa más débil, porque se enfoca primariamente al momento genético de la ampliación y deslocalización de fenómenos hasta ahora localmente delimitados, pero no lo hace desde la perspectiva del surgimiento contemporáneo, en un plano superior, de un sistema que utiliza los mecanismos de la globalización como mecanismos de su propia construcción estructural. En este sentido resulta preciso preguntar siempre a las teorías de la globalización: ¿globalización en el contexto de qué sistema?²⁶

En particular, las teorías sobre la globalización no son capaces de explicar cuál es la diferencia entre el proceso actual de globalización y otros procesos similares ocurridos en el pasado reciente o incluso remoto, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de múltiples globalizaciones, varias de las cuales ni siquiera se relacionan con el mundo occidental.²⁷

En cambio, el concepto de sociedad mundial implica que se trata un fenómeno histórico completamente nuevo y único al que incluso es posible ponerle “fecha de nacimiento”. Rudolf Stichweh señala que a comienzos de la edad moderna existían estructuralmente varias sociedades, cada una de las cuales era poseedora y realizadora, fenomenológicamente hablando, de un “esbozo del mundo” (*Weltentwurf*), dentro del cual se concebían a sí mismas como “sociedad mundial”. Lo que caracteriza a la sociedad mundial moderna, en cambio, es la creciente coincidencia entre realidad estructural y esbozo fenomenológico del mundo:²⁸

La sociedad mundial comienza en el momento en que uno de los sistemas sociales no acepta más que coexisten con él otros sistemas sociales, y, además, este sistema social dispone de los instrumentos y los recursos para convertir esta no aceptación en realidad estructural...²⁹

²⁶ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 14 (traducción de HFF).

²⁷ Por ejemplo, André Gunder Frank y Barry K. Gills sostienen la idea de que ha existido un solo “sistema-mundo”, iniciado hace unos cinco mil años entre Mesopotamia y Egipto. Véanse los ensayos reunidos en el volumen, editado por ambos, *The World System: 500 Years or Five Thousand*, London-New York, Routledge, 1993. El actual “sistema-mundo” capitalista, postulado por Wallerstein, no sería más que la fase más reciente en este proceso.

²⁸ Stichweh, *op. ult. cit.*, p. 249.

²⁹ *Ibidem* (traducción de HFF).

Ello sólo ha ocurrido una vez en la historia:

En el proceso de expansión de la sociedad atlántico-europea que se inició en los siglos XV y XVI, el cual incorporó a través de la colonización y otras formas de apropiación la totalidad del mundo restante en su propio sistema social. Después de ello no hay economía ni educación, ninguna religión ni ningún conocimiento, que puedan sostenerse duraderamente fuera de este sistema mundial.³⁰

En resumen, nuestra experiencia del mundo y de los problemas que enfrenta nos sugieren constantemente que la humanidad se encuentra en una situación históricamente inédita, lo que, sin duda, requiere una conceptualización teórica que dé cuenta, de manera coherente y convincente, de este momento único. Tal sería la aportación de la teoría de la sociedad mundial, la cual, como hemos visto, puede incorporar y dar coherencia explicativa a los fenómenos que asociamos con la “globalización”.³¹

2. *Tres versiones de la sociedad mundial*

Según Jens Greve y Bettina Heintz, son tres las teorías de la sociedad mundial que surgen en los años setenta. Estos enfoques o teorías se apoyan en varias escuelas y corrientes que los precedieron, como la teoría del sistema internacional, la teoría de la modernización y su recepción crítica, la teoría de la dependencia y la teoría del sistema mundial de Immanuel Wallerstein.³²

La *teoría del sistema internacional* supone un orden formado por los estados e integrado por las relaciones de poder y cooperación entre éstos. Este sistema presupone, a los ojos de sociólogos como Talcott Parsons, sobre todo después de la II Guerra Mundial, la existencia de un conjunto de valores comunes que se resumen en el desarrollo económico y la independencia po-

³⁰ *Idem*, pp. 249-250 (traducción de HFF). Podría señalarse, como lo hace Stichweh, que otro momento crucial en el surgimiento de la sociedad mundial es la aceptación de un tiempo universal, gobernado por zonas o usos horarios uniformes, lo que todos los países hicieron entre fines del siglo XIX y las primeras décadas del XX. La sincronización del mundo significa que todo lo que ocurre, ocurre al mismo tiempo, de modo que podemos situar cualquier suceso antes o después de cualquier otro con base en una sola referencia temporal. Véase Stichweh, *op. ult. cit.*, pp. 207 y siguientes.

³¹ Así Boris Holzer, Fatima Kastner y Tobias Werron, “Introduction: From Globalization to World Society”, en el volumen editado por ellos mismos: *From Globalization to World Society. Neo-Institutional and Systems-Theoretical Perspectives*, New York-London, Routledge, 2015, pp. 1 y siguientes.

³² Greve/Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 90 y siguientes.

lítica y que identificamos habitualmente con la “modernidad”. Aunque han surgido históricamente en el contexto de la civilización occidental, dichos valores son compartidos por todos los estados del mundo, con independencia de los bloques políticos o ideológicos a los que pertenezcan.³³

La *teoría de la modernización*, surgida hacia mediados de los años cuarenta, tuvo su auge como enfoque macrosociológico dominante en la década de los sesenta. Toma como punto de partida la distinción entre “tradición” y “modernidad”, y trata de identificar las vías por las cuales las llamadas sociedades “tradicionales” pueden alcanzar el desarrollo, en un proceso de creciente convergencia con las sociedades desarrolladas. Sin embargo, este enfoque fue sometido, ya desde los años sesenta, a una fuerte crítica que cuestionó la distinción entre “tradición” y “modernidad”, así como la idea de que pudiera existir una sola interpretación de la modernidad y una sola ruta hacia ella. Algunos enfoques críticos fueron más allá y combatieron la hipótesis de la convergencia, señalando que las relaciones entre los estados se basaban en una desigualdad estructural que hacía dependiente el desarrollo de los países periféricos respecto de las naciones centrales o desarrolladas (*teoría de la dependencia*).

La llamada *teoría del sistema mundial (world-system)* de Immanuel Wallerstein retoma también la distinción entre centro y periferia (a la que se agrega una “semiperiferia”). Su punto de partida es la idea de que la economía capitalista surge y se desarrolla como estructura mundial que, siguiendo su propia lógica, influye en las estructuras y los procesos sociales de las sociedades nacionales particulares. Dicho en otras palabras: es la economía mundial capitalista la que genera las diferencias estructurales que se advierten en los niveles de desarrollo de las sociedades nacionales y no a la inversa, asignándoles una posición como estados centrales, periféricos o semiperiféricos.³⁴

Por su parte, las teorías de la *sociedad mundial* elaboradas a partir de los años setenta comparten diversas premisas y conclusiones con los enfoques arriba reseñados. Desde los años setenta, el profesor John W. Meyer, de la Universidad de Stanford, California, y sus colaboradores, empiezan a desarrollar un enfoque neoinstitucionalista que concibe a la sociedad mundial (que inicialmente denominan “*world polity*”) como *cultura mundial*.³⁵ Al decir de Greve y Heintz, se trata de un enfoque que, por un lado, critica a la teoría de la modernización que pretende explicar el cambio social solamente

³³ *Ibidem*, p. 91.

³⁴ *Idem*, pp. 95 y siguientes. Véase Wallerstein, Immanuel, *The Modern World-System*, New York, Academic Press, 1974 (hay traducción española: *El moderno sistema mundial*, México, Siglo XXI Editores, 1979).

³⁵ Véanse las referencias bibliográficas en la nota 6, *supra*.

a partir de factores endógenos y, por el otro, cuestiona el enfoque económico-cista de la teoría del sistema mundial de Wallerstein. Meyer identifica una convergencia visible —un “isomorfismo”— en el desarrollo de los estados nacionales. No sólo se ha extendido a todo el mundo esta misma institución, sino que todos los estados han ampliado su ámbito regulatorio, con independencia del nivel que ocupen en la escala del desarrollo. Esto se explica, de acuerdo con Meyer y sus colegas, por la institucionalización, a nivel global, de una cultura transnacional, formada esencialmente a partir de la secularización del cristianismo, que constituye el criterio central de la legitimidad de esos estados y que afecta los campos más diversos de la política: la educación, la salud, la ciencia y la tecnología, la igualdad de género, pero también la Constitución y el orden jurídico.³⁶

Esta cultura transnacional se encuentra codificada en los tratados y convenios internacionales y se hace operativa a través de programas de acción que se difunden en los distintos países a través de una densa red de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. Se trata de una cultura que promueve, como valores centrales, la racionalidad, la justicia, el progreso y el individualismo.³⁷ Este enfoque no desconoce, por supuesto, que las similitudes estructurales entre los estados y sus políticas se encuentran en un plano formal, mientras que las desigualdades fácticas se dan a nivel de la realidad social y que las mismas permanecen e incluso se amplían;³⁸ empero, la constatación de la brecha no constituye un obstáculo para la difusión y la adopción de la cultura transnacional en el nivel local.³⁹

En una segunda versión, el sociólogo suizo Peter Heintz concibe a la sociedad mundial como un campo global de interacción que representa el sistema más amplio que comprende a todos los demás, así como el plano sistémico más elevado. Los distintos planos sistémicos —nación, región, familia, persona— no son reductibles entre sí y constituyen las unidades que conforman a la sociedad mundial. Así, para Heintz la sociedad mundial se configura como un sistema integrado por sistemas articulados de manera concéntrica, de modo que no puede ser concebida como un sistema conformado solamente por individuos.⁴⁰

³⁶ Greve/Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 101-102.

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

³⁸ *Ibidem*, p. 103.

³⁹ Para ampliar estas ideas, véanse los ensayos reunidos en Drori, Gili S., John W. Meyer y Hoky Hwang (eds.), *Globalization and Organization. World Society and Organizational Change*, New York, Oxford University Press, 2006 y en Krücken, Georg y Gili S. Drori (eds.), *World Society. The Writings of John W. Meyer*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.

⁴⁰ Greve y Heintz, *op. ult. cit.*, p. 103.

Heintz identifica tres tipos de sistemas de alcance global: 1. el sistema estratificado del desarrollo internacional; 2. el sistema intergubernamental de poder político-militar, conformado por los gobiernos nacionales; y 3. el sistema interorganizacional, compuesto por las corporaciones multinacionales.⁴¹ El *sistema internacional* es un sistema estratificado, conformado por “unidades societales” (estados nacionales) que se distinguen entre sí de acuerdo con las dimensiones globales del desarrollo económico (ingreso, niveles de educación y urbanización, sectores económicos). Tales dimensiones son también relevantes para los miembros de dichas unidades, esto es, sus poblaciones.⁴² El *sistema intergubernamental* comprende los gobiernos de las unidades societales del sistema internacional que desempeñan una función en el exterior. Sus intereses no necesariamente coinciden con los de sus poblaciones. El principio de organización del sistema intergubernamental es el poder político-militar.⁴³ El *sistema interorganizacional* de las corporaciones multinacionales está integrado por todas las empresas transnacionales o multinacionales que llevan a cabo actividades a escala mundial.⁴⁴

En cuanto a la sociedad mundial misma y a sus características como tipo de sociedad, Heintz observa un proceso de desestructuración y entropía, como resultado de la creciente falta de legitimidad del sistema internacional del desarrollo.⁴⁵ La sociedad mundial se caracteriza también por la presencia de estructuras descentralizadas, un elevado grado de heterogeneidad cultural y una falta de identidad propia, lo que tiene por consecuencia que los intereses mundiales de la población no se vean articulados. Como tendencias de largo plazo, Heintz identifica la creciente movilización de la población mundial en camino hacia la urbanización y la educación. Esta tendencia contribuye a la consolidación de los valores del desarrollo y tiene un efecto integrador como una especie de cultura socio-económica mundial general. Por otra parte, observa también que las posiciones en la dimensión político-militar son asignadas crecientemente sobre la base de la agregación

⁴¹ *Ibidem*, p. 104. Véase también Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, y “A Sociological Code...”, cit., *supra* nota 7.

⁴² Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, cit., pp. 28-30, 33 y siguientes.

⁴³ *Ibidem*, pp. 29, 49 y siguientes.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 30, 62 y siguientes.

⁴⁵ Al momento de escribir la obra que citamos (fines de los años setenta y comienzos de los ochenta), Heintz, quien falleció en 1983, percibía que los países en desarrollo impugnaban cada vez con mayor fuerza el “sistema del desarrollo internacional”. Al mismo tiempo, las naciones desarrolladas estaban sufriendo un proceso de cambio que ponía menos énfasis en los valores “materiales” y más en los “no materiales” (como por ejemplo, el ambiente). Si bien los datos fundamentales de este sistema no han cambiado desde entonces, parece que la globalización ha canalizado la discusión política y económica hacia otras prioridades.

de los recursos nacionales destinados a la obtención de ese tipo de poder y otros medios de control, como la investigación científica y tecnológica.⁴⁶

En tercer lugar, la teoría funcionalista-sistémica de la sociedad mundial desarrollada por Niklas Luhmann y sus discípulos, principalmente Rudolf Stichweh, parte de los siguientes postulados: primero, los sistemas sociales —interacción, organización y sociedad— se componen de comunicaciones, y la sociedad se define como aquel sistema social que abarca a todas las comunicaciones; y segundo, la diferenciación funcional de la sociedad, es decir, el surgimiento de subsistemas sociales especializados en una función no territorial a nivel societal (economía, política, ciencia, religión, etcétera) ha tenido por consecuencia el surgimiento de una sola sociedad —la sociedad mundial— que incluye a todas las comunicaciones sociales.⁴⁷

Para Luhmann y sus discípulos, la realidad de la sociedad mundial no depende de que la comunicación se pueda producir a grandes distancias y de modo instantáneo —la compresión del tiempo y del espacio de que hablan otros autores (por ejemplo, Giddens) como característica de la globalización— sino que las interacciones remiten potencialmente a otras, que de ese modo influyen en el desarrollo de la interacción presente.⁴⁸ Rudolf Stichweh explica esta circunstancia a través de dos hipótesis: la que llama la hipótesis del “así-en-adelante” (*Und-so-weiter-Hypothese*), según la cual, para la teoría de la sociedad mundial el hecho decisivo no es

que una interacción en lo individual supere enormes distancias espaciales o temporales, sino que de lo más bien se trata es de que en cada interacción particular esté presente un ‘así-en-adelante’ (*Und-so-weiter*) de otros contactos de los participantes y ello abra la posibilidad de las conexiones globales, una posibilidad que, por su parte, se vuelve relevante en cada interacción en cuanto conciencia de la selectividad y en este sentido interviene en el control de las interacciones.⁴⁹

⁴⁶ Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, cit., pp. 75 y siguientes.

⁴⁷ Greve y Heintz, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁴⁸ *Idem*. Véase también la siguiente cita de Luhmann: “Si partimos de la comunicación como operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces resulta evidente que en *toda* comunicación está implícita la sociedad mundial, con toda independencia de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes. Cada vez se presuponen más posibilidades de comunicación y cada vez se utilizan más los medios simbólicos que no pueden circunscribirse a las fronteras regionales”. Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, vol. 1, p. 150 (traducción de HFF) (hay versión española: *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, UIA-Herder, 2007; la cita en la p. 112). Sobre los “medios simbólicos” véase la nota 50, *infra*.

⁴⁹ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 17 (traducción de HFF). Sobre la relación entre sociedad mundial e interacción desde la perspectiva de la propuesta teórica de Luhmann, véase también Heintz, Bettina, “Diferenciación social y funcional (Reflexiones

La otra es la “tesis de la descontextualización”, la cual afirma que la extensión de las cadenas de “así-en-adelante” se hace posible a través de la especificación funcional y otras abstracciones presentes en la interacción (por ejemplo, el dinero o el poder como medios simbólicos generalizados de comunicación),⁵⁰ los cuales la desprenden (la “desanclan”, en la terminología de Giddens) de sus vínculos difusos con otros contextos.⁵¹

3. Estado y derecho en la sociedad mundial

Las tres teorías sobre la sociedad mundial que se han expuesto brevemente en el inciso anterior tienen interesantes consecuencias para la sociología jurídica y política, es decir, para la conceptualización del Estado, del derecho y de sus relaciones mutuas en las condiciones actuales de la globalización. Sin embargo, solamente dos de ellas se han ampliado para abarcar específicamente estas cuestiones. Aunque el enfoque de John W. Meyer y la “escuela de Stanford” presenta diferencias teóricas importantes frente al de Niklas Luhmann y sus discípulos, ambos tienen puntos en común que permiten exponer de manera conjunta algunas de sus postulados en relación con el Estado y el orden jurídico en la sociedad mundial.⁵²

sobre una teoría de la diferenciación en la sociedad mundial)”, en Torres Nafarrate, Javier y Darío Rodríguez Mansilla (eds.), *La sociedad como pasión. Aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México, UIA, 2011, pp. 71-88.

⁵⁰ Luhmann desarrolla la teoría de los “medios de comunicación simbólicamente generalizados”, muy vinculados a la diferenciación funcional, a partir de las ideas de Talcott Parsons. Se trata de medios que elevan la improbabilidad de que la comunicación social sea rechazada, es decir, se trata de “inventos” de la sociedad para elevar la probabilidad de su propia reproducción a través de la comunicación. Luhmann identifica cuatro posibilidades de comunicación simbólica a partir de las distintas combinaciones que pueden asumir los conceptos de “experiencia”/“vivencia” (*Erleben*) y de “acción” (*Handeln*): propiedad/dinero/arte (la acción de Alter se convierte en experiencia/vivencia de Ego); poder/derecho (la acción de Alter se convierte en acción de Ego), verdad/valores (la experiencia/vivencia de Alter se convierte en experiencia/vivencia de Ego) y amor (la experiencia/vivencia de Alter se convierte en acción de Ego). Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 48, pp. 316 y siguientes, y especialmente la tabla en p. 336 (pp. 245 y siguientes, y tabla en p. 261 de la traducción española citada).

⁵¹ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 18, agrega que en la sociedad mundial, cualquier interacción puede pertenecer al mismo tiempo a los tres planos sistémicos —interacción, organización, sociedad—, lo que conduce a que en las interacciones individuales pueda identificarse la mutua influencia de los contextos globales y locales y que la organización sea actualmente el mecanismo central de acceso a los contactos globales, es decir, es una condición de acceso a la sociedad mundial (*ibidem*, pp. 16-17).

⁵² Véase una comparación de ambos enfoques en Stichweh, Rudolf, “Comparing Systems Theory and Sociological Neo-Institutionalism. Explaining Functional Differentiation”,

El primero es que *la institución misma del Estado se ha globalizado a todo el planeta*, de modo que, en la actualidad, no hay prácticamente ningún territorio (con excepción quizá del Polo Norte y la Antártida) que no pertenezca al ámbito soberano de algún Estado. La diferenciación secundaria del sistema político mundial en estados soberanos es producto de la sociedad mundial misma, y tiene la ventaja, al decir de Luhmann, de reducir la probabilidad de que otros sistemas funcionales (como la economía o la ciencia) se “politicen”. Más aún, esta diferenciación permite optimizar la función de la política mundial bajo condiciones de gran diversidad climática, cultural y ecológica entre los estados. Dicho en otras palabras: la institución del Estado permite gestionar la diversidad de condiciones estructurales y culturales de la sociedad mundial, al mismo tiempo que genera una unidad mínima, representada, en primer lugar, por la soberanía interna y externa de los mismos estados.⁵³

Tanto Luhmann como Meyer suponen que la sociedad mundial somete a los estados a fuertes presiones para lograr su conformidad con ciertos *estándares mínimos de gobernabilidad de sus territorios*. Para Luhmann, la diferenciación secundaria del sistema político de la sociedad mundial presupone un grado mínimo de similitud entre los segmentos, y esa semejanza implica también una medida mínima de efectividad política interna y externa. Respecto de la política mundial, resulta indispensable lo que este autor denomina la “capacidad comunicativa colectiva” del Estado, la cual solamente puede garantizarse a través de organizaciones, pues no basta la presencia de un poder interno unificado. La existencia de los estados constituye, por otro lado, también una fuerza de empuje en dirección hacia la globalización, pues, pregunta Luhmann: “¿de qué otro modo podrían los estados nacionales promover los intereses de su propia población sino a través de su incorporación en aquellas tendencias que han demostrado su efectividad a nivel mundial?”⁵⁴

Por su parte, para Meyer y sus colaboradores, los estados adoptan las instituciones y políticas que forman parte de la cultura mundial de la mo-

en Holzer/Kastner/Werron (eds.), *From Globalization to World Society...*, cit., *supra* nota 31, pp. 23-36.

⁵³ Luhmann, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, ed. por André Kieserling, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2002, pp. 189 y siguientes. Sobre la segmentación de la sociedad mundial en estados y sobre la conformación de un centro y una periferia en el sistema político mundial véase Neves, Marcelo, “Los Estados en el centro y los Estados en la periferia: algunos problemas con la concepción de Estados de la sociedad mundial en Niklas Luhmann”, en Torres Nafarrate/Rodríguez Mansilla (eds.), *La sociedad como pasión...*, cit., *supra* nota 49, pp. 201-236.

⁵⁴ Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, cit, *supra* nota 53, p. 224.

dernidad (“isomorfismo”), porque de ello depende su legitimidad política, a pesar de que, para la mayoría, ello dé también origen a una brecha entre las demandas y expectativas de la sociedad mundial y las capacidades de que disponen internamente para responder a ellas.⁵⁵

Por lo que se refiere al *derecho*, tanto Luhmann como Meyer parten de la premisa de que existe ya *un solo sistema jurídico o una sola cultura jurídica a nivel mundial*. Para Luhmann, se trata de un sistema funcionalmente diferenciado que está compuesto por todas las comunicaciones sociales que se orientan por el código binario “legal/ilegal” (*Recht/Unrecht*), es decir, que es posible distinguir las cuestiones jurídicas de otro tipo de cuestiones, al mismo tiempo que existen “reglas de traducción” entre los órdenes jurídicos, principalmente a través del derecho internacional privado. Y como prueba de que ya existe un derecho mínimo uniforme, agrega —con su habitual ironía— que entrar en un territorio que no es el propio no conlleva normalmente el temor de ser tratado como un extranjero fuera de la ley, así como tampoco hay necesidad, como sucedía en la Edad Media con los comerciantes, de asumir las deudas de un paisano.⁵⁶ La atención creciente que reciben las violaciones a los derechos humanos son otro indicador de la existencia de un sistema jurídico único a nivel de la sociedad mundial.⁵⁷

Por su parte, en un extenso ensayo, redactado junto con Elizabeth Heger Boyle, John W. Meyer desarrolla las implicaciones jurídicas de su visión de la sociedad mundial:⁵⁸ el derecho moderno se forma a partir de la secularización de principios y valores de tipo esencialmente religioso que surgieron históricamente en la civilización occidental y que se han globalizado de la mano del Estado nacional:⁵⁹

...los sistemas jurídicos son un elemento constitutivo de esa forma de sociedad conocida como Estado nacional moderno. Los dos surgieron de manera

⁵⁵ Meyer *et al.*, “World-Society...”, cit., *supra* nota 5, *passim*.

⁵⁶ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 573. Suponer la existencia de un solo sistema jurídico a nivel mundial no impide su diferenciación ulterior en órdenes jurídicos *nacionales, regionales o sectoriales*.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 574 y siguientes.

⁵⁸ Boyle, Elizabeth Heger y John W. Meyer, “Modern Law as Secularized and Global Model: Implications for the Sociology of Law”, en Dezelay, Yves y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002, pp. 65-95. El ensayo se reproduce también en Krücken/Drori, *World Society...*, cit., *supra* nota 39.

⁵⁹ Sobre este punto puede verse específicamente Berman, Harold J., “The Religious Foundations of Western Law”, en *Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion* (1993), Grand Rapids, Mich.-Cambridge, U.K., Wm. B. Eerdmans Publishing, 2000, cap. 3.

concomitante, cada uno confiriendo legitimidad al otro. Los sistemas jurídicos nacionales emergieron más a través del sistema global que mediante la organización local.⁶⁰

Boyle y Meyer señalan que incurre en un error importante la visión de los estados nacionales como actores seculares que toman sus decisiones jurídicas de manera autónoma, desatendiendo el carácter supranacional del derecho:

Es verdad que el surgimiento del Estado destruyó esencialmente la autoridad organizacional de la Iglesia, pero lo hizo, en nuestra opinión, mediante la absorción de una versión secularizada de la cultura más amplia de que era portadora la Iglesia, haciéndose así dependiente de ella. Los procesos son dialécticos y continúan desarrollándose a lo largo de la historia moderna. Al reclamar autonomía y soberanía conforme a los diversos principios secularizados de racionalidad y universalidad, tanto el Estado nacional como el derecho que es parcialmente su creatura intensifican su dependencia de tales principios secularizados.⁶¹

Tanto para Luhmann como para Meyer, la sociedad mundial ofrece condiciones particulares que promueven la rápida difusión de las ideas y las instituciones jurídicas. Mientras que Luhmann señala que la equifinalidad de las instituciones jurídicas ha tenido por consecuencia un nivel de similitud de los órdenes jurídicos mayor al que cabría esperar de otro modo,⁶² Meyer y Boyle subrayan que los estados generan legitimidad en la medida en que responden a principios universales, y el derecho se convierte en un importante símbolo de la aceptación de estos principios.⁶³ La ciencia jurídica y los profesionales del derecho —abogados y jueces, principalmente— participan activamente en la circulación de las ideas y las figuras jurídicas, como por ejemplo los derechos humanos, gracias a los supuestos universales en que se fundamentan, y no obstante la diversidad de condiciones y prácticas en las que se insertan.⁶⁴ El llamado “diálogo judicial”, cualquiera que sean sus efectos reales en la sociedad, no es sino una expresión visible de la equivalencia esencial de los órdenes jurídicos en un nivel operativo, así como de su dependencia de la comunicación transfronteriza.⁶⁵

⁶⁰ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, p. 68.

⁶¹ *Ibidem*, p. 69 (traducción de HFF).

⁶² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 573.

⁶³ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, p. 74.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 74 y siguientes.

⁶⁵ Sobre esta cuestión se dirá algo más adelante. Sobre las interrelaciones entre los tribunales como factor impulsor del surgimiento de un “sistema judicial transnacional” en

La rápida difusión global de las ideas e instituciones jurídicas no resulta fácilmente explicable conforme a las corrientes y escuelas mayoritarias de la sociología jurídica. La hipótesis del “espejo”, como la llama Brian Tamanaha, es decir, que el derecho es un reflejo de la sociedad y tiene el propósito de mantener el orden social,⁶⁶ resulta directamente cuestionada por la teoría de la sociedad mundial que proponen Luhmann y Meyer. Las diversas escuelas y corrientes de la sociología del derecho que sostienen de algún modo esta hipótesis tienden a considerar que los “transplantes jurídicos” no son posibles, es decir, que no resulta viable transferir entre distintas sociedades normas e instituciones que solamente tienen sentido y efectividad en un entorno social determinado.⁶⁷

Sin embargo, algunos comparatistas, como Alan Watson, han insistido en que el “transplante” es el modo principal el que se produce la evolución del derecho en las distintas sociedades, porque existe una cultura compartida entre legisladores, abogados, jueces y académicos, que promueve y favorece los cambios jurídicos, aunque no se encuentren en sintonía con las condiciones sociales objetivas en las que se implantan.⁶⁸ Los antropólogos y etnólogos del derecho también pueden aducir que en las sociedades colonizadas, el derecho occidental fue “importado” fundamentalmente con el propósito de gobernar las relaciones de los colonizadores entre sí y de éstos con las comunidades locales, pero que una vez que se produjo su independencia política, el derecho occidental moderno permaneció, no obstante su difícil coexistencia con los derechos tradicionales y la cultura jurídica local.⁶⁹

materia de derechos humanos véase Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, IMDPC-UNAM (Programa Universitario de Derechos Humanos)-Porruá, 2014, pp. 21 y siguientes.

⁶⁶ Tamanaha, *op. cit.*, *supra* nota ****, pp. 1 y siguientes.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 107 y siguientes. Véanse también los ensayos reunidos en Nelken, David y Johannes Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, Hart, 2001, especialmente el extenso ensayo introductorio de Nelken, “Towards a Sociology of Legal Adaptation”, pp. 7-54.

⁶⁸ Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2^a ed., Athens, Georgia University Press, 1993. Para aquilatar el desdén (no hay otra palabra) con la que muchos sociólogos del derecho enjuician la tesis de Watson, basta la siguiente cita de Lawrence Friedman: “La crítica de Cotterrell a Watson es devastadora; pero de alguna manera atacar a Watson es como disparar a los peces en un barril. Cualquiera que tenga el más tenue interés en el derecho como fenómeno social o histórico sencillamente no puede tomar en serio las nociones de Watson sobre cómo el derecho cambia (o deja de cambiar) y sobre la causalidad y la dirección del cambio”. Friedman, Lawrence, “Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants”, en Nelken/Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, cit., *supra* nota anterior, p. 93 (traducción de HFF).

⁶⁹ Tamanaha, *op. ult. cit.*, pp. 112 y siguientes.

Todo lo anterior conduce necesariamente a analizar el tema de la *eficacia del orden jurídico y del ideal del Estado de derecho*, o como dicen los sociólogos del derecho, la brecha (*gap*) entre el “derecho en los libros” y el “derecho en acción” (la expresión es de Roscoe Pound) en el contexto de la sociedad mundial.⁷⁰ Resulta evidente que no cabe esperar que el orden jurídico alcance el nivel de eficacia que el ideal occidental del Estado de derecho le exige, particularmente en las sociedades cuyos ordenamientos se han formado esencialmente a través de “transplantes” e “importaciones”. Así lo señalan explícitamente Boyle y Meyer, para quienes la función del derecho en la sociedad mundial no es instrumental (funcional) ni represiva, sino que radica en la vinculación que establece con los principios de la cultura universal y como fuente de identidad y legitimidad tanto para los individuos como las naciones; en consecuencia, no cabe esperar un elevado nivel de correspondencia entre el derecho y la acción, sino más bien un “desacoplamiento extremo” respecto de la vida social.⁷¹ El desacoplamiento no es un accidente ni estrictamente una “deficiencia” de la cultura jurídica, sino un elemento central del proyecto nacional y una característica de toda organización racionalizada en la medida en que las reglas que las gobiernan, como sucede con las normas jurídicas, responden a ideales externos. Vale la pena citar textualmente un ejemplo que aclara muy bien esta idea:

Que una oficina cierre a las 5 p.m. sin ningún motivo en particular —sólo porque sí—, es diferente a que cierre a las 5 p.m. por mandato de la ley estatal. En este último caso, el cierre de la oficina a las 5:15 tiene varias interpretaciones. ¿Están siendo explotados los empleados de la oficina? ¿Los clientes de la oficina en esa ubicación particular se están beneficiando de una ventaja injusta respecto de los clientes que viven al otro lado de la ciudad? En nuestra opinión, el desacoplamiento refleja, no las extremas dificultades prácticas que enfrenta el derecho, sino más bien la extraordinaria importancia de la cultura universalizada de la cual depende y la cual debe reflejar.⁷²

En conclusión:

El carácter desacoplado de los sistemas jurídicos se considera en ocasiones (y de manera bastante razonable) como indicador de su ineficacia e insignificancia funcional. Esto puede ser realista tratándose de algunos sistemas jurídicos

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 131 y siguiente. Nelken, David, “The ‘Gap’ Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Windsor, Ontario, University of Windsor, 1981, pp. 35-62.

⁷¹ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, pp. 66-67, 81 y siguientes.

⁷² *Ibidem*, p. 82 (traducción de HFF).

tradicionales, pero desatiende puntos importantes al abordar los sistemas jurídicos modernos. El sistema moderno se encuentra desacoplado *precisamente en la medida en que está vinculado a los modelos y estándares universales*, a pesar del carácter limitado y variable de la vida social local.⁷³

El análisis que Luhmann y sus discípulos proponen sobre esta cuestión es bastante complejo y persigue diversas líneas de reflexión. Luhmann reconoce también las dificultades que enfrenta el sistema jurídico de la sociedad mundial en términos de eficacia y funcionamiento. Señala que “en la medida en que la sociedad misma aparezca como causa de lo que antiguamente tenía que aceptarse como destino individual”, en esa misma medida se espera que la sociedad tome medidas de prevención, ayuda y compensación, y estas pesadas tareas recaen en el sistema político y, sobre todo, en el sistema jurídico.⁷⁴ No obstante, en las circunstancias actuales ya no resulta posible hacer una planeación social global con base en nuevos principios ni tampoco en la codificación de un derecho ya probado, sino que solamente es posible trabajar en la solución de problemas particulares a través de un procedimiento incremental, más bien asistemático y dependiente del azar. El derecho ya no puede garantizar seguridad cuando la misma sociedad concibe el futuro como un riesgo dependiente de sus propias decisiones.⁷⁵

Por lo que se refiere al cumplimiento del derecho, la ineficacia de la ley se debe, según Luhmann, a las crecientes pretensiones de autonomía del individuo. Si bien es posible obedecer cada una de las leyes, no lo es hacerlo con todas al mismo tiempo:

Ámbitos como la evasión de impuestos y el trabajo informal (*Schwarzarbeit*) son indicadores de que las cosas no funcionan sin infracciones a la ley... Importantes sectores de la economía colapsarían si en ellos se hiciera cumplir el derecho... Sin trabajo informal, los arrendadores no podrían cumplir sus obligaciones hacia sus inquilinos; sin contrabando, habría miles de desempleados en las ciudades costeras de Italia; sin “compra de votos” no habría apenas participación electoral en las regiones rurales y los suburbios pobres de Tailandia. La persecución más efectiva de los delitos metería en dificultades a las cárceles... En la práctica, el “indulto” no es otorgado por el jefe de Estado sino por la policía... el individualismo (emancipación, autorrealización y todo eso) que tanto valora la semántica de la sociedad no es sostenible cuando existe la expectativa de la plena obediencia a la ley...⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, pp. 82-83 (subrayado y traducción de HFF).

⁷⁴ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., supra nota 11, p. 558 (traducción de HFF).

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 560, 562.

⁷⁶ *Ibidem*, 568-569 (se han omitido las notas de pie de página; traducción de HFF).

La teoría liberal del derecho no ofrece solución a este problema, ni siquiera para entenderlo de manera adecuada. La forma jurídica de los “derechos subjetivos” no funciona como correctivo, menos aún cuando el propio orden jurídico permite a sus titulares aceptar la violación de sus derechos.⁷⁷

Uno de los problemas visibles del derecho en la sociedad mundial es que, en este plano, no existe el equivalente de la Constitución como “acoplamiento estructural” entre los sistemas político y jurídico, con lo cual la discrepancia entre derecho y política se amplía y adquiere una forma distinta.⁷⁸ En los estados nacionales, la Constitución es aquella estructura común a los sistemas político y jurídico que gobierna sus límites y libertades recíprocas, es decir, el uso del derecho positivo como instrumento de la política para conducir el cambio social, pero también el uso del derecho constitucional como instrumento jurídico de disciplina y restricción de la política.⁷⁹ Sin embargo, en el plano global no sólo no existe una estructura que regule de manera uniforme la producción de derecho y la legitimación jurídica de los procesos de poder —lo que algunos críticos de la globalización identifican como “falta de democracia” en el plano de las instituciones internacionales—, sino que, de acuerdo con dos discípulos de Luhmann, Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, tal estructura ni siquiera es viable, en razón de que la arena jurídica global está fragmentada y permanecerá así en el futuro previsible, en correspondencia con las estructuras de la sociedad mundial misma.⁸⁰

La principal consecuencia de lo anterior es que el derecho se produzca y se legitime en distintos *sectores sociales globales*, como la economía, la ciencia y la tecnología, el turismo o el deporte. Los sistemas funcionales globales persiguen su propia racionalidad y su propia lógica operativa, lo que permite y favorece el surgimiento de conflictos entre diversas racionalidades y políticas globales; el sistema jurídico no es capaz de resolver estos conflictos mediante la definición de una jerarquía normativa ni a través de un sistema integrado de tribunales, como lo haría en el ámbito interno de los estados. Existe, no obstante, un sistema jurídico global, cuya unidad no se basa en la garantía institucionalizada de su consistencia normativa, sino sólo en el proceso de interconexión de las operaciones jurídicas entre órdenes jurídicos heterogéneos.⁸¹

⁷⁷ *Ibidem*, p. 570.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 582, 577.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 470 y siguientes.

⁸⁰ Fischer-Lescano, Andreas y Gunther Teubner, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, Summer 2004, pp. 999-1046.

⁸¹ *Ibidem*, p. 1007.

Fischer-Lescano y Teubner observan, entonces, que a la pluralidad de órdenes jurídicos nacionales se agrega la existencia de *regímenes jurídicos transnacionales*, los que comprenden no sólo los regímenes públicos tradicionales que se estudian en el campo de las relaciones internacionales, sino los regímenes privados, como la *lex mercatoria* o la que llaman *lex digitalis* (régimen jurídico de la Internet), que se desenvuelven en el espacio global sin vinculación con los procesos formales de creación y aplicación del derecho a cargo de las instituciones del Estado.⁸² Más aún, estos órdenes jurídicos transnacionales están desarrollando verdaderas “constituciones civiles”, es decir, no sólo disposiciones que regulan de modo directo los comportamientos de los actores participantes en los sectores globales, sino también normas de segundo nivel que se refieren a la creación y aplicación normativa en cuanto procesos de fundamentación y limitación del poder en un sentido amplio, pero también como estructuración básica del campo social que les da origen.⁸³ Teubner identifica al menos siete sectores de la sociedad mundial en los que cabe observar procesos de “constitucionalización” en este sentido:⁸⁴

- *Derechos humanos transnacionales*: la constitucionalización de los derechos humanos a nivel transnacional no sólo se da en las convenciones respectivas entre los estados, sino en otras arenas y organizaciones internacionales como la Unión Europea, la OMC, pero también en procesos arbitrales privados como los de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (ICSID) y de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), sin olvidar el significativo papel que desempeñan los

⁸² *Ibidem*, p. 1010.

⁸³ Véanse, de una bibliografía más amplia, Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012 y, del mismo autor, “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 4, 2013, pp. 44-58. Por lo que se refiere a la cuestión del poder en la sociedad mundial, véanse las interesantes reflexiones de Moisés Naím, *The End of Power*, New York, Basic Books, 2013. Para Naím, lo que caracteriza a los procesos de poder en la sociedad global actual es la *decadencia* de las formas tradicionales de poder en todos sus niveles y manifestaciones.

⁸⁴ Teubner, “The Project...”, cit. *supra* nota anterior, pp. 48 y siguientes. Por supuesto, la cuestión de si se puede aplicar el concepto de Constitución a los procesos sociales transnacionales está sujeta todavía a debate. Teubner piensa que sí es posible y subraya que las “constituciones” transnacionales, desde un punto de vista material, establecen una fuente de autoridad jurídica, la que, por su parte, estructura un proceso *societal* y no solamente político (p. 54).

movimientos de protesta, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los medios de comunicación.⁸⁵

- *Economía global*: la constitucionalización en este sector ha consistido en establecer reglas de liberalización de los mercados mundiales que no estén sujetas, en lo posible, a la regulación arbitraria de los estados nacionales (por ejemplo, OMC, TLCAN, Comunidades Europeas).
- *Regímenes transnacionales*: también las organizaciones internacionales, los regímenes y las redes transnacionales, presentan fuertes tendencias a la constitucionalización.
- *Lex mercatoria*: por encima de las normas contractuales que la componen, se desarrollan normas, principios y procedimientos que pueden considerarse de carácter constitucional y que conforman un *ordre public d'arbitrage international*.⁸⁶
- *Constitucionalismo corporativo*: las grandes empresas transnacionales también desarrollan reglas y principios que pretenden superar las orientaciones empresariales puramente económicas, para incluir valores de responsabilidad social tales como el trabajo, la calidad de los productos y servicios, el ambiente y los derechos humanos.
- *Derecho administrativo global*: señala Teubner que en la actualidad existen más de dos mil organismos y entidades que realizan funciones de regulación global y cuyo funcionamiento se juridifica crecientemente a través de normas relativas al debido proceso, la consulta obligatoria de expertos, la transparencia, el principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos, entre otros aspectos.⁸⁷
- *Derecho internacional*: el derecho internacional clásico también evoluciona hacia la conformación de un “*ordre public transnational*”, con

⁸⁵ Un discípulo de Teubner, Andreas Fischer-Lescano, ha desarrollado una reflexión sobre la constitucionalización de los derechos humanos en la sociedad mundial a partir de la movilización de la sociedad civil (nacional y global) y de los “escándalos” que su violación provoca en la opinión pública mundial. Véase “Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 88, núm. 2, 2002, pp. 349-379 y *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist-Metternich, Velbrück, 2005. Un resumen de estas ideas en nuestro idioma puede consultarse en “*Ex facto ius oritur: Procesos de escándalo y el derecho mundial emergente*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 435-450.

⁸⁶ Teubner, “The Project...”, cit., *supra* nota 83, p. 49. Sobre la nueva *lex mercatoria* existe ya una bibliografía verdaderamente inabordable. En nuestro idioma puede consultarse el volumen, coordinado por Jorge Alberto Silva, *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006.

⁸⁷ Teubner, “The Project...”, *op. ult. cit.*, p. 50.

sus propias normas fundamentales; la consecuencia es la superación del enfoque “contractual” en las relaciones entre los estados y el surgimiento de un orden imperativo enfocado al bien común internacional.⁸⁸

En resumen, las teorías sobre la sociedad mundial nos ofrecen un panorama muy complejo de la evolución del Estado y el derecho en la era contemporánea: la arena jurídica global se caracteriza por una fragmentación y una pluralidad irreductibles, lo que, sin embargo, no impide el surgimiento de un sistema jurídico de alcance mundial, en el que se interconectan operativamente, de múltiples maneras y en distintos niveles, los órdenes jurídicos territoriales y los sectoriales. Los derechos nacionales forman parte de este sistema jurídico mundial, lo que tiene la evidente consecuencia —que Luhmann, Meyer y otros autores subrayan en términos generales— de que no puede entenderse su configuración y desarrollo contemporáneos sino a partir de la existencia de la misma sociedad mundial. Por supuesto, se requiere un estudio cuidadoso de la evolución histórica particular de los órdenes jurídicos nacionales, identificando los momentos, modos y grados en que éstos participan del derecho global, ensayo que iniciaremos, respecto de México, en un apartado posterior.⁸⁹

3. *El paradigma comunicativo y el derecho*

La de Niklas Luhmann es la primera teoría sociológica de gran alcance basada en el concepto de comunicación.⁹⁰ Las razones que explican esta decisión teórica, que se manifiesta claramente sólo hasta comienzos de los

⁸⁸ Sobre este tema puede verse, además, Becerra Ramírez, Manuel y Nuria González Martín (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2012 y Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, especialmente el capítulo II, relativo a la creación de un orden público internacional.

⁸⁹ Véase, *infra*, III. 2.

⁹⁰ Stichweh, Rudolf, “Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of ‘Communication’ as a Theoretical Option”, *Acta Sociologica*, vol. 43, p. 8.

Podríamos añadir que otro pensador de gran talla para el cual el concepto de comunicación resulta de central importancia, aunque con otros propósitos, es Jürgen Habermas, cuya *teoría de la acción comunicativa* aparece en alemán en 1981 (traducción española: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987), mientras que su aplicación al derecho y al Estado constitucional se desarrolla en *Factualidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998 (la edición alemana original es de 1992).

años ochenta,⁹¹ tienen que ver, según Rudolf Stichweh, con la evolución particular de las ideas de Luhmann, así como con las tensiones y dificultades internas de su proyecto científico, las que se resuelven y se integran cuando la *comunicación* es tomada como nueva piedra angular de todo su edificio teórico.⁹² Sin embargo, si asumimos la perspectiva de la sociología del conocimiento, también tienen mucho que ver las condiciones de desarrollo de la sociedad misma que se pretende explicar, la cual ha sido calificada, con bastante razón, como *sociedad del conocimiento* o *sociedad de la información*, una sociedad que, como hemos visto en párrafos anteriores, tiene ya alcance planetario.⁹³

Una perspectiva sociológica sobre el derecho basada en la idea de comunicación tiene, como resulta obvio suponer, consecuencias teóricas y conceptuales muy importantes. De entrada, se tratará de una visión que ponga menos énfasis en la sanción y más en la persuasión, menos en el aparato coactivo que lo acompaña y más en el discurso y sus efectos en las expectativas de los actores sociales. Aunque no había dado todavía el giro definitivo hacia el concepto de comunicación, la teoría sociológica del derecho que Luhmann desarrolló en los años sesenta y setenta ponía énfasis en que la función del derecho era primordialmente la de coordinar e integrar las expectativas normativas de los actores sociales, lo que sucedía principalmente a través de los roles y los programas (normas condicionales o finales) en cuanto niveles intermedios e institucionalizados de abstracción y gene-

Recordemos que ya a comienzos de los años setenta, Habermas y Luhmann sostuvieron una famosa polémica en la que ocupan un lugar principal los conceptos de “acción comunicativa” y “discurso”, por parte del primero, y de “sentido”, “información” y “comunicación”, por parte del segundo. Los planteamientos teóricos y los ensayos polémicos de ambos autores están reunidos en Habermas, Jürgen y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1971. Sobre la polémica, que continuó de algún modo hasta el fallecimiento de Luhmann en 1998, puede verse González, Luis Armando, “Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann”, *Realidad. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, San Salvador, núm. 41, septiembre-octubre de 1994, pp. 785-811, y Más Torres, Salvador, “Teoría crítica y teoría de sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann”, *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Madrid, núm. 30, 1996, pp. 107-118 (ambos ensayos son consultables en línea).

⁹¹ La obra en la que Luhmann da de manera decidida este giro es *Soziale Systeme. Grundriss einer soziologischen Theorie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1984 (hay traducción española: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, UIA-Alianza, 1991).

⁹² Stichweh, “Systems Theory...”, cit., *supra* nota 90, pp. 9 y siguientes.

⁹³ *Ibidem*, pp. 11 y siguiente. Del mismo modo, las teorías sociológicas de la *acción* parecen más acordes con la sociedad industrial, pues se enfocan en la producción y procesamientos de bienes y recursos, así como en el intercambio de los bienes y los recursos producidos (*idem*).

ralización de dichas expectativas. Las sanciones, si acaso salían a relucir, tenían el propósito de dar fuerza a las expectativas normativas y sostenerlas en caso de decepción. La violencia física podía cumplir funciones efectivas en el campo jurídico, sobre todo en la sociedad moderna, en la medida en que *no* fuera utilizada, sino que actuara como símbolo general para representar la fuerza del derecho y la confianza en su cumplimiento. “El ejercicio público de la violencia física se vuelve innecesario. Donde llega a ocurrir produce efectos más bien penosos —como síntoma del fracaso de la política, lo cual ahora se puede inclusive ‘provocar’ para que el orden dominante aparezca como injusto bajo la forma de la violencia”.⁹⁴

Como puede advertirse fácilmente, se trata de una concepción en la que la “eficacia” del derecho, aunque no se descarta como valor social, se vuelve problemática, lo que permite reconocer y aceptar, como hemos visto más arriba, las condiciones sociales que obstaculizan la obediencia a la ley o que incluso hacen obligada la desobediencia como solución funcional de otros problemas; al mismo tiempo, se puede observar que, en cuanto discurso o forma de comunicación, el derecho crea un marco común de interpretación y valoración de la conducta humana que reconocen inclusive quienes no se sujetan a sus mandatos, y en ello radica una función de la mayor importancia social.

Resulta interesante advertir que el paradigma comunicativo ha ido ampliando su aceptación tanto en la teoría y la filosofía del derecho —sobre todo a través de la teoría del discurso y de la argumentación jurídicos—⁹⁵ como en la propia sociología jurídica,⁹⁶ campo en el que algunos autores muy reconocidos, como Vincenzo Ferrari, que en distintas oportunidades

⁹⁴ Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3^a ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 113. La cita de Luhmann parece casi profética en relación con la situación que vive actualmente México.

⁹⁵ Una referencia central en este sentido, elaborada bajo la influencia de Habermas, es la obra de Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983 (la 1^a edición es de 1978). Hay versión española: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁹⁶ Sobre las relaciones entre la sociología jurídica y otros campos de estudio que vinculan el derecho con la comunicación (como el denominado “derecho y literatura” o la “semiótica jurídica”), véanse los ensayos de David Nelken “Law as Communication: Constituting the Field” y “Can There Be a Sociology of Legal Meaning?”, ambos en Nelken, David (ed.), *Law as Communication*, Aldershot, Dartmouth, 1996, pp. 3-23 y 107-128, respectivamente. Una visión sociológica del derecho como discurso del poder es la de Óscar Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 51 y siguientes.

y por otras razones se han manifestado críticos del enfoque luhmanniano, aceptan crecientemente dicho paradigma.

En una obra reciente de introducción a la sociología del derecho, Ferrari señala que las normas son *acciones sociales* o, más bien, *actos de comunicación social* que concretamente se expresan en mensajes que se dirigen de una o varias fuentes hacia uno o varios destinatarios, pasando a través de uno o más medios, es decir, filtros que se interponen en el espacio físico o virtual que separa a las fuentes de los destinatarios y que reciben, interpretan y retransmiten el mensaje.⁹⁷ En este sentido, Ferrari reconoce que el derecho posee una fuerte potencialidad persuasiva, así como capacidad de orientar opciones, expectativas, comportamientos y opiniones, con importantes efectos legitimadores sobre el orden social y el ejercicio del poder. Sin embargo, se trata de procesos comunicativos complejos en los que solamente se puede participar en la medida en que se comparten los códigos que permiten interpretar y dar sentido a los mensajes y en los que tienen una peso cada vez mayor los medios de comunicación, los cuales modulan e incluso deforman, en función de sus propios intereses, las informaciones, el lenguaje y los símbolos vinculados al derecho.⁹⁸

No obstante lo dicho hasta aquí, el paradigma comunicativo no ha permeado suficientemente en las visiones contemporáneas sobre el derecho, lo cual conduce, paradójicamente, tanto a sobrevalorar como a infravalorar su rol en la sociedad mundial y en los estados nacionales que forman parte de ella. En las condiciones actuales, el derecho se autonomiza del Estado al entrar en simbiosis con los campos sociales, muy diversos, en donde es producido y reproducido. Por tanto, el nuevo paradigma del derecho parece ser el del pluralismo y la fragmentación, no el de la unidad, y ello como realidad no transitoria sino permanente. Del mismo modo, concebir al derecho como un proceso comunicativo desplaza hasta cierto punto la noción de poder y de control del poder, y pone más de relieve los elementos persuasivos, culturales, estratégicos, incluso alternativos, que puede tener lo jurídico en el mundo contemporáneo. De todo esto no se deduce que el derecho se vuelva irrelevante ni que sus coordenadas teóricas y prácticas deban abandonar totalmente sus líneas de evolución de los últimos siglos. Sobre este tema volveremos en el último apartado del ensayo.

⁹⁷ Ferrari, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 39-40 (hay versión española en prensa: *Primera lección de sociología del derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2015).

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 44-45.

III. EL CAMBIO JURÍDICO EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD MUNDIAL

En este apartado propondremos, de manera necesariamente exploratoria y no concluyente, algunas reflexiones sobre el proceso de cambio jurídico en nuestro país a partir del concepto de sociedad mundial, retomando para ello algunas ideas elaboradas en el apartado anterior. En un primer inciso (1., *infra*) se recapitulan los cambios de las décadas más recientes y se hace un repaso de los estudios existentes que tienen una orientación que podríamos calificar como “socio-jurídica”. En el segundo inciso (2., *infra*) se retoman, como ya se dijo, algunas propuestas sobre el derecho que se derivan del concepto de sociedad mundial y se confrontan con lo que sabemos sobre el cambio jurídico en México. Una consecuencia central de este examen consiste en subrayar que la influencia de la sociedad mundial en la formación de la cultura jurídica mexicana se ha producido desde el momento mismo de la implantación del derecho de raíz occidental en los territorios que ahora pertenecen al México moderno.

1. *Estado de la cuestión*

Un somero examen de los cambios habidos en nuestro ordenamiento jurídico durante las últimas tres décadas nos revela rápidamente que dicho proceso ha sido especialmente intenso. Algunos datos básicos sobre los cambios a la Constitución y las leyes federales (y algo similar podría decirse de los ordenamientos de las entidades federativas), así como sobre la creación y reforma de las instituciones jurídicas, especialmente a partir de 1982, nos ilustrarían sobre la extensión cuantitativa de dicho proceso de cambio, pero también sobre su profundidad desde un punto de vista cualitativo. Los límites de este ensayo impiden hacer aquí un resumen de todos estos cambios, por lo que remitimos a la abundante bibliografía jurídica y socio-jurídica que existe sobre el particular.

Por lo que se refiere a los estudios propiamente jurídicos, su función principal consiste en exponer, explicar e interpretar los cambios al ordenamiento positivo, tratando siempre de determinar de qué modo las normas y las instituciones nuevas se integran y se coordinan con las ya existentes. Por su parte, los estudios de carácter *socio-jurídico* (muchos también de naturaleza empírica) que examinan diversos aspectos del cambio jurídico en México en los tiempos recientes son, afortunadamente, cada vez más abundantes y ricos. Dichos estudios han abordado sobre todo el funcionamiento de las ins-

tituciones de la justicia, y de manera particular la actuación de la Suprema Corte de Justicia después de la reforma de 1994-1995,⁹⁹ pero también se ha trabajado sobre la profesión y la educación jurídicas; el Ministerio Público; la justicia alternativa; el derecho ambiental; las relaciones entre derecho y género; la delincuencia y la población carcelaria; la cultura constitucional y la cultura de la legalidad; la transparencia; los derechos indígenas; la policía y la seguridad pública; las relaciones comerciales internacionales; el comercio informal en la vía pública; la propiedad agraria y el desarrollo urbano.¹⁰⁰ Sin embargo, siguen siendo relativamente escasos los estudios que exploran de manera amplia el sentido y el alcance del proceso de cambio mismo. Sobre el particular, cabe hacer una mención más detallada de algunos trabajos que se han referido al cambio jurídico en el ámbito constitucional, el que constituye el fundamento del restante orden jurídico, así como a otros trabajos que abordan el cambio reciente como proceso de modernización e incluso como “transición jurídica”.

En lo relativo al cambio constitucional y a los signos evidentes de activación de una vida constitucional más democrática en las últimas décadas, varios autores se han preguntado, tanto de manera retrospectiva como prospectiva, cuáles son las razones y los factores que explican las dificultades para implantar en nuestro país un modelo constitucional efectivo. José Ramón Cossío Díaz encuentra que el entendimiento predominante sobre la Constitución durante la mayor parte del siglo XX, en coincidencia con el presidencialismo autoritario, fue de tipo *político* antes que *normativo*, es decir, que el análisis constitucional tendía a desarrollarse en función de un suceso histórico específico —la Revolución Mexicana— y del régimen político derivado de ella, antes que con base en las construcciones interpretativas posibles conforme al texto constitucional, así como en sus consecuencias normativas; sin embargo, el nuevo entorno político cambia de manera significativa las coordenadas en las que se entiende y se aplica el derecho constitucional y el orden jurídico en general.¹⁰¹

⁹⁹ Véase la útil síntesis de Rogelio Pérez Perdomo, “Reforma judicial e investigación socio-jurídica en el México contemporáneo”, en *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, pp. 101-173.

¹⁰⁰ Desafortunadamente, por razones de espacio no es posible ofrecer aquí las referencias bibliográficas completas. Cabe señalar que muchos de estos estudios son consultables en línea en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Véase la síntesis reciente que nos ofrece Julio Ríos Figueiroa, “Sociolegal Studies in Mexico”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, 2012, pp. 307-321.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “El paradigma de los estudios constitucionales en México. Un caso de sociología del conocimiento jurídico”, en *El significado actual*

Por su parte, Martín Díaz y Díaz consideraba que la Constitución de 1917 debe su “éxito histórico al reconocimiento de ciertas peculiaridades premodernas y autoritarias que los autores de la Constitución de 1857 intentaron obviar, sin conseguirlo”,¹⁰² esto es, que la Constitución misma incorporó en su texto un estrato normativo contradictorio y ambivalente respecto del modelo constitucional de raíz occidental. Ello le otorgó viabilidad y flexibilidad, como ya se ha dicho, pero postergó al mismo tiempo, de manera indefinida, la vigencia del constitucionalismo ortodoxo, hasta que entró en crisis el presidencialismo autoritario.

Finalmente, María del Refugio González y José Antonio Caballero Juárez proponen identificar en la Constitución de 1917 tres modelos de Estado, superpuestos en el texto constitucional: el “Estado liberal”, configurado básicamente en la Constitución de 1857; el “Estado central”, producto del proceso de centralización de facultades y recursos en la Federación y en la institución presidencial que se inició desde fines del siglo XIX, en la época del llamado Porfiriato, y que continuó a partir de los años treinta del siglo XX; y el “Estado social”, cuyas bases estableció por primera vez la Constitución de 1917.¹⁰³ Con fundamento en esta idea, podríamos entender que el presidencialismo autoritario gobernó al país apoyándose fundamentalmente en los mecanismos constitucionales del “Estado central” y del “Estado social”, mientras que los elementos del “Estado liberal”, como los derechos individuales, permanecían relativamente latentes. La crisis de legitimidad del régimen obligó a revitalizar al modelo del Estado liberal, cuya preexistencia en el texto constitucional ha contribuido a una “nueva constitucionalidad” sin necesidad de elaborar y aprobar una nueva Constitución.

En una línea de argumentación distinta, enmarcada en las transformaciones y los debates del constitucionalismo contemporáneo, José María Serna de la Garza examina detalladamente de qué manera el orden cons-

de la Constitución. *Memoria del simposio internacional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1998, pp. 153-192, así como, desde una perspectiva general, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Porrúa, 2001.

¹⁰² Díaz y Díaz, Martín, “La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión”, en *Ochenta aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Senado de la República (LVI Legislatura), 1997, p. 59. Véase también “La transición constitucional (notas sobre las condiciones de remplazo)”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1999, pp. 167-190.

¹⁰³ González, María del Refugio y José Antonio Caballero Juárez, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, en Serna de la Garza, José María y José Antonio Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 47-93.

titucional mexicano se ha abierto hacia el ámbito global en el campo de las relaciones económicas y en el de los derechos humanos.¹⁰⁴ Por lo que se refiere al primer campo mencionado, Serna de la Garza opina que no hay evidencia empírica que de manera directa vincule causalmente algunas reformas constitucionales posteriores a 1995 con las recomendaciones de organismos tales como el Banco Mundial, el FMI y la OMC, aunque indudablemente hay coincidencias entre unas y otras, que se prolongan hasta las reformas más recientes en materia de energéticos y telecomunicaciones en 2013. Los debates constitucionales en torno a los capítulos XI y XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) parecen indicar que, con independencia de su compatibilidad con la Constitución mexicana, estos instrumentos normativos obedecen a necesidades económicas que tienen una dimensión constitucional en un sentido más amplio que el estrictamente nacional. En cambio, Serna de la Garza encuentra que en la reforma constitucional relativa al sistema penal acusatorio, de junio de 2008, hay una clara influencia de organismos foráneos como el Banco Mundial y USAID.¹⁰⁵

En materia de derechos humanos, la situación es mucho más clara a partir de la reforma constitucional de 2011, la que incorpora expresamente al orden constitucional y jurídico mexicano los derechos humanos de fuente internacional. Con base en esta reforma, los tribunales mexicanos han establecido ya un claro canal de comunicación (“diálogo judicial”) con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque ello no está ocurriendo sin incertidumbres ni resistencias.¹⁰⁶

Desde la perspectiva más general del proceso de *modernización* y apertura que México emprendió decididamente después de 1982, Sergio López Ayllón y el autor de este ensayo han tratado de describir la dinámica del cambio jurídico que ha acompañado a dicho proceso en términos de cambios constitucionales y legislativos; de ratificación de tratados y convenciones internacionales; de incremento de la matrícula en las escuelas y facultades de derecho, así como de crecimiento y diversificación de la profesión jurídica, etcétera.¹⁰⁷ Estos autores consideran que los cambios, en conjunto, apuntan

¹⁰⁴ Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2012, capítulos VI y VII (pp. 111-311).

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 136-137.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 244 y siguientes.

¹⁰⁷ López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1997; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “‘¡Tan cerca, tan lejos!’ Estado

a una transformación en la visibilidad y el rol sociales del derecho, es decir, que pueden conceptualizarse como una verdadera “transición jurídica”, uno de cuyos elementos más visibles es la apertura del orden jurídico hacia el exterior. Dicha transición explicaría, por ejemplo, por qué se ha vuelto tan insistente el discurso público sobre el “Estado de derecho” y por qué el Poder Judicial ha pasado, desde la periferia, a ocupar a un lugar central entre las instituciones públicas. Podría afirmarse, inclusive, que un orden jurídico abierto se convierte en el nuevo criterio de legitimidad del aparato institucional del Estado, en sustitución de la “legitimidad revolucionaria” que ostentó el régimen presidencialista autoritario, es decir, la legitimidad ganada por los grupos que resultaron victoriosos durante la lucha armada de la Revolución Mexicana.¹⁰⁸ La “legitimidad del derecho” se manifiesta de manera ejemplar en la plena judicialización de los conflictos electorales lograda en los últimos años del siglo XX,¹⁰⁹ y se refuerza por la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Este diagnóstico ha sido confirmado sustancialmente por otros científicos sociales. Francisco Valdés Ugalde lo dice así:

La democratización del sistema político se ha producido dentro de un proceso más abarcador, la búsqueda del principio de legalidad. A pesar de los problemas de diversos tipos que las circunstancias nacionales e internacio-

de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2003, pp. 503-603; Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, año VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393; Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Serna de la Garza y Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, cit., *supra* nota 102, pp. 95-137; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “La modernización del sistema jurídico (1970-2000)”, en Servín, Elisa (coord.), *Del nacionalismo al neoliberalismo, 1940-1994*, México, CIDE-FCE-INEHRM-CONACULTA-FCCM, 2010, pp. 345-386.

¹⁰⁸ Se atribuye a Fidel Velázquez, durante muchísimos años dirigente del llamado “sindicalismo oficial”, estrechamente vinculado al Partido Revolucionario Institucional (PRI) y agrupado en la Confederación de Trabajadores de México (CTM), haber dicho que “los revolucionarios llegamos a balazos y a balazos nos vamos a ir”. Afortunadamente, la historia reciente ha desmentido a don Fidel, quien falleció en 1997 y ya no pudo asistir a la alternancia pacífica del año 2000 en el gobierno federal.

¹⁰⁹ De una bibliografía muy abundante, puede verse Eisenstadt, Todd A., *Cortejando a la democracia en México: estrategias partidarias e instituciones electorales*, trad. de Pedro González Caver, México, El Colegio de México, 2004. Eisenstadt pone especial énfasis en la judicialización de los conflictos electorales y en las estrategias judiciales de los partidos políticos como factor del cambio político.

nales han causado en la sociedad mexicana, el *principio de legalidad como fuente de legitimidad* se ha inscrito en los diferentes ámbitos de la acción colectiva.¹¹⁰

También René Millán sostiene, en un profundo análisis sociológico del cambio reciente en la sociedad mexicana, que en el paso de un orden sobreintegrado por el Estado a uno más diferenciado y complejo, cambia la relación entre política y derecho: este último gana en autonomía funcional, mientras que ambos subsistemas especifican su acoplamiento a través del orden constitucional, la función legislativa y la interpretación judicial.¹¹¹

En resumen, los autores y los trabajos citados coinciden en identificar un cambio estructural reciente en el orden y las instituciones del derecho en México, el cual parece apuntar al logro de un nivel más elevado de respeto a la legalidad y de autonomía del derecho, al menos en algunos ámbitos sociales específicos. Al mismo tiempo, varios de ellos subrayan las desigualdades y las debilidades institucionales que todavía prevalecen y que impiden generalizar la vigencia del Estado de derecho.¹¹² Si bien en su mayoría los estu-

¹¹⁰ Valdés Ugalde, Francisco, *La regla ausente. Democracia y conflicto constitucional en México*, México, Gedisa-FLACSO-UNAM (Instituto de Investigaciones Sociales), 2010, p. 11 (el subrayado es del autor).

¹¹¹ Véase Millán, René, *Complejidad social y nuevo orden en la sociedad mexicana*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Sociales)-Miguel Ángel Porrúa, 2008, pp. 171 y siguientes. También Yves Dezelay y Bryant G. Garth, desde premisas teóricas muy distintas, consideran que el cambio de las últimas décadas se traduce en mayor autonomía y peso específico del derecho, al superarse la división de la élite económica y la política que había afectado también el rol social del sistema jurídico. Véase “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, pp. 185-253.

¹¹² Millán, *op. ult. cit.*, pp. 228 y siguientes, identifica eventos y tendencias que presionan en dirección a la sustitución de las garantías jurídicas por las políticas y que impiden que el rol social del derecho se afirme en la dimensión que el nuevo orden requiere (pp. 229, 234). “Sin una adecuada neutralización de las desilusiones y sin el vínculo entre *derecho* y *sanción*, resulta claro que el sistema social trabaja (como el propio subsistema político) en condiciones de contingencia excedida. El rol social del derecho, en otros términos, no ayuda a reducir la complejidad de los entornos. Y no lo hace porque la institucionalización de las expectativas no es aún suficientemente sólida” (p. 235). Y en relación con la función de legitimación que realiza el derecho, agrega lo siguiente: “En una sociedad diferenciada, la *legitimidad* es simplemente *legalidad*... Si esa unidad ingresa como dicotomía en el sistema político, ello indica que están presentes tensiones que atentan contra la diferenciación del orden social. Su presencia presupone, de inmediato, que el código del derecho está presionado para regirse por determinadas preferencias del entorno (y de algunos sectores más activos). Señala, en último caso, que el *derecho* se encuentra subutilizado como recurso social para reducir complejidad y contingencia, como medio para elevar las oportunidades de coordinación social” (p. 238; subrayado del autor). Cfr. en

dios citados toman en cuenta, implícita o explícitamente, la influencia de los factores externos —la “globalización” — en la evolución jurídica reciente de nuestro país, lo hacen de manera más bien puntual y, por tanto, no ofrecen todavía un planteamiento socio-jurídico más amplio que intente vincular, de manera general y sistemática, el cambio jurídico “interno” con los factores estructurales y culturales que definen a la sociedad mundial. En el siguiente inciso intentamos unas primeras observaciones en esta dirección.

2. *Cambio jurídico en México y sociedad mundial*

Lo primero que conviene señalar, en un planteamiento sobre el cambio jurídico en México en su relación con la sociedad mundial, es la necesidad de asumir una perspectiva temporal mucho más amplia que el periodo reciente —las últimas décadas— que asociamos con la “globalización”. Habría que partir, entonces, del momento en que se implanta en México el derecho occidental, a través de la conquista española, momento que coincide históricamente con el surgimiento de la sociedad mundial, según hemos visto más arriba.

La coincidencia temporal tiene varias consecuencias importantes. Por un lado, la cultura jurídica de la sociedad mundial naciente no puede entenderse cabalmente sin tomar en cuenta el impacto que significó, para las ideas jurídicas dominantes, el “descubrimiento” y conquista de territorios hasta entonces desconocidos y habitados por civilizaciones bastante desarrolladas. A pesar de que, en última instancia, estas civilizaciones no pudieron resistir su avasallamiento por las potencias europeas del momento, en España se dieron grandes debates a propósito de la legitimidad jurídica de la conquista y del trato que se pretendía dar a los nativos de las tierras conquistadas. Ello contribuyó, sin duda, a dar un alcance más universal a la cultura jurídica mundial en formación, pero también a definir uno de los rasgos originales (aunque no exclusivo) de la cultura jurídica mexicana y de la latinoamericana en general: su interacción con los sistemas jurídicos indígenas.¹¹³ Por supuesto, no se trata de sistemas jurídicos que hayan conservado sin cambios sus características originales, pero no hay duda que siguen moldeando, para una parte importante de la población, su experiencia inmediata del derecho y de la justicia. Su reconocimiento formal

un sentido similar, aunque positivo en cuanto a la dirección del cambio, Fix-Fierro y López Ayllón, “Legitimidad contra legalidad...”, cit., *supra* nota 107.

¹¹³ Véase, por ejemplo, González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010.

por el Estado nacional, que es reciente y se debe en parte a la influencia de movimientos y organismos internacionales, esto es, de la sociedad mundial misma,¹¹⁴ los convierte formalmente en parte del orden jurídico nacional y los expone a nuevos cambios, de alcance todavía impredecible.¹¹⁵ Dos fenómenos que podrían estudiarse de manera más detallada en este sentido son, primero, la interacción entre las “elecciones por usos y costumbres”, como se practican, por ejemplo, en la mayoría de los municipios del Estado de Oaxaca, y las instituciones electorales modernas¹¹⁶ y, segundo, la justicia alternativa, incluyendo las funciones de policía en los llamados “municipios autónomos” de los estados de Chiapas y Guerrero, pero que han tenido influencia también en otros lugares del país.¹¹⁷

Por otro lado, esa misma coincidencia implica que, si bien la cultura jurídica moderna de México se ha formado principalmente a través de “transplantes” y “transferencias”, ello no significa que se trate siempre de meras copias o imitaciones de las ideas, figuras e instituciones foráneas, primero, porque en este proceso se produce siempre un proceso de aculturación,¹¹⁸

¹¹⁴ Esta es la tesis de Juan Diego Castrillón O. en relación con la Constitución colombiana de 1991. Véase “La dialéctica nacional e internacional en el reconocimiento del pluralismo jurídico: El caso de Colombia frente a los pueblos indígenas”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.* (coords.), *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010, vol. I, pp. 67-13.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, Roldán Xopa, José, “Municipio y pueblos indígenas: ¿hacia un mestizaje jurídico?”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 249-268.

¹¹⁶ Sobre los conflictos y problemas que se pueden suscitar en la materia puede verse Ibarra, Mauricio I. y Jorge G. Castillo Vaquera, “Las elecciones de Cherán: usos y costumbre excluyentes”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 5, enero-junio de 2014, pp. 263-283.

¹¹⁷ De una bibliografía muy amplia, que toma sobre todo como eje la idea de pluralismo jurídico, véase López López, Liliana E., “Pluralismo jurídico en México: Notas de dos verificaciones de hecho: la policía comunitaria en Guerrero y las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas”, en Caballero Juárez *et al.*, *Sociología del derecho...*, cit., *supra* nota 114, vol. II, pp. 399-429. Por supuesto, existe una tenue línea de separación entre la autonomía ejercida dentro de un marco estatal y las experiencias que pretenden desplazar y sustituir a la autoridad pública legítima, bajo la influencia más o menos abierta de la delincuencia organizada.

¹¹⁸ Un ejemplo dramático de “pluralismo jurídico” y de interdependencia entre varios órdenes normativos que cubren diversos puntos en la escala de la legalidad a la ilegalidad, se da en los centros de reclusión. Un estudio revela que en una cárcel hay al menos tres órdenes normativos vigentes: el orden jurídico estatal, la interpretación y aplicación que de este orden hacen los custodios y demás autoridades penitenciarias, y el orden que aplican rigurosamente los internos, el cual incluye la pena de muerte. Véase Enríquez Rubio Hernández, Herlinda, *El pluralismo jurídico intracarcelario*, México, Porrúa, 2007.

¹¹⁸ Sobre los procesos de aculturación jurídica puede verse Sánchez Cordero, Jorge, “Los procesos de aculturación jurídica: reflexiones mexicanas”, en Fix-Zamudio, Héctor, Diego

reflexión e integración que contribuye, aunque sea de manera ocasional y puntual, a la cultura jurídica mundial, como sucede con el juicio de amparo que, por influencia de los delegados mexicanos, se incorporó como fórmula general en la redacción de varias declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos,¹¹⁹ pero, segundo, y esto es más significativo todavía, porque, con frecuencia en el momento del “transplante”, las instituciones “originarias” todavía se encuentran en formación y desarrollo.¹²⁰

Ese proceso de aculturación, reflexión e integración —evolución, en una palabra— es posible, en gran medida, porque en la historia del derecho en México parecen alternarse los períodos de apertura y recepción dinámica de las ideas e instituciones jurídicas foráneas, con períodos de relativa clausura e impermeabilidad frente al entorno jurídico externo, períodos en los cuales se da la lenta asimilación y amalgama de los elementos importados con las instituciones ya existentes, hasta lograr una nueva síntesis entre todos ellos. El juicio de amparo es, nuevamente, un buen ejemplo de este fenómeno.

Los principales ciclos de apertura y modernización jurídica que podemos identificar en la historia del México moderno se inician con las reformas borbónicas de fines del siglo XVIII, las cuales, según reconocen los estudiosos, desempeñaron un papel no menor en el desencadenamiento de los movimientos de independencia a comienzos del siglo XIX.¹²¹ Ya en la etapa

Valadés y Jorge Sánchez Cordero (coords.), *La codificación: la formación de los sistemas jurídicos en las Américas*, México, El Colegio Nacional-UNAM-Association Henri Capitant-Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2011, pp. 230-306 (versión bilingüe español-francés).

¹¹⁹ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1993, p. 133, con ulteriores referencias bibliográficas.

¹²⁰ Sobre este punto insiste de manera particular José Antonio Aguilar Rivera, señalando que, por ello, la participación de las naciones latinoamericanas en el “experimento constitucional atlántico” ofrece una experiencia relevante para el constitucionalismo universal, al cual ha hecho también, así sea ocasionalmente, aportaciones originales. Véanse sus libros *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, FCE-CIDE, 2000 y *Ausentes del universo. Reflexiones sobre el pensamiento hispanoamericano en la era de la construcción nacional, 1821-1850*, México, FCE-CIDE, 2012.

¹²¹ En materia de enseñanza del derecho, estas reformas implicaban, por ejemplo, el estudio del derecho real, esto es, las normas creadas o aprobadas por el rey (que con el tiempo se convertirían en derecho patrio o nacional), en las universidades, donde solamente se estudiaba hasta entonces el derecho romano y el derecho canónico, mientras que la preparación para la práctica jurídica se adquiría en las llamadas Academias Teórico-Prácticas. En la Real y Pontificia Universidad de México hubo un claro rechazo a esta innovación por parte de los catedráticos, lo que sin duda contribuyó a la supresión de esa Universidad en la primera mitad del siglo XIX, por considerarla los reformadores caduca, inútil e irreformable. Sobre las reformas borbónicas en el estudio del derecho y su impacto positivo en las principales universidades españolas, con una referencia a su fracaso en México, véase Alonso Romero, Paz,

independiente, y una vez superados la inestabilidad y el desorden que predominaron durante la primera mitad del siglo XIX, en el periodo llamado “porfirista” se da una intensa dinámica de cambio jurídico que se expresa, sobre todo, en la codificación, pero también en la creación o modernización de la legislación económica, con el propósito de atraer el comercio y la inversión extranjeros que se requerían para detonar el desarrollo de la economía del país.¹²²

Un segundo periodo de intenso cambio y modernización jurídicos se produce después de concluida la lucha armada de la Revolución Mexicana (1910-1920), pues los cambios introducidos por la Constitución de 1917 exigían la adaptación de las leyes y las instituciones a las nuevas coordenadas políticas, económicas y sociales definidas por la nueva Ley Fundamental, pero también coincide con la consolidación del presidencialismo y de sus instrumentos de intervención política y jurídica en la vida social. Este periodo de cambio, que se desarrolla aproximadamente entre 1930 y mediados de la década de los cuarenta, desemboca en una etapa que podríamos denominar de “nacionalismo jurídico” que, en correspondencia con otras manifestaciones del nacionalismo mexicano y con la política económica denominada de “sustitución de importaciones”, tuvo particular fuerza hasta los años ochenta, sin que su influencia haya cesado del todo.¹²³

En 1982 se inicia, como ya se señaló, un nuevo periodo de apertura y modernización en el ámbito jurídico, periodo que todavía no concluye. En este periodo se observa con facilidad hasta qué punto muchas de las instituciones de la cultura jurídica mundial de la que hablan Meyer y Boyle se incorporaron rápidamente en el orden jurídico mexicano, fenómeno que ellos denominan “isomorfismo” (institucional). En efecto, en un periodo de apenas treinta años se adoptaron, a nivel de la Constitución y las leyes, las instituciones más importantes del constitucionalismo contemporáneo, tales como el *Ombudsman* de los derechos humanos, la jurisdicción constitucional, los consejos de la judicatura, los tribunales electorales, la transparencia y el acceso a la información gubernamental, los derechos de los pueblos indíge-

“La formación de los juristas”, en Garriga, Carlos (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora-CIDE-El Colegio de México-El Colegio de Michoacán-ELD-HICOES, 2010, pp. 118 y siguientes.

¹²² Sobre el tema de la codificación puede verse Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2004.

¹²³ Sobre el nacionalismo jurídico: Fix-Fierro, Héctor, “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas”, en Cruz Barney, Óscar et al. (coords.), *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM-INCAM, 2013, pp. 868 y siguientes.

nas, entre otras más, y esa adopción queda cimentada y consolidada por la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de junio de 2011.

Conviene insistir, nuevamente, en que este periodo de cambio se abre por una crisis de legitimidad política que se manifiesta a fines de los años sesenta y que se agrava por las crisis económicas y financieras que se producen recurrentemente desde los años setenta hasta los noventa. Por tanto, si bien la sociedad mundial ejerce, por así decirlo, una presión constante sobre los estados nacionales, esa presión se traduce en cambios internos según modalidades dictadas por los intereses y las necesidades de los actores nacionales, que en muchas ocasiones logran su satisfacción precisamente mediante alianzas y estrategias que involucran a instituciones y actores foráneos.¹²⁴

Como lo predice también la teoría de la sociedad mundial, las etapas de apertura, transplante y transferencia de ideas e instituciones jurídicas foráneas necesariamente producen una amplia brecha, e incluso un “desacoplamiento” extremo, entre las nuevas instituciones y el ambiente social en el que se implantan.¹²⁵ No obstante, esta teoría, en los términos que la hemos esbozado, no aborda explícitamente la cuestión de si se resuelve el desacoplamiento y cómo lo hace.

El desacoplamiento entre norma y realidad puede tomar tres rumbos. El primero es que *se mantenga dicho desacoplamiento*. Ello puede ocurrir sencillamente a través del sostenimiento de la validez formal de las normas, aunque en la práctica se dé su desaplicación, deliberada o tolerada. La desaplicación, por su parte, puede tener dos motivos: el primero es que no existan condiciones para la aplicación de las normas, por ejemplo, a causa de un conflicto latente o una manifiesta resistencia social, o bien, se trate de normas legítimas cuyo cumplimiento se pospone, por otras razones, hacia un futuro indefinido. Sin embargo, en un mundo cada vez más interdependiente y en el que el escrutinio externo es cada vez más severo, es difícil que los estados puedan evadir el cumplimiento de ciertas normas de manera permanente. Dentro de esta misma línea puede suceder también, que a pesar

¹²⁴ Véase, sobre el caso de México y otros países latinoamericanos, Dezelay, Yves y Bryant G. Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por la transformación de los Estados latinoamericanos*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-ILSA, 2005.

¹²⁵ Cfr. López Ayllón, *Las transformaciones...*, cit., *supra* nota 107, cap. V, especialmente pp. 252 y siguientes. La distinción que propone este autor entre la ley que “instituye” y la ley que “regula” hace alusión al desacoplamiento entre ley y realidad como consecuencia de que el orden jurídico en México no es producto de un consenso fundador, sino un factor importado, impuesto por la violencia y marcado por diversas rupturas históricas.

de que se intente lograr la vigencia de las normas, acercando a ellas la realidad social, la cultura jurídica mundial imponga estándares cada vez más elevados, de manera que la brecha no disminuya de manera significativa e inclusive crezca en el tiempo. En cualquier caso, la desaplicación sistemática no parece ser una opción estable ni viable a largo plazo en el entorno de la sociedad mundial.

El segundo rumbo consiste en que *el ambiente social evolucione*, siguiendo sus tendencias propias o por efecto de políticas deliberadas, o ambas, *en dirección a una mayor correspondencia con la norma*. El tercero, finalmente, depende de que sea la norma la que *se ajuste para lograr una mayor coincidencia con la base social*. Sin embargo, este tercer rumbo resulta el más problemático de los tres, en la medida en que implique una reducción respecto de los estándares jurídicos aceptados como legítimos a nivel mundial, lo que aumentaría nuevamente la presión sobre los estados nacionales que siguieran esta estrategia. De estos tres rumbos posibles hay numerosos ejemplos en la historia independiente de nuestro país, los que se presentan en la realidad de manera alternada y combinada. Pasemos a examinar algunos brevemente.

Quizá los dos mejores ejemplos de desaplicación deliberada de las leyes en nuestra historia, por considerar los gobiernos en turno que no había condiciones políticas o sociales para su cumplimiento, sean la Constitución de 1857 y el régimen constitucional impuesto a las relaciones entre Iglesia y Estado por la Constitución de 1917.

Como bien se sabe, la aprobación de la Constitución liberal moderada de 1857 desencadenó una sangrienta guerra civil (la llamada Guerra de Reforma, entre 1857 y 1861) y motivó también una violenta intervención extranjera (1862-1867). Ambos episodios históricos concluyeron con el triunfo definitivo del partido liberal y con la restauración de la Constitución, pero pocos años después, el general liberal Porfirio Díaz instauró una dictadura en la que, durante casi treinta años, se rindió tributo a la autoridad formal de la Constitución, pero ésta no se aplicó realmente en la práctica.¹²⁶

¹²⁶ Los principales críticos contemporáneos de la Constitución de 1857, como Justo Sierra (1848-1912) y Emilio Rabasa (1856-1930), sostenían que no era viable gobernar con ella, debido a que contenía principios más bien teóricos que no eran adecuados para resolver los problemas de *desarrollo* del país (y no ya meramente de definición de su sistema constitucional). Sobre ambos críticos véase Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos* [1957], México, FCE-El Colegio Nacional-Clío, 2007, quien no encuentra convincentes sus argumentos, en vista de que la Constitución de 1857 fue efectiva y presidió uno de los períodos más libres y dinámicos del constitucionalismo mexicano, durante la década que corre de 1867 a 1876, quizás hasta 1880. Para otros intérpretes, como Edmundo O’Gorman, la política porfirista en relación con la Constitución de 1857 era hasta cierto punto inevitable, porque venía a confirmar que tanto el programa liberal como el conservador coincidían en

La Revolución de 1910 puede interpretarse justamente como una reacción violenta al régimen de suspensión constitucional *de facto* que se vivió durante la dictadura porfirista. Prueba de ello es que el movimiento revolucionario maderista, así como el programa de otras facciones revolucionarias, como la carrancista (el Ejército Constitucionalista), consideraban que lo que procedía era recobrar la vigencia de la Constitución de 1857, a la que bastaba hacerle algunas modificaciones que la hicieran efectiva. Por tanto, el Congreso Constituyente de 1916-1917 expidió la Constitución de 1917 como “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857”. En efecto, la nueva Constitución tomó como base el texto (ya con varias reformas) de la Constitución de 1857, a la que hizo algunos cambios recomendados por sus críticos más renombrados, como el fortalecimiento del Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión y la supresión de la elección popular de los ministros de la Suprema Corte de Justicia.¹²⁷ Pero también introdujo elementos de un constitucionalismo heterodoxo —de un estrato normativo premoderno, ambivalente y contradictorio, como lo ha llamado Martín Díaz y Díaz—¹²⁸ que dio sustento social y económico al régimen presidencialista autoritario durante la mayor parte del siglo XX, pero también viabilidad y estabilidad a la propia Constitución en cuanto instrumento normativo.

Por lo que se refiere a las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado mexicano, también es de sobra sabido que la Constitución de 1917 introdujo normas abiertamente anticlericales y muy restrictivas para el funcionamiento de las corporaciones religiosas, empezando por el desconocimiento de su personalidad jurídica. En los años veinte, el intento del gobierno en turno de aplicar rigurosamente dichas normas desencadenó una sangrienta guerra civil, conocida como “Guerra de los Cristeros” (1926-1929), cuya fase armada concluyó cuando la jerarquía de la Iglesia Católica y el gobierno del presidente Emilio Portes Gil llegaron a un *modus vivendi* que, en efecto, dejaba en suspenso, pues no lo modificaba formalmente, el régimen

sus proposiciones básicas, y que ambos que eran sustancialmente inviables: “... el surgimiento y consolidación del régimen porfirista no es sino el suceso político y social más visible de dicha coincidencia; es, teóricamente, su entelequia e históricamente, su lógico desenlace”. Véase México. *El trauma de su historia. Dicit amor patriae* [1977], México, Conaculta, 2002, especialmente pp. 83 (cita) y siguientes.

¹²⁷ Ambas son recomendaciones de Emilio Rabasa. Sobre la importante influencia que ejerció Rabasa en el Congreso Constituyente de 1916-1917, a pesar de que se encontraba en el exilio en los Estados Unidos desde 1914 y no volvería a México sino hasta 1920, véase Hale, Charles A., *Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano*, trad. de Antonio Saborit, México, FCE-CIDE, 2011, pp. 241 y siguientes.

¹²⁸ Véanse las referencias en la nota 102, *supra*.

constitucional en la materia.¹²⁹ Este *modus vivendi* funcionó sin contratiempos entre los años cuarenta y los ochenta, en que las presiones democratizadoras sobre el régimen abrieron la puerta a un creciente cuestionamiento de estos arreglos por una parte de la jerarquía católica; varias visitas del papa Juan Pablo II a México a partir de 1979 también pusieron en evidencia las incongruencias del *modus vivendi* entonces vigente. Algunos años más tarde, la apertura de la economía y las políticas modernizadoras del gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) —cuya legitimidad electoral había sido severamente cuestionada— llevaron también a revisar el régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las iglesias, particularmente con la Iglesia Católica, en 1992.¹³⁰ La reforma constitucional y legal correspondiente permitió el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre México y el Vaticano, pero, sobre todo, el diseño de un régimen jurídico que, no obstante algunas peculiaridades explicables por la historia y ante la insatisfacción de los radicales de uno y otro lado, ha tenido la virtud de basarse en un acuerdo cuyo cumplimiento es viable. Aunque estos cambios pueden verse como una restauración de la tradicional influencia de la Iglesia Católica por razones de oportunidad política,¹³¹ lo cierto es que también podemos verlos como reconocimiento de que la apertura hacia la sociedad mundial (y hacia la diferenciación funcional entre política y religión) exigía modificar un régimen claramente anómalo entre los vigentes en las naciones de democracia liberal.¹³²

El segundo rumbo que puede tomar el desacoplamiento entre norma y realidad queda bien ilustrado por la *evolución general de la sociedad mexicana desde el siglo XIX*. Las bases jurídicas que definió la Constitución de 1857, con independencia de su utilidad para regular en su momento las relaciones de la élite política, definían una nación moderna, individualista y liberal

¹²⁹ La obra clásica sobre el conflicto religioso y la guerra de los cristeros es la del historiador Jean Meyer. Véase el segundo volumen de la trilogía: *La Cristiada. El conflicto entre la Iglesia y el Estado 1926-1929*, 9^a ed., México, Siglo XXI Editores, 1985, pp. 143 y siguientes. La génesis y el alcance del *modus vivendi* se abordan en las pp. 303 y siguientes.

¹³⁰ Los lineamientos esenciales de la visión de los reformadores puede consultarse en Lamadrid Sauza, José Luis (coord.), *La larga marcha de la modernidad en materia religiosa*, México, FCE, 1994.

¹³¹ Ciertamente las razones del cambio son mucho más complejas y tienen que ver con la evolución del Estado, de la sociedad y de los movimientos religiosos mismos. Véase Loaeza, Soledad, *La restauración de la Iglesia católica en la transición mexicana*, México, El Colegio de México, 2013.

¹³² Dos reformas constitucionales más en la materia —publicadas casi en forma paralela— agregaron el término “laica” a los principios del orden constitucional mexicano conforme al artículo (2012) y dieron una redacción más amplia y próxima a los instrumentos internacionales a la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 de la Constitución (2013).

que tenía escasos puntos de sustento en una sociedad pobre, desorganizada, predominantemente rural, étnicamente diversa y apenas secularizada. De la Constitución de 1917 puede decirse algo semejante, si bien el gobierno porfirista ya había contribuido al crecimiento de los sectores modernos de la sociedad mexicana, y la misma Constitución incorporó, como ya hemos visto, elementos que reconocían la heterogénea composición de la sociedad. Esta sociedad contrasta notablemente con el México de hoy, una nación de más de 120 millones de habitantes (en 1917 eran menos de quince millones), predominantemente urbana, con niveles crecientes de educación, salud y bienestar social, y formada por un conjunto en expansión de ciudadanos que ya no tienen nada de “imaginarios”.¹³³ Desde este punto de vista puede entenderse por qué las decisiones fundamentales de 1857 (república federal, representativa, democrática y laica), retomadas por la Constitución de 1917, han logrado adquirir una vigencia social precaria, pero innegable. La acelerada modernización de la sociedad mexicana a partir de los años sesenta ha generado expectativas, demandas y exigencias, sobre todo de los estratos medios, que coinciden con el concepto de “Estado de derecho” y de “derechos humanos” de la tradición jurídica occidental. En este sentido, la evolución social reciente de México parecería confirmar las pautas de la racionalización weberiana, para las cuales la legalidad constituye la forma más elevada y específicamente moderna de legitimación del poder público.

Hemos visto ya dos ejemplos de desacoplamiento —la Constitución de 1857, el régimen de las relaciones entre Estado e Iglesia después de 1917— que se resolvieron a través del ajuste de las normas, con el propósito de lograr mayor coincidencia con el contexto social que les da sustento y lograr, así, estabilidad y equilibrio en las relaciones jurídicas. Sin embargo, hay muchos ejemplos de comportamientos cotidianos que oscilan entre la informalidad y la ilegalidad y que en la mayoría de las ocasiones, debido al peso y la difusión sociales que tienen, se resuelven a través de la “regularización”, es decir, un cambio normativo que los legaliza de manera plena.¹³⁴ En estos casos no se trata, probablemente, de normas que correspondan al nivel de

¹³³ Cfr. Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992. Los “ciudadanos imaginarios” a que se refiere este autor eran los que las constituciones y las leyes del siglo XIX daban por supuestos, pero que no se encontraban en la realidad, por la ausencia de una cultura cívica moderna que apenas se va construyendo con dificultades a fines del siglo XX y comienzos del XXI. Sobre estos cambios y sus implicaciones para el presente y futuro de México puede verse Aguilar Camín, Héctor y Jorge G. Castañeda, *Una agenda para México*, México, Santillana, 2011, especialmente pp. 37 y siguientes.

¹³⁴ Mi amigo y colega Antonio Azuela dice, entre bromas y veras, que la “regularización” es la cuarta fuente formal del derecho en México (además de las tres fuentes clásicas: la ley, la jurisprudencia y la costumbre).

la cultura jurídica mundial, pero que terminan ajustándose a los intereses y comportamientos predominantes de la sociedad. Aquí mencionamos algunos ejemplos bastante bien conocidos.

El primer ejemplo, acuciosamente estudiado por Antonio Azuela, se refiere a los llamados asentamientos irregulares (“colonias populares” y fraccionamientos particulares) en las zonas urbanas del país.¹³⁵ Aunque se trata de un fenómeno diverso y complejo, los estudios de Azuela muestran cómo las necesidades de los habitantes de las zonas urbanas, las presiones de los movimientos sociales que frecuentemente los agrupan, y los intereses políticos de las autoridades, han llevado al gobierno a tolerar y más tarde a “regularizar”, mediante diversos mecanismos, como la expropiación, la situación de los asentamientos humanos irregulares o ilegales. Llama la atención que un número muy grande de pobladores urbanos —Azuela habla de diez millones a fines de los ochenta—¹³⁶ vivía y vive en colonias formadas en terrenos de ejidos y comunidades comprados a sus propietarios, a pesar de que se trata de una forma de propiedad que era inalienable por disposición constitucional. La reforma al artículo 27 constitucional en 1992 tuvo el propósito de permitir la compraventa, bajo ciertas condiciones, de las tierras ejidales y comunales, lo que abrió la puerta a la regularización definitiva de esos asentamientos.

El otro ejemplo es el de los denominados, coloquialmente, “automóviles chocolate”. Se trata de vehículos usados, provenientes casi en su totalidad de los Estados Unidos, que se importan de manera irregular a México, aprovechando el diferencial de precios entre los dos países. Una situación que durante mucho tiempo estuvo ligada al fenómeno de los trabajadores migratorios mexicanos y a la vida de las ciudades fronterizas del norte, empezó a crecer vertiginosamente en los años noventa. Aunque esta práctica dañaba, y daña, a la fabricación y la venta legales de automóviles en el país, resulta muy difícil de regular por las autoridades mexicanas, dado su escaso control sobre la frontera, y una razón no menor que la explica es la corrup-

¹³⁵ Azuela, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, 1^a reimpresión, México, El Colegio de México, 1999. Azuela señala e insiste que en este campo los comportamientos irregulares o ilegales no se dan meramente en el vacío jurídico, sino que los actores sociales conocen el orden jurídico estatal y reconocen su legitimidad, pero no se encuentran, por diversos motivos, en condiciones de cumplir plenamente sus requisitos. Algo similar sucede con el llamado comercio ambulante o informal en las calles de la ciudad de México. Véase Meneses Reyes, Rodrigo, *Legalidades públicas: el derecho, el ambulantaje y las calles en el Centro de la Ciudad de México (1930-2010)*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-CIDE, 2011.

¹³⁶ Azuela, *op. ult. cit.*, p. 109.

ción. En 2005, el presidente de la República expidió un decreto que pretendía facilitar la regularización de estos vehículos al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero el problema no se ha resuelto a la fecha.¹³⁷

Lo interesante de este ejemplo es que los dueños de estos automóviles—plenamente conscientes de la situación irregular de sus vehículos— encontraron el modo de aprovechar creativamente en su favor las herramientas del orden jurídico formal. En una época era común que los propietarios solicitaran amparo con el objetivo inmediato de obtener una suspensión provisional, que en la práctica funcionaría como permiso temporal para circular. El proceso se dilataba mañosamente mediante el expediente de demandar al mayor número posible de autoridades que pudieran impedir la circulación del vehículo.¹³⁸ Al sobreseerse el procedimiento por no poder acreditar la legal estancia del vehículo en el país, el dueño sencillamente solicitaba un nuevo amparo en otro juzgado, aprovechando la falta de coordinación y comunicación entre estos órganos jurisdiccionales. Algo similar ocurría con los llamados “giros negros”, que son establecimientos mercantiles (casi siempre restaurantes-bar) que presentan alguna clase de irregularidad, sobre todo en cuanto el expendio de bebidas alcohólicas, y cuyos dueños se protegían preventivamente contra las clausuras administrativas mediante demandas de amparo que tenían el único propósito de obtener una suspensión, a sabiendas de que serán finalmente sobreseídas porque el quejoso no acreditaba la existencia del acto reclamado (la amenaza de clausura).¹³⁹

Como puede verse fácilmente, de manera deliberada o no, el diseño de las normas produce, de manera estructural, una situación de irregularidad o abierta ilegalidad que, al generalizarse y acumularse, obliga a una intervención gubernamental, la que, por las mismas razones, con frecuencia no puede darse por el lado del cumplimiento “estricto” de la ley, sino por el de la regularización y la legalización de los comportamientos irregulares o ilegales. Pareciera ser, entonces, que al tratarse de normas y comportamientos escasamente relevantes para la cultura jurídica de la sociedad

¹³⁷ *Diario Oficial* de la Federación de 22 de agosto de 2005.

¹³⁸ El autor de este ensayo analizó una pequeña muestra de expedientes de amparos administrativos y encontró que los quejosos en esta clase de asuntos señalaban entre 20 y 50 “autoridades responsables”, a todas las cuales resultaba preciso notificar y solicitar contestación, lo que evidentemente contribuía a retrasar el desenlace lógico del procedimiento. Véase Fix-Fierro, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2005, pp. 50 y siguientes.

¹³⁹ *Ibidem*.

mundial, resulta fácil que el desacoplamiento entre norma y ambiente social se resuelva también por el lado de la desaplicación y luego por el de el ajuste de la norma a los comportamientos sociales predominantes, y no a la inversa.

¿Hasta qué punto el contacto con la cultura jurídica mundial favorece u obstaculiza la vigencia de la ley en diversos ámbitos sociales? Por un lado, la adopción de ideas e instituciones asentadas en dicha cultura genera el “desacoplamiento” entre norma y realidad de que hablan Meyer y Boyle; por el otro, desencadena también diversas presiones para que el Estado nacional modifique sus políticas internas y aumente, en la expresión de Luhmann, su “capacidad comunicativa colectiva” frente al exterior.

Al respecto se ofrecen varios campos de estudio que no es posible analizar ampliamente en esta oportunidad, como las elecciones,¹⁴⁰ el comercio internacional y los derechos humanos. Su evolución en las décadas recientes tiene que explicarse a partir de la combinación de presiones internas y externas que han permitido que los respectivos regímenes jurídicos logren un cierto nivel de eficacia o, al menos, de legitimidad social. En lo particular, la idea de “constitución social” que elaboran Fischer-Lescano y Teubner resulta aplicable al régimen del comercio internacional del que forma parte México, especialmente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual puede decirse que funciona como la Constitución económica real a la que se subordina, en alguna medida (por supuesto, no en un sentido jurídico estricto), la Constitución formal. En el caso de los derechos humanos, que se han vuelto relevantes como instrumento de intervención y manejo de la crisis de violencia y seguridad pública que se vive en el país, la Constitución misma se ha abierto formalmente a normas, decisiones e interpretaciones que no aprueba directamente el Estado mexicano, pero que, por virtud del nuevo texto del artículo 1º constitucional, tienen que ser observadas por todas las autoridades mexicanas, y de manera especial por las judiciales.¹⁴¹ Ello genera, de momento, un nuevo frente en el desacoplamiento entre norma y realidad, al elevarse considerablemente los estándares

¹⁴⁰ Hay razones para pensar que las primeras quejas que se presentaron contra México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a mediados de los años ochenta por irregularidades en las elecciones locales y, sobre todo, por falta de mecanismos de justicia para repararlas, contribuyeron a acelerar la judicialización de las elecciones, la que se consumó rápidamente en 1996 con la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

¹⁴¹ Sobre la apertura del Estado y el orden jurídico mexicano véase Serna de la Garza, José María, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en Bogdandy, Armin von y José María Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Instituto Max Planck de

res valorativos a los que tienen que ajustarse todas las autoridades públicas, pero que tratará de cerrarse a través del “diálogo judicial” y el llamado control de convencionalidad.

Finalmente, ¿qué sucede con la legalidad ordinaria en las relaciones entre la autoridad y el ciudadano y, sobre todo, en las relaciones entre los ciudadanos? Este aspecto no ha sido estudiado suficientemente, por lo que nos limitamos a elaborar algunas apreciaciones muy elementales. Una observación directa nos indica que en la vida cotidiana hay una desatención generalizada a las normas jurídicas formales, lo cual no implica que no existan otras reglas, de carácter social, que son observadas voluntariamente y que incluso son sancionadas efectivamente en caso de desobediencia. Pensemos simplemente el incumplimiento generalizado de muchas disposiciones del reglamento de tránsito (límites de velocidad, estacionamiento prohibido, uso de pasos peatonales, etcétera), lo cual no quiere decir que el comportamiento de vehículos y peatones en las ciudades no observe ninguna “regla” (por ejemplo, la velocidad tampoco es ilimitada, sino que se autorregula). La otra cara de esta moneda consiste, sin embargo, en que los ciudadanos también toman la ley en sus manos, comportamiento que va desde quienes cierran al tránsito público las calles de sus colonias o barrios con el pretexto de la seguridad, o bien, bloquean transitoriamente calles y avenidas para llamar la atención de las autoridades a sus demandas, hasta quienes “sancionan”, mediante linchamiento, a presuntos delincuentes o vandalizan y destruyen los edificios públicos en “castigo” a la actuación de alguna autoridad, pasando por quienes impiden a ésta o a otros particulares el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, el cobro del peaje en una autopista) o el ejercicio de sus derechos (libertad de tránsito). En todos estos casos, tales comportamientos se justifican presuntamente por la inacción e ineeficacia de las autoridades y, paradójicamente, estas últimas tienden a ser las consideradas, por el resto de la sociedad, como responsables de los comportamientos ilegales y no los individuos o grupos que los cometan directamente.

Sin que pueda decirse que se traduce necesariamente en comportamientos determinados, la actitud ambivalente y oportunista de los ciudadanos ante el cumplimiento de la ley, así como la tolerancia generalizada hacia la ilegalidad, se refleja claramente en varias encuestas de opinión. Dos encuestas nacionales de cultura jurídica, realizadas en 2003 y 2011,¹⁴² revelan que

Derecho Público Comparado y Derecho Internacional-Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, 2014, pp. 1-59, especialmente 17 y siguientes.

¹⁴² Véase Concha Cantú, Hugo A. *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJF-COFEMER, 2004, y Segunda

un porcentaje importante de los ciudadanos (que oscila entre 18 y 30 por ciento) tienen una actitud oportunista, pero racional (esto es, gobernada por incentivos), ante el cumplimiento de la ley: “cumplo si me conviene cumplir, es decir, si yo o mis familiares no sufrimos daños o castigos”.¹⁴³ También revelan un elevado nivel de tolerancia hacia los comportamientos irregulares o ilegales en sociedad, pero con variaciones que tienen que ver con el daño que puedan causar o con las necesidades que logren satisfacer. Así, por ejemplo, las personas son significativamente menos tolerantes de los bares y centros nocturnos que funcionan sin licencia, o de los taxis con placas falsas (llamados “piratas”), que de quienes invaden un terreno para construir una vivienda o de quienes venden comida y otros productos en la vía pública sin contar con permiso formal para ello, pues se presume que estos últimos no tienen quizás otro modo de satisfacer una necesidad legítima.¹⁴⁴

En conjunto, estos estudios indican que los ciudadanos modulan sus actitudes y comportamientos de acuerdo con los incentivos que encuentran en su ambiente social, y ello incluye el funcionamiento de las instituciones.¹⁴⁵ Hemos visto que la cultura institucionalizada que permea a la sociedad mundial impone ciertos estándares normativos a los estados, los que éstos deben hacer cumplir a través de sus instituciones y políticas internas. Sin embargo, la informalidad y la ilegalidad cotidianas no son, y probablemente no lleguen a ser, objeto de la cultura jurídica mundial ni foco de escrutinio externo, salvo que esas prácticas se vuelvan tan disfuncionales que su costo obligue a una intervención correctiva.

Hemos señalado más arriba que el orden jurídico encuentra límites y paradojas cuando recurre a la coacción y a la violencia legítima, y que en una sociedad tan desigual y asimétrica como la mexicana cotidianamente se ponen de manifiesto las tremendas dificultades que enfrenta la autoridad para lograr el cumplimiento de la ley. También es preciso reconocer que en un Estado constitucional democrático no puede esperarse, por diversas razones, que la autoridad haga cumplir las normas siempre y en toda circunstancia; en ocasiones resulta preciso no aplicar las normas en función de

Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado, México, UNAM-IFE, 2011, cuyos resultados son consultables en <<http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>>.

¹⁴³ *Ibidem*. Véanse las tablas estadísticas 29, 30 y 112 de la encuesta de 2003 y los apartados 5 y 6 de la encuesta de 2011.

¹⁴⁴ *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*, cit., preguntas 19 a 22.

¹⁴⁵ Lo mismo sucede en otras latitudes, por lo que no hay razón para pensar que existan diferencias esenciales entre México y el Estado de derecho en los países avanzados, sino sólo de grado.

lograr un bien superior o de evitar un mal mayor.¹⁴⁶ Cabe preguntarse si, a largo plazo, resulta sostenible la supervivencia de ámbitos sociales en los que el orden jurídico prácticamente no encuentra ningún respaldo institucional, es decir, un “derecho sin Estado” que se sostiene solamente sobre comportamientos sociales voluntarios.

IV. PERSPECTIVAS DE LA GOBERNANZA A TRAVÉS DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD MUNDIAL

Para explorar las perspectivas de la gobernanza global a través del derecho en este apartado final conviene comenzar examinando una controvertida tesis que elaboró por primera vez Niklas Luhmann a partir de la distinción, propuesta y analizada por él mismo, entre “expectativas normativas” (“*normative Erwartungen*”) y “expectativas cognitivas” (“*kognitive Erwartungen*”), y su papel en la sociedad mundial. Esta distinción exige una breve explicación preliminar.

Luhmann no elabora su concepto sociológico de las normas a partir de algún determinado contenido que deban tener y tampoco del mecanismo de la sanción coactiva, sino con base en las diversas reacciones que pueden asumirse cuando una expectativa se ve decepcionada: la primera reacción descarta y sustituye la expectativa decepcionada, es decir, supone que la expectativa era incorrecta y ello obliga a sustituirla y a “aprender” de la decepción (“expectativa cognitiva”); la segunda no descarta ni sustituye la expectativa decepcionada, es decir, decide “no aprender” y, en cambio, sostener contrafácticamente (es decir, “contra los hechos”) la expectativa como correcta a pesar de la decepción (“expectativa normativa”). Esta es la situación social básica que da origen al orden jurídico, cuando las expectativas normativas se generalizan (se desprenden de sus contextos sociales concretos), se institucionalizan (son reconocidas por terceros no presentes) y se crea un aparato de aplicación cuyo funcionamiento también responde a expectativas normativas, es decir, se tiene la expectativa normativa de que

¹⁴⁶ Sobre este punto véase Valadés, Diego, “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 219-291, reproducido en su libro *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 1-79. Valadés considera que el problema no tiene solución jurídica, sino política: solamente la representación y la legitimidad de las autoridades es capaz de absorber los costos de la no aplicación de las normas cuando perjudican a terceros. Desafortunadamente, en México tanto la representatividad como la legitimidad de las instituciones son bastante precarias.

sostenga las expectativas normativas del derecho (“expectativas normativas de expectativas normativas”).¹⁴⁷

En su ensayo inicial sobre la sociedad mundial (1971), Luhmann afirma que la sociedad mundial parece constituirse en ámbitos de interacción en los que domina el mecanismo de las expectativas cognitivas, desplazando a las expectativas normativas:¹⁴⁸

Hoy son la economía, la ciencia y la técnica las que definen los problemas que han de ser resueltos en la sociedad, junto con las condiciones y los límites de la posibilidad de solucionarlos, y el rango de una política no se determina a partir de sí misma o de sus propias concepciones normativas, sino desde el nivel de abstracción y la visión con la que fija en planes las situaciones que cambian. Pero la economía, la ciencia y la técnica descansan actualmente sobre expectativas de marcado estilo cognitivo, es decir, que pueden y deben absorber los riesgos de la decepción a través del aprendizaje, no de la obstinación normativa.¹⁴⁹

Ciertamente, en las “sociedades” nacionales parece predominar una preferencia estructural por los lineamientos normativos en la formación de expectativas, pero esto se debe a que las expectativas de estilo normativo son más fácilmente institucionalizables —particularmente en contextos de elevado riesgo en la decepción— y se encuentran respaldadas por mecanismos políticos consolidados.¹⁵⁰ Sin embargo, esta simbiosis entre política y derecho se da como fenómeno territorial (regional) y probablemente no es trasladable a la sociedad mundial, que es un fenómeno totalmente novedoso en términos evolutivos.¹⁵¹

Veinte años más tarde, Luhmann matizó un tanto esta posición. Señala, por un lado, que hay algunos indicios de que el derecho pierde relevancia en la sociedad mundial, porque uno de sus principales mecanismos de apoyo —la expectativa normativa de expectativas normativas— se debilita, es decir, resulta muy complejo sostener la expectativa normativa de que se cumplan las expectativas normativas jurídicas, pero no parece haber una

¹⁴⁷ Luhmann, *Rechtssoziologie*, cit., *supra* nota 94, pp. 40 y siguientes; “Las normas desde una perspectiva sociológica”, en Luhmann, Niklas, *La moral de la sociedad*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 29-56.

¹⁴⁸ Luhmann, “Die Weltgesellschaft”, en *Soziologische Aufklärung* 2, cit., *supra* nota 5, pp. 55 y siguientes.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 58 (traducción de HFF).

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 57.

respuesta unívoca a este problema.¹⁵² Por otro lado, advierte que los derechos humanos gozan de auge como nunca antes. No sólo se da preferencia a los valores, sino que se exige normativamente su realización, pero lejos del mundo establecido de las formas jurídicas.¹⁵³

Volkmar Gessner compartía la idea del desplazamiento de las expectativas normativas por las cognitivas en los intercambios transfronterizos. Con base en los estudios empíricos que realizó o dirigió durante casi veinte años en el campo de las interacciones jurídicas globales, Gessner consideraba que los mecanismos jurídicos eran insuficientes o ineficaces para dar soporte a tales interacciones, primero, porque el derecho de alcance global sigue siendo incompleto y fragmentario, lo que abre un espacio para el funcionamiento de otros órdenes normativos, y segundo, porque las sociedades complejas modernas se apoyan crecientemente en las expectativas cognitivas para resolver los problemas del orden y el cambio.¹⁵⁴

En resumen:

....el énfasis excesivo en las expectativas normativas de los discursos sobre la globalización del derecho desatiende la capacidad de aprendizaje del acto global. En un entorno de pluralismo global, la adaptación cognitiva a una situación inesperada puede ser más fácilmente calculable que mantener una expectativa normativa. Si resulta permisible alguna generalización sobre la cultura jurídica en el entorno global, tal generalización tendría que sostener que son las actitudes cognitivas, más que las normativas, las que son y seguirán siendo predominantes.¹⁵⁵

¹⁵² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 556.

Sergio López Ayllón y el autor de este ensayo encontramos un ejemplo de abandono relativo de expectativas normativas y una disposición a modificarlas a través del aprendizaje en los primeros casos de México ante los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Nuestra hipótesis es que cuando entran en contacto dos culturas jurídicas muy diferentes, los participantes están en disposición de modificar las expectativas normativas de su propia cultura jurídica (por ejemplo, “formalismo mexicano” frente a “pragmatismo estadounidense”) y de aprender, porque están constreñidos por un marco institucional que los obliga a comunicarse intensivamente y a colaborar para producir una resolución determinada en un tiempo limitado. Véase Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Fix-Fierro (ed.), *Del gobierno de los abogados...*, cit., *supra* nota 111, pp. 271 y siguientes.

¹⁵³ Luhmann, *op. ult. cit.*, p. 556.

¹⁵⁴ Gessner, *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. XXI y siguiente, XXXI y siguiente, 23 y siguiente.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. XXXII.

Para abordar con un poco más de orden y detalle esta cuestión que, sin duda, es de gran relevancia para analizar el futuro de la gobernanza a través del derecho en la sociedad mundial (y, por extensión, en las “sociedades” nacionales, como la mexicana), conviene acudir a una distinción, elaborada por el propio Gessner, entre dos funciones distintas del derecho, principalmente en relación con la economía: la regulación y el soporte.

Para Gessner, el derecho cumple, primeramente, funciones de *regulación* (*regulation*), es decir, el orden jurídico trata de definir, con mayor o menor eficiencia, las relaciones verticales entre los ciudadanos y las instituciones estatales, a partir de los principios del Estado de derecho (*rule of law*) y con cierta independencia de las características de los actores. La función de *soporte* (*support*) consiste en lograr certidumbre (*legal certainty*, “seguridad jurídica”) en las relaciones horizontales entre los particulares (ciudadanos, empresas), a partir de su propia definición de la situación.¹⁵⁶ La distinción corresponde, *grosso modo*, a la diferencia tradicional entre “derecho público” y “derecho privado”, pero no coincide plenamente con ella, porque el Estado tiene también un papel importante, aunque no exclusivo, que desempeñar en cuanto a la función de soporte, a través de algunas normas e instituciones que forman parte del “derecho público”. Es esta función de soporte la que abre la puerta a la revisión crítica del modelo de la racionalización jurídica propuesto por Max Weber hace casi un siglo y al que ya hemos aludido más arriba. Los procesos sociales y económicos relacionados con la globalización han puesto de relieve, con gran claridad, la importancia de esta distinción, la que tiende a perderse en la visión puramente nacional de las funciones del orden jurídico.

De acuerdo con esta distinción, resulta difícil afirmar que, en cuanto a la función de la regulación, las expectativas normativas del derecho pierdan claramente peso e importancia en la sociedad mundial. Por todas partes vemos que avanza la construcción de regímenes internacionales y transnacionales, a nivel universal y regional (como la Unión Europea o la OMC), los cuales someten a los estados nacionales a distintos grados de presión normativa, con la expectativa de que éstos se conformen a ellas de manera más o menos estricta. Aunque hay espacio para el “aprendizaje”, es decir, para un manejo más flexible (márgenes de negociación y tolerancia) de la regulación jurídica global en atención a las grandes diferencias nacionales y regionales, existen límites normativos que la comunidad jurídica global no permite traspasar. Los derechos humanos son esos límites infranqueables,

¹⁵⁶ Gessner, *El otro derecho comparado*, cit., *supra* nota 15, pp. 153 y *passim*.

si bien dentro de su ámbito también se han dado discusiones en torno a la universalidad o relatividad cultural de su contenido y alcance.¹⁵⁷ Aun cuando se puede aceptar que la garantía de algunos derechos (por ejemplo, la libertad de expresión) pueda ser modulada por los estados de acuerdo con ciertas necesidades políticas y realidades sociales, existen otros derechos que parecen no admitir excepciones ni tolerancia en este sentido, como el derecho a la integridad personal que se manifiesta en la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos crueles y degradantes.

Por lo que se refiere a la función de soporte, la situación es distinta. La investigación empírica que existe —impulsada y realizada en buena medida por Volkmar Gessner— muestra reiteradamente que el derecho es sólo uno de los mecanismos que refuerzan la coordinación y la certidumbre en los intercambios globales.¹⁵⁸ Aunque los estados invierten grandes esfuerzos en elaborar y poner en vigor convenios internacionales encaminados a generar normas uniformes, la investigación citada demuestra que estos instrumentos son poco efectivos, ya sea porque no reúnen un número suficiente de ratificaciones o porque no son utilizados por las partes ni aplicados por los tribunales nacionales. En general, las instituciones estatales también son relativamente ineficaces para promover y sostener el tráfico jurídico internacional en campos que no son económicos, como el familiar.

Más eficaces parecen ser los instrumentos jurídicos desarrollados por los comerciantes mismos (*lex mercatoria*), los cuales se combinan con mecanismos como la reputación y el arbitraje, dentro de las ramas comerciales con alcance global (como los diamantes o la madera), para generar seguridad jurídica en la economía global.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Sobre el relativismo cultural y la universalidad de los derechos humanos a nivel internacional, véase Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2^a ed., Ithaca-London, Cornell University Press, 2003, pp. 57 y siguientes. Véanse también las esclarecedoras reflexiones de Luigi Ferrajoli: “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto de 2008, pp. 1135-1145.

¹⁵⁸ Véanse los estudios reunidos en siguientes volúmenes coordinados y editados por Gessner, en los que se apoyan los siguientes párrafos: *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996; con Ali Cem Budak: *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Aldershot, Dartmouth, 1998; con Richard P. Appelbaum y William L. F. Felstiner: *Rules and Networks...*, cit., *supra* nota 2; *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, y *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15.

¹⁵⁹ Una perspectiva sistemática y luhmanniana de la *lex mercatoria* como derecho de la sociedad mundial es la de Tania Lieckweg, *Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der lex mercatoria*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003.

Los despachos internacionales de abogados son otro de los instrumentos de que se vale el tráfico jurídico internacional para generar certidumbre. Se trata de verdaderos agentes económicos que no se limitan a identificar y aplicar el derecho al servicio de sus clientes, sino que el entorno jurídico transnacional les permite inclusive elaborar soluciones jurídicas y económicas creativas. Dado que dicho entorno parece más próximo, por su estructura y organización, al derecho angloamericano, algunos estudiosos han determinado que aquí reside una de las causas por las que los despachos de abogados ingleses y estadounidenses parecen tener más éxito en el manejo profesional del derecho globalizado.

Finalmente, las investigaciones a las que hacemos referencia también han puesto de relieve los numerosos mecanismos *sociales*, no jurídicos, que dan soporte al tráfico jurídico internacional, desde las redes étnicas hasta los mecanismos de reputación, pasando por las relaciones duraderas de confianza y de largo plazo que se establecen entre las partes contractuales.

En el campo del soporte, el debate todavía oscila entre quienes piensan que el entorno jurídico global sufrirá un proceso de racionalización similar al que Weber atribuyó el surgimiento del derecho moderno, en conjunción con el Estado nacional y la economía capitalista, y quienes sostienen que la situación actual no se alterará de manera sustancial, es decir, que seguirá predominando una combinación de mecanismos jurídicos y no jurídicos en la que la seguridad jurídica contractual cede su lugar a la eficiencia contractual apoyada en redes estratégicas y procedimientos informales.¹⁶⁰ Estos últimos autores agregan dos argumentos más. El primer argumento señala que la *velocidad* y el *ritmo* a los que el capitalismo contemporáneo revoluciona la actividad económica es un factor que obstaculiza la utilización del derecho formal tradicional, es decir, hay un desfase de los horizontes temporales entre el funcionamiento del derecho tradicional y la economía globalizada; ello explica por qué los diversos sectores económicos globales buscan soluciones jurídicas expeditas para sus necesidades económicas, como el arbitraje, y por qué algunas culturas que tradicionalmente carecen de mecanismos de derecho privado, como las de Asia del este, no estén recurriendo a ellos, sino a sus redes de confianza y dependencia personal mutua, que favorecen la rapidez y la informalidad en la toma de decisiones.¹⁶¹

¹⁶⁰ Véase Heydebrand, Wolf, “Contractual Certainty versus Efficiency: The Historical and Institutional Context of Global Trade”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, p. 334.

¹⁶¹ Scheuerman, “Global Law...”, cit., *supra* nota 3.

El segundo argumento está emparentado con el primero, pero va más allá de él, pues sostiene que la ciencia y la tecnología actuales han producido algunos modos de interacción económica que, por producirse en *tiempo real*, no dependen ya de los mecanismos tradicionales, jurídicos y no jurídicos, de control y vigilancia de dicha interacción.¹⁶²

De todo lo anterior se deduce una creciente disyunción entre las funciones de regulación y de soporte que cumple el sistema jurídico en la sociedad mundial, lo que hace sumamente improbable que podamos seguir la misma línea evolutiva a la que obedeció la conformación y unificación de los órdenes jurídicos nacionales. El destino del orden jurídico mexicano, como parte del único sistema jurídico de la sociedad mundial, así como el de la gobernanza global, se ubican dentro de los extremos que tan someramente hemos explorado en este ensayo. Quizá podamos adelantar la hipótesis de que la transición jurídica en México a la que se ha hecho referencia más arriba se ha producido esencialmente en el ámbito de la regulación, es decir, de la eficacia y legitimidad de las instituciones públicas, pero que la función del derecho como soporte, que prácticamente no ha sido estudiada en nuestro país,¹⁶³ presenta características paralelas y más próximas a las que predominan en la arena global. En este momento no lo sabemos con precisión, pero si queremos realizar el Estado de derecho al que aspiramos, resulta indispensable estudiar y entender desde ahora la realidad de la sociedad mundial.

¹⁶² Un ejemplo concreto de ello se encuentra en las formas de producción mediante las que se desenvuelve la industria del *software*. Véase Dietz, Thomas y Holger Nieswandt, “The Emergence of Transnational Cooperation in the Software Industry”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, pp. 87-105.

¹⁶³ Una excepción es Woodruff, Christopher, “Contract Enforcement and Trade Liberalization in Mexico’s Footwear Industry”, *World Development*, vol. 26, no. 6, June 1998, pp. 979-991. Woodruff señala que en el mercado del calzado en México, durante la época del mercado cerrado a las importaciones, los fabricantes contaban con los mecanismos informales de la información y la reputación para controlar el comportamiento contractual de los vendedores. Sin embargo, la liberalización del comercio que trajo consigo el TLCAN tuvo por efecto debilitar estos mecanismos de control. También la investigación pionera de Volkmar Gessner sobre la administración de justicia y los conflictos de derecho privado en México a comienzos de los años setenta ofrece alguna información sobre el papel muy limitado del derecho como factor de soporte para la seguridad jurídica, sobre todo en las relaciones contractuales. Véase Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1984 y la reinterpretación económica de este estudio en “Los tribunales: enfoques económicos y sociológicos”, en *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. 313-329.

ESTADO NACIONAL Y GOBERNANZA GLOBAL: DEFINICIONES, CONCEPTOS Y REFLEXIONES

Francisco J. PAOLI BOLIO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definiciones y conceptos*. III. *Reflexiones*.
IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En estas líneas pretendo poner en claro, en primer lugar, algunos términos y conceptos que se utilizan en la temática del Seminario: su significado etimológico y conceptual, en perspectiva histórica y teórica. Es decir, ubicándolos en el tiempo y en el sentido, evolución y desenvolvimiento que tuvieron. En segundo término, haré algunas reflexiones sobre poder, Estado nacional, proceso de globalización y gobernanza global.

Una puntuación: a estas alturas del siglo XXI, sabemos que el término *gobernanza* es ubicua, porque está al mismo tiempo en varias disciplinas de ciencias sociales: derecho, economía, ciencia política, relaciones internacionales, comunicación, administración pública, demografía, geografía y sociología². Es pues, un término que recorre disciplinas, por lo cual me parece pertinente establecer algunos conceptos que a continuación expongo y los contactos que tienen entre sí.

Esta revisión conceptual me permitirá hacer un largo recorrido histórico (esquemáticamente, no se asusten), que parte del análisis del poder en los grupos humanos primitivos y en las sociedades tempranas, para llegar al gobierno, al Estado caracterizado como moderno y nacional, y al tiempo de la globalización que vivimos en las últimas décadas. Concluiré con algunas reflexiones sobre el Estado mexicano, inmerso ahora en un contexto glo-

¹ Investigador titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 2.

² Cf. *The SAGE Handbook of Governance*, Editado por Mark Bevir, Sage publications, London, 2011.

balizado y, específicamente, a las presiones e influencias que tiene nuestro Estado nacional para ajustarse y ponerse en línea con medidas, procedimientos e instituciones de la gobernanza global.

II. DEFINICIONES Y CONCEPTOS

Poder, es la capacidad que posee una persona o grupo de personas, para imponer su voluntad en una comunidad o en una sociedad, que es una comunidad de comunidades. La persona o grupo poderoso, logran que su voluntad se materialice en realizaciones (*cosas, res*) o dominios (sobre territorios, bienes, derechos reales o personales), aún contra la voluntad de otras personas o grupos.³

Poder en las comunidades primitivas. Los primeros pobladores humanos se organizaban en pequeños grupos o bandas integradas fundamentalmente por parientes consanguíneos. Los integrantes de esos grupos primitivos eran nómadas, dedicados a la caza y la recolección, moviéndose geográficamente en función de los bienes que podían encontrar y atendiendo a los climas que podían ser más propicios para su desenvolvimiento. Tenían un jefe o conductor con pocas funciones como la de arbitrar conflictos al interior de las comunidades, conducir por los caminos a sus compañeros ambulantes y decidir sobre los sitios en que podían establecerse. También tenían frecuentemente que dirimir los bienes que podían consumir y que debían compartir con el grupo. Eran llamados con distintos nombres que aludían a sus responsabilidades, tales como guías, conductores o caciques. No establecían en las comunidades una relación demasiado asimétricas y, en general, eran considerados como iguales a los demás miembros del grupo. Los conductores eran frecuentemente varones aunque llegaba a darse el caso de dirigentes mujeres. Esta descripción corresponde a los primeros grupos humanos y a quienes los encabezaban. Tenían estos últimos, un poder ligero, que ayudaba a los demás a ponerse de acuerdo en diversas normas de convivencia.

En su trabajo sobre la etnia primitiva Nambikuara, de Mato Grosso, Brasil, el antropólogo Levy Strauss, reporta que el jefe comunitario o cacique de la tribu (*Vilikande*, en su lengua) era definido como “aquel que une” o “aquel que nos pone juntos”⁴ y no como una autoridad vertical que se im-

³ Me disculpo por la paráfrasis weberiana sin citar literalmente a Max.

⁴ “The social and psychological aspects of a chieftainship in a primitive Tribe: the Nambikuara of North Western Mato Grosso”, en el libro *Comparative Political Systems*, Editado por Ronald Cohen y John Middleton, y publicado por The Natural History Press, New York, 1967, pág. 52.

pone. Esta función del liderazgo que es la de fomentar la cohesión del grupo, es fundamental para entender el desarrollo del poder en las sociedades humanas de los siglos y milenios siguientes. Mantenerse unidos era la mayor garantía para su defensa y sobrevivencia. La formación de costumbres (*mores*), dan lugar a lo que se ha llamado moral, es decir, la definición de reglas de comportamiento que eran claramente identificadas por el grupo como positivas para el desarrollo de cada uno y el progreso del grupo.

Otro caso de experiencias primitivas de poder: los jefes de las bandas entre los *¡Kung*, en la región Nyae Nyae⁵, South West África. Ellos eran designados por herencia de padres a hijos varones. Cuando no había descendientes varones que heredaran el liderazgo, lo heredaba la hija, pero ésta a su vez lo entregaba a su primer hijo varón. No se registraba entre los *¡Kung* un gran deseo para ocupar la jefatura del grupo, porque no era especialmente ventajosa para los individuos que la detentaban. Cada persona hacía su trabajo sin mayor dirección. Los jefes no contaban con privilegios, honores o regalías especiales. Su autoridad estaba limitada casi solamente al control de los pastizales, legumbres y el agua que consumían o utilizaban los miembros del grupo con el que tenían que acordar las reglas y luego aplicarlas. Debían planear sobre los territorios en los que se moverían y el tiempo en que lo hacen.

Gobierno, empieza a aparecer en las comunidades humanas tempranas, que en alguna medida superaban a las primitivas. Normalmente los gobiernos primigenios estuvieron representados por un líder natural que tiene el apoyo del grupo organizado y lo respalda en sus decisiones que la comunidad acepta. Ese líder se mantiene puro durante un tiempo y, en algunos casos, toda su vida que en los tiempos de una humanidad relativamente joven es corta. También hay que reconocer que el conjunto de bienes que se acumulan en una comunidad temprana, es muy reducido, aunque mayor que el de las comunidades primitivas. Esa acumulación hacia que se diera en los líderes una tentación y posibilidades para beneficiarse de alguna manera más amplia que los demás. Esa práctica se hace cada vez más presente y como dice la conseja: “ante el arca abierta el justo pecha”. La asimetría social que representan los jefes de las comunidades se hace más amplia. Esto empieza a ocurrir cuando las comunidades dejan de ser nómadas y se asientan. Entonces la acumulación de bienes se acrecientan y la inclinación de los poderosos y de sus allegados, es hacerse de la mayor cantidad posible de ellas, sin rendir cuentas, lo que los convierte en caciques autoritarios y aún en déspotas. Si los bienes comunitarios son moderados la comunidad lo

⁵ Lorna Marshall, “¡Kung Bushman Bands” en *Op. Cit.* págs. 36 y 37

acepta, a cambio de que el líder y su grupo cercano mantengan un orden que permite al conjunto convivir en paz, trabajar, sembrar y cosechar en forma más o menos segura y pacífica. Pero en un buen número de casos, el cacique empieza más pronto que tarde a tomar ventajas sobre su comunidad en forma desmedida, hasta que la situación se vuelve intolerable para el grupo. Entonces surge otro liderazgo que se le enfrenta, invoca el apoyo de la comunidad (carisma), vence al sátrapa frecuentemente por la fuerza e inicia un nuevo gobierno⁶. Éste es la capacidad de mantener la conducción de un grupo humano. A este respecto es muy sugerente la concepción original de gobierno que reporta el político Karl Deutsch y que reproduzco a continuación:

“*Gobierno: el concepto del timonel.* El gobierno se relaciona tanto con el antiguo arte de la dirección y autodirección, como con las nuevas ciencias de la información y el control. Los griegos usaban la palabra *kybernetes* para designar al conductor o timonel de un barco; las palabras ‘gobernador’ y ‘gobierno’ derivan de ese término, al igual que el nombre de la ciencia de la comunicación y el control: *cibernética*.⁷

El gobierno, pues, surge o se organiza en una comunidad para conducirla. Puede ser personal o grupal. Cumple varias funciones empezando por ordenar las relaciones entre las personas y las familias y continuando por la defensa misma de la comunidad, enfrentando ataques que pueden venir de otras comunidades, o de fenómenos de la naturaleza; creando condiciones para que la población pueda tener viviendas; o construir caminos que permitan a las comunidades relacionarse con otras, hacer trueques o comerciar y otras actividades vitales para la subsistencia de un grupo humano.

El gobierno es el germe del Estado. Conforme la conducción de una sociedad se va dando, conforme el grupo va registrando las ilusiones colectivas y las metas que se traza, se va ideando una entidad mayor, articulada por el gobierno, para que sea capaz de resolver muchos problemas de la convivencia humana. El Estado se adelanta cada vez con mayor adelantamiento con mayor previsión para anticipar amenazas y peligros que pueden dañar a la comunidad.

Estado moderno. Muchos autores coinciden en que el Estado empezó a formarse al concluir la Edad Media, cuando surgieron los llamados “estados

⁶ Una de las acepciones que el *Diccionario de la Lengua Española*, da al vocablo “gobierno” es “docilidad de la nave al timón”. Este parece ser el significado primigenio del poder gubernativo

⁷ Karl W. Deutsch, *Política y Gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 20.

territoriales” a los que se refiere Maquiavelo en *El Príncipe*⁸. Maquiavelo no es el primero en usar el término *Estado*, como algunos sostienen. Diego Valla dades ha puntualizado la circunstancia histórica en la que se usa:

“Por qué razón adoptó Maquiavelo la voz *Estado*? Debe tenerse presente que si la empleó fue porque tenía un sentido específico en su época. Tal vez no era un vocablo de uso muy extendido, pero sí propio del público al que Maquiavelo se dirigía. Uno de sus interlocutores habituales fue Francesco Guicciardini, quien la usó desde sus primeros escritos” (1509)⁹.

El Estado va surgiendo y definiendo sus funciones y órganos en el marco de sociedades cada día más grandes, complejas y con mayor división del trabajo. El crecimiento progresivo del Estado en funciones, órganos, normas y mecanismos cada vez más precisos, para el control de la población y del territorio. Esta entidad mayor que está construida por un conjunto de ideas guía y una estructura material, va adquiriendo compromisos cada vez más amplios con las sociedades en las que se organiza. El Estado cobra cada vez más impuestos y hace crecer su burocracia y sus fuerzas armadas (ejército, marina, policías).

El Estado puede verse de dos maneras, 1) como una construcción teórica, ideal, conceptual que define la forma de organizar el poder político para propiciar el bienestar de los ciudadanos, mantener el orden en una nación y garantizar el respeto a los derechos humanos en un sistema jurídico que, a partir de una Constitución, prescribe su objeto social; y 2) materialmente es una entidad pública, dotada legalmente de órganos, aparatos y estructuras físicas, recursos económicos y fuerzas armadas, que permiten el control organización y desarrollo de una población y un territorio delimitado y conduce la política exterior. Lo más adecuado es verlo de las dos maneras, como concepción y programa de lo que un Estado debe ser (perspectiva ideal normativa) y como es en realidad un Estado nacional específico (perspectiva realista).

Estado Nacional. Hay una discusión teórica interesante sobre si el Estado se forma primero o se forma en primer término la nación. Gellner tiene la teoría de que el Estado es el que va impulsando la construcción de una nación, que es un concepto antropológico y sociológico. La nación es un

⁸ Dice este autor renacentista al iniciar el Capítulo I de este libro: “Cuantos Estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados.” Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 1981, pág. 12

⁹ Prólogo a mi *Teoría del Estado*, Trillas-IIJ-UNAM, 2009, pág. 9

conjunto humano unido por una historia común, lenguaje o lenguajes, religión y elementos materiales derivados de un ámbito geográfico. El científico social Ernest Gellner, contraviene una explicación dominante que exponía primero en tiempo la formación de las naciones y después, coronándola, se colocaba la estructura del poder en ella: el Estado nacional¹⁰.

Felipe González, el ex presidente del gobierno español, nos da la referencia histórica en que tuvo vigencia este concepto:

“El Estado-nación ha sido y es, en los siglos XIX y XX, el ámbito de realización de la soberanía, de la democracia representativa, incluso de la identidad como sentimiento de pertenencia en muchos casos. Pero ya no lo es en los términos en que fue concebido y desarrollado”¹¹

Globalización: Una definición interesante de globalización que encontré en “Monografías.com” en la red (internet) es la de María de los A. Pérez, “Estado y Globalización”, y reza de la siguiente manera:

“Globalización es un *proceso* económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.”

Varios analistas coinciden en que este proceso de globalización reduce las funciones del Estado nacional. También hay coincidencias mayores en que la dimensión transnacionalizadora han incidido en la soberanía de los Estados desde tres dimensiones: 1.- el nuevo orden internacional y la crisis de la soberanía en el marco de las intervenciones humanitarias; 2.- el derecho internacional; y 3.- las relaciones con las empresas transnacionales.

Se considera que la globalización empieza a darse en la década de los años ochenta del siglo XX. Hay quien piensa que la globalización es mucho más antigua, confundiéndola con el crecimiento muy amplio que tuvo en comercio internacional. Esta es una visión que parte de consideraciones

¹⁰ Cfr. John A. Hale, Editor, *Estado y Nación*, Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo, Cambridge University Press, Madrid, 2000. Uno de los participantes de este libro colectivo, Jon Juaristi, dice: “La nación... es una consecuencia del Estado nacional y éste, a su vez, lo es del nacionalismo. Tal fue, de hecho, la inicial y fecunda intuición de Ernest Gellner: *las naciones no preexisten al nacionalismo*. Son, por el contrario, obra de este último a través de su instrumento de nivelación cultural y política: el Estado Nacional.” Pág.11.

¹¹ Texto introductorio al libro de Nicolás Berggruen y Nathan Gardels, *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*, la vía intermedia entre Occidente y Oriente, Taurus, México, 2012, pág. 15. El subrayado de la palabra *proceso*, es mío, porque considero que la globalización lo es.

fundamentalmente económicas. Pero la globalización es definida más atinadamente, como un proceso impulsado por diversos factores además del económico: como son el desarrollo de los transportes y las comunicaciones, específicamente de los medios electrónicos de información; las migraciones masivas; el crecimiento del turismo y los refugiados políticos; el avance de la ciencia y la tecnología; la reivindicación y defensa de los derechos humanos y otros factores. Estos factores son las causales múltiples de la globalización.

Es muy sugerente la idea de que no se ha dado un solo proceso de globalización, sino dos, o bien la globalización ha tenido dos etapas. Los mencionados autores Berggruen y Gardells, sostienen:

“Los retos que suscita el desplazamiento global de poder contemporáneo, combinados con la velocidad del progreso tecnológico, son igual de abrumadores para las potencias ascendentes que para las que están en retroceso. A medida que intentan ajustarse al repetido impacto provocado por la transición en curso desde lo que llamamos globalización 1.0 a la globalización 2.0, todos los sistemas políticos padecen desequilibrios bajo una u otra forma.

“En las décadas transcurridas desde el final de la guerra fría, la globalización 1.0, dirigida por Estados Unidos, ha transformado el mundo tan a fondo, que la mayor libertad de circulación del comercio, de los capitales, de la información y de la tecnología suscitada ha dado paso a una nueva fase: la globalización 2.0 (...) Dado que el poder económico engendra autoafirmación cultural y política, la globalización 2.0 significa por encima de todo la interdependencia de identidades plurales, no un modelo para todos.”¹²

A mi juicio, la fase 2.0 de la globalización nos conecta teóricamente con el planteamiento de la gobernanza global que haré más adelante.

Gobernanza, es el término en castellano que existe para referirse a la acción de gobernar o gobernarse, según el *Diccionario de la lengua española*. El término gobernabilidad no existía en ese Diccionario y fue incorporado en tiempos recientes (2001) y proviene del término inglés *governability*. El concepto de gobernabilidad se desarrolló por la ciencia política estadounidense, y se refiere a la capacidad para conseguir que una sociedad no se salga de control y responda a la autoridad legalmente constituida.

La gobernanza se refiere en principio a las condiciones en las que opera el gobierno, y más específicamente, a los instrumentos jurídico-políticos y al modo en que operan, para establecer un orden en la sociedad y propiciar su progreso.

La gobernanza, pues se produce en el ámbito del gobierno, particularmente en relación con la Administración Pública (AP), y se refiere a su

¹² *Op. Cit.*, págs.. 44 y 45.

estructura, normas, recursos, dirección, procesos, y personal según Luis F. Aguilar¹³. Pero esa es sólo una parte de lo que se considera en el ámbito de la gobernanza, porque además de esas normas formales, el ámbito de la gobernanza se va ampliando y la sociedad civil va creando acuerdos y procedimientos para encauzar la acción pacífica y ordenada de los habitantes y conducir sus actividades. No todos los actos que incluye la gobernanza son los de un gobierno, sino los del concierto social que va especificando normas y maneras de atender los asuntos.

Los científicos sociales, Berggruen y Gardels, la han conceptualizado así:

“La *gobernanza* versa sobre la forma en la que se han de alinear los hábitos culturales, las instituciones políticas y el sistema económico de una sociedad para darle a su pueblo la buena vida que desea. La buena gobernanza se da cuando estas estructuras se combinan para establecer un equilibrio que genera resultados eficaces y sostenibles en interés común de todos. La mala gobernanza se da cuando las condiciones subyacentes han cambiado tanto que prácticas antes efectivas se vuelven disfuncionales o cuando adviene la decadencia a raíz de la dominación de intereses particulares organizados (o las dos cosas)”¹⁴

Como describe la *Enciclopedia de Gobernanza*, esté ámbito normativo se ubica más allá del Estado, aunque está conectado de distintas maneras con él:

“La literatura de la nueva gobernanza, echa luces sobre el rol de los mercados, las redes sociales y los actores no estatales. En ella se describe el debilitamiento de la distinción entre Estados y otros dominios del orden social. Todos los regímenes sociales y políticos parecen depender de un patrón normativo o forma de gobernanza, no importando cuan informal pueda ser. En consecuencia, el término gobernanza se refiere a un orden distinto del estatal. Estos patrones normativos surgen en la sociedad civil.”¹⁵

Por otra parte, dice Francis Fukuyama:

“Se reportó en los años noventa del siglo XX que se estaba experimentando el ocaso de la soberanía. Los poderes políticos tradicionalmente ejercidos por los Estados, estaban siendo minados por las nuevas tecnologías de información. Estas tecnologías establecían fronteras imposibles de vigilar y las reglas para su control por los Estados nacionales se podían aplicar difícilmente.

¹³ De acuerdo con Luis F. Aguilar, *Gobernanza y Gestión Pública*, FCE, México 2011, pág. 35

¹⁴ *Op Cit.* págs 42 y 43.

¹⁵ *Encyclopedia of Governance*, University of California, Berkeley, Sage Publications, pág. 371.

Algunos activistas, líderes en internet, como John Perry Barlow de la Fundación de la Frontera Electrónica (Electronic Frontier Foundation) lanzaron una “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, donde los gobiernos de los países industriales eran advertidos: “no son bienvenidos con nosotros. Ustedes no tienen soberanía que ejercer.” La economía global capitalista, reemplazará la soberanía que ejercen los gobiernos democráticos, con la soberanía del mercado...”¹⁶

Gobernanza global

Thomas G. Weiss, dice que el concepto de gobernanza global ha reemplazado al de “estudios sobre el orden mundial”, que se había venido usando en la segunda mitad del siglo XX. Este último concepto visto sobre todo desde el lente de las relaciones internacionales, había perdido de vista algunos ángulos importantes de esa relaciones, como son la variedad de actores, las redes y otros aspectos de las relaciones que ha puesto de manifiesto el proceso de globalización. Este autor define gobernanza

“como el conjunto de valores, reglas, normas, prácticas y organizaciones, formales e informales, que proveen un orden mejor en el que podemos descansar mejor que si lo hacemos solamente en estructuras e instituciones formales (...) Lograr gobernanza implica tener más protección que la que nos proporciona en forma autoritaria el Estado, en materia de valores y orden social. A cualquier nivel, gobernanza se refiere al contar con un sistema con autoridad para sostener valores, reglas, normas, procedimientos, prácticas, políticas públicas y organizaciones, a través de las cuales una entidad se conduce en asuntos comunes.”

Y se refiere a la gobernanza global, a la que se aplica en el planeta. Ella capta el conjunto de relaciones interdependientes, en la ausencia de una autoridad política suprema.”¹⁷

III. REFLEXIONES

1) La globalización no es un proceso que impacta o afecta por igual a todos los Estados nacionales. Algunos Estados llamados “metropolitanos”, obtienen mayores beneficios que los demás, y logran una dominación relativa de

¹⁶ *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2011

¹⁷ Thomas G. Weiss, *Global Governance: why?, what?, wither?* Polity Press, Cambridge, UK, 2013, pág. 98.

otros Estados nacionales normalmente dependientes de alguno de los primeros¹⁸. También hay que considerar que los Estados metropolitanos atraen migraciones amplias que les crean problemas severos en sus sistemas de empleo, salud, educativo y de otros servicios públicos. Estas migraciones que invaden sobre todo ciudades importantes de los países metropolitanos, incrementan el comercio informal en ellas y crea conflictos con el comercio organizado. Este último es un fenómeno que no sólo ocurre en ciudades importantes de países metropolitanos, sino también en ciudades grandes de países dependientes como los de América Latina, en donde hemos visto proliferar el comercio informal.

El sociólogo Latinoamericano Octavio Ianni nos dice al respecto:

“El alcance mundial del capitalismo, previsto desde sus inicios, se desarrolla de manera particularmente abierta en el siglo XX. Adquiere nuevas características en la época iniciada con el término de la segunda guerra mundial, cuando la emergencia de estructuras mundiales de poder, decisión e influencia anuncian la redefinición y decadencia del estado-nación”¹⁹

2) El poder que consiguen el gobierno y el Estado en cada país, hay que verlos como formalizados y legitimados. El poder en la concepción de la gobernanza expuesta y, muy claramente, en la gobernanza global, no es un poder político sino un poder social, que se relaciona con el político abriendo paso a formas específicas de acuerdos sociales, que amplían en diversos sentidos el pacto social de cada nación y del concierto de naciones.

En el ámbito de la gobernanza se captan decisiones colectivas que han sido desarrolladas establemente, con orden y satisfacción de quienes participan en ellas. También nos habla de un espacio en el que se generan acuerdos sobre relaciones humanas conflictivas o que tienen dificultad para desenvolverse pacífica y equitativamente. Esto ocurre a nivel de un Estado nación o en el plano internacional; y genera la creación de procedimientos y normas para que esas relaciones fluyan más armónicamente, que si se dejaran a la sola arbitrariedad del acontecer o del mercado. Esos acuerdos, procedimientos y normas sociales, pueden irse incorporando a leyes forma-

¹⁸ Pier Paolo Portinaro, en su libro *Estado, Léxico de la política*, tomando el análisis de Emmanuel Wallerstein, habla de Estados centrales y Estados Periféricos. Estos últimos se caracterizan por su debilidad y señala: “En las zonas periféricas, los Estados no son un producto evolutivo autóctono, sino a los sumo el resultado de una exportación confinada, ocurrida en la época del colonialismo, o bien el fruto de una adaptación de ordenamientos institucionales del más variado origen, a modelos de democracia constitucional.” Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 19.. , pag. 151

¹⁹ Octavio Ianni, *La Sociedad Global*, Siglo XXI Editores, México, 1998, págs. 12-13.

les en países o conjuntos de países. Lo primero se da en los procesos legislativos de cada país y lo segundo, cuando se firman tratados internacionales. Digamos que es una especie de proceso legislativo natural que parte de los acuerdos sociales que se pueden llegar a convertir en normas formales a nivel nacional o internacional. Esta noción queda muy clara en la siguiente idea de gobernanza que nos presenta Thomas Weiss:

“Mi definición de gobernanza global es la de un conjunto de esfuerzos colectivos para identificar, entender o acometer problemas mundiales que se presentan, más allá de las capacidades de Estados individuales para resolverlos. Puede ser útil pensar en la gobernanza global como la capacidad, dentro de un sistema internacional, para proporcionar servicios y bienes públicos, en ausencia de un gobierno mundial. Entonces, es la combinación de valores, normas, procedimientos, prácticas, políticas públicas, formales e informales, que frecuentemente proveen un grado deseable de orden, estabilidad y predictibilidad global.”²⁰

3) Las empresas transnacionales y específicamente las financieras y de telecomunicaciones, se montan fácilmente en el proceso de globalización y no respetan fronteras de los Estados nación. Estas empresas elabora una serie de normas desde sus matrices metropolitanas, que imponen con su fuerza en los Estados nacionales. Lo hacen a través de contratos y en la operación de sus filiales en países dependientes, que solamente pueden adherirse a esas reglas si quieren recibir la inversión que ofrecen estas empresas y crear empleos.

4) La influencia internacional en todos los países del orbe, se da claramente en materia de Derechos Humanos y en el ámbito del comercio, para señalar dos ámbitos de la mayor importancia. En el primero de ellos, la influencia es muy positiva y logra transformar algunas normas fundamentales como lo hizo en México, la reforma de los Derechos Humanos de 2011. Esta reforma está transformando las leyes y las instituciones del Estado Mexicano. En el campo comercial, las reglas que se imponen, son fundamentalmente favorables a las empresas metropolitanas.

Los Estados nacionales en general y particularmente los de las áreas periféricas, se ven afectados en algunos de sus órganos y funciones como son las de control de sus sistemas bancario, financiero, aduanal, fiscal, de telecomunicaciones, laboral, comercial, educativo, de justicia, transporte y otros. Hay que analizar en cada caso y en cada ámbito de los descritos, si en materia de gobernanza, los países se ven positivamente impulsados por

²⁰ *Op. Cit.* Pág. 99.

las reglas sociales que promueven las empresas metropolitanas o si esas reglas perjudican a los habitantes de los países dependientes. Lo que si puede decirse es que los Estados nacionales controlan cada vez menos los ámbitos mencionados, o buena parte de ellos, y por tanto se pone en duda su soberanía, o su capacidad para ejercerla. Algunos órganos de los Estados nacionales incluso desaparecen o reducen notablemente su actividad, en virtud de que las decisiones que antes tomaban están siendo tomadas en los Estados metropolitanos o en las matrices de las empresas transnacionales.

5) Los Estados nacionales y las organizaciones multiestatales (como la ONU y sus agencias), comparte cada vez las actividades y aún las decisiones que estaban antes reservadas exclusivamente a ellos. En veces esta participación de actores sociales en la toma de decisiones y aún en la ejecución de políticas públicas, puede resultar beneficiosa. Pero hay otras en que esta participación se da en beneficio fundamental de empresas extranjeras y de poderes fácticos.

6) En cuanto a las relaciones que se desarrollan a través de la red internet, en las primeras décadas de la globalización, parecía que se iba a desenvolver una sola red global o planetaria; pero en el siglo XXI, sobre todo después de las fuertes crisis financieras de 2008 en Estados Unidos y de la que se registra en la Unión Europea poco más tarde, se han venido estableciendo redes de países con intereses comunes, como la de Estados Unidos, Canadá, México, Centroamérica y el Caribe; o la de los países sudamericanos encabezados por Brasil; o la de la UE encabezada por Alemania y Francia; la de China; La de Japón y los países de la Cuenca del Pacífico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o Eclipse del Estado?*, Marcial Pons, Madrid 2005.
- Berggruen, Nicolás & Gardels, Nathan, *Gobernanza Inteligente para el siglo XXI*, Taurus, México, 2012.
- BEVIR, Mark, Editor, *Encyclopedia of Governance*, University of California, Berkeley, SAGE publications, London, 2007.
- BEVIR, Mark, Editor, *The SAGE Handbook of Governance*, Sage Publications, London, 2011.
- CHAKRABARTY, VIDYUT & PRAKASH, Chand, *Public Administration in a globalizing World, Theories and Practices*, SAGE Texts, London, 2012.
- DURKHEIM, Emile, *De la división del trabajo social*, Schapire, Editor, Buenos Aires, Argentina, 1973

- FERRER, Aldo, *De Cristóbal Colón a Internet: América Latina y la globalización*, FCE, México, 1999.
- GELLNER, Ernest, *Cultura, Identidad y Política*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1989.
- GUIDDENS, Anthony, *Un Mundo Desbocado*, los efectos de la globalización en nuestras vidas, Taurus, Madrid, 2000.
- HALL, John A., Editor, *Estado y Nación*, Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo, Cambridge University Press, Madrid, 2000.
- HELD, David, *Un Pacto Global*, Taurus, Madrid, 2005.
- HOBBES, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- IANNI, Octavio, *La Sociedad Global*, Siglo XXI Editores, México, 1998.
- PONTINARO, Pier Paolo, *Estado, Léxico de la Política*, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 2003.
- STRAYER, Joseph, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.
- WEISS, Thomas, *Global Governance: Why? What? Wither?*, Polity Press, Cambridge, UK, 2013.

GOBERNANZA EN EL SISTEMA FINANCIERO MUNDIAL

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de Gobernanza.* III. *Principios.* IV. *Características de Gobernanza.* V. *El papel de la Gobernanza en la Globalización.* VI. *Organismos Financieros Internacionales.* VII. *Bretton Woods.* VIII. *Fondo Monetario Internacional.* IX. *Banco Mundial.* X. *Acuerdos coordinados entre las Instituciones Internacionales.* XI. *Reflexiones Finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En el siglo XIX la tendencia del Derecho Mercantil se encuentra enmarcada dentro del nuevo impulso de la “*Gobernanza Global*” la cual tiene como antecedente el tratado de Bretton Woods en donde surgen organismos como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y finalmente el acuerdo GATT que posteriormente se convierte en la Organización Mundial del Comercio.

El término “*Gobernanza*” fue empleado por primera vez en Francia en el siglo XII como expresión técnica para asignar la administración de jurisdicciones o dominios. Al igual que la palabra gobierno, viene de “timón” en latín y expresa la idea de “conducir”. Cruzó después el canal hasta Gran Bretaña para significar el método de organización del poder feudal, que

* Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora Titular por oposición de Derecho Mercantil, Derecho Económico e Historia del Pensamiento Económico en Estudios Profesionales, Derecho Mercantil y Derecho Financiero en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM. Distinción Catedrática UNAM. Investigadora Titular por oposición en el área de Derecho Mercantil en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Emérita*. Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel III del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

suponía la existencia de señoríos adyacentes entre los que tenía que haber cohesión. No había un poder central

como tal sino un ente, *primus inter pares*, cuyo propósito era resolver controversias por medios pacíficos y procurar que los intereses en conflicto se conciliaran mediante consultas con los interesados.

El concepto de gobernanza desapareció en el siglo XVI con el surgimiento del Estado, porque los dos conceptos, “gobernanza” y “gobierno” son diferentes. En la gobernanza desaparece la dimensión política que tiene “gobierno”. Esta última corresponde a los estados-nación que surgieron con la paz de Westfalia y a sus respectivos sistemas de gobierno, legitimidad y representación. La gobernanza es un proceso de adopción de decisiones que, a través de la consulta, el diálogo, el intercambio, el respeto mutuo y al derecho nacional, apunta a asegurar la coexistencia y, en algunos casos, la coherencia entre puntos de vista diferentes y a veces discrepantes.

II. CONCEPTO DE GOBERNANZA

El vocablo “gobernanza” actualmente hace referencia a una nueva forma de gobernar, busca la equidad y la igualdad. Viene utilizándose desde la década de 1990 para designar la eficacia, calidad y buena orientación del Estado, lo que proporciona su legitimidad y se puede definir como una nueva forma de “gobernar” en la globalización. La rápida difusión del vocablo parece insinuar un cambio en las relaciones de poder, como si fuera insuficiente ya el concepto clásico de gobierno para explicar las transformaciones que se han ido produciendo, que no obedece a una subordinación jerárquica, sino a una integración en red, lo que se ha denominado “redes de interacción”.

La gobernanza busca describir una transformación sistémica compleja, que se produce a distintos niveles, local, mundial y en distintos sectores público, privado y civil.

El término gobernanza se define como arte o manera jurídica que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad y el mercado de la economía.

La gobernanza global refiere a la regulación de relaciones interdependientes en ausencia de una autoridad política global, o sea, la relación entre estados independientes.

La palabra *gobernanza* se utiliza como sinónimo de dirección política y actualmente su nuevo atractivo y la correspondiente extensión semántica se debe a su capacidad de abarcar la totalidad de las instituciones y relaciones implicadas en el proceso de gobierno, vinculando el sistema político con su entorno¹.

Para Pascal Lamy, ex director general de la OMC, al considerar que la OMC es un laboratorio para gobernanza mundial, afirma que la gobernanza es un proceso de adopción de decisiones que, a través de la consulta, el diálogo, el intercambio y el respeto mutuo, apunta a asegurar la coexistencia y, en algunos casos, la coherencia entre los puntos de vista diferentes y a veces discrepantes, para la cual se hace necesario buscar una base de acuerdo e implantándola hasta que aparezca la posibilidad de una acción conjunta².

El concepto de gobernanza en la actualidad alude a un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico pero también del mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción del Estado y los actores no estatales en el interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado. Implica un cambio de sentido de gobierno, un nuevo método conforme al cual se gobierna la sociedad.

Para Kooiman y Van Vliet el concepto de *gobernanza* apunta a la creación de una estructura o un orden que no se puede imponer desde el exterior, sino que es el resultado de una interacción de una multiplicidad de agentes dotados de autoridad y que influyen los unos en los otros. La gobernanza no se caracteriza por la jerarquía, sino por la interacción de actores cooperativos autónomos y por redes entre organizaciones³. Koomai por su parte propone definir a gobernanza como “los patrones y estructuras que emergen en un sistema sociopolítico, como el común resultado de los esfuerzos de intervención interactiva de todos los actores implicados”.

De acuerdo con el criterio de Antonio Natera, la *Gobernanza* se refiere a las estructuras y procesos mediante los cuales los actores políticos y sociales llevan a cabo prácticas de intercambio, coordinación, control y adopción de decisiones en los sistemas democráticos.

¹ Natera Peral, Antonio. “Nuevas estructuras y redes de gobernanza”, *Revista Mexicana de Sociología* 67 Núm.4 (octubre-diciembre, 2005), México. p.756

² Lamy, Pascal “La OMC: Laboratorio para la Gobernanza Mundial” Conferencia Malcolm Wiener, Facultad de Administración Pública John F. Kennedy, Universidad de Harvard.

³ Natera Peral, Antonio, “Nuevas estructuras y redes de gobernanza. Nuevas estructuras y redes de gobernanza”, *Revista Mexicana de Sociología*, 67 Núm.4 (octubre-diciembre, 2005), México. p.759

III. PRINCIPIOS

La buena gobernanza promueve la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero.

El sistema de las Naciones Unidas promueve la buena gobernanza a través de diferentes vías. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en el que apoya activamente los procesos nacionales de transición democrática.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA GOBERNANZA

- Legitimidad: se refiere a que está reconocido por alguna autoridad.
- Transparencia: se refiere a que las decisiones que se llevan sean conforme a las leyes establecidas.
- Responsabilidad: el buen gobierno, requiere que las instituciones y los sistemas sirvan a todos los grupos de interés.
- Equidad: consiste en asegurar que todos los miembros se sientan parte de la misma y no se sientan excluidos.
- Eficacia: se refiere a que un buen gobierno alcance sus objetivos mediante sus procedimientos y estrategias implantadas.

La buena gobernanza es el escenario idóneo para la distribución de manera equitativa de los beneficios del crecimiento económico.

V. EL PAPEL DE LA GOBERNANZA EN LA GLOBALIZACIÓN

La gobernanza se considera buena y democrática en la medida en que las instituciones y los procesos de cada país sean transparentes. Los procesos incluyen actividades fundamentales como elecciones de procesos legales, los cuales deben estar exentos de corrupción y deben ser responsables ante el pueblo. El cumplimiento de esta normativa se ha convertido en un conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar y medir la credibilidad y el respeto de los países. Además apoya las campañas públicas de información y fomenta y entabla el diálogo; facilita las redes de conocimientos y la divulgación de información sobre las prácticas idóneas.

Al entender la globalización como un proceso complejo que varía en el tiempo, y que afecta indistintamente a los sectores de producción de los

países y puede alterar los entornos nacionales bajo diferentes esquemas, se hace necesario analizar cómo se ha presentado tanto en el ámbito comercial como en la información, capital, bienes, servicios e ideas plasmadas a través de la integración de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y Organización Mundial del Comercio (OMC).

Actualmente, la globalización de los mercados financieros integrados por empresas constituidas por capital, bienes o servicios e información tratan de conseguir fondos de cualquier país, y no limitarse a los mercados financieros domésticos, ni tampoco los inversionistas de un país que se encuentran restringidos a invertir en el mismo.

Cabe resaltar que los factores que llevan a la integración de los mercados financieros a nivel mundial son:

1) La liberalización de los mercados y de las actividades de los participantes en los mismos dentro de los principales centros financieros del mundo.

2) Los avances tecnológicos para monitorear los mercados mundiales, ejecutar órdenes y analizar las oportunidades financieras.

3) La institucionalización cada vez mayor de los mercados financieros.

En cualquier mercado global y operativo se requiere tener un entorno legal que resuelva adecuadamente los aspectos de seguridad y privacidad, tendente a proporcionar validez jurídica en la prestación de los servicios financieros, con el fin de evitar la aparición o consolidación de leyes nacionales restrictivas o incompatibles que dificulten el comercio a partir de la internacionalización de los mencionados servicios.

Por esto, la internacionalización de los servicios financieros pretende favorecer la implantación de sistemas financieros más estables y eficaces por cuanto alude a la introducción de normas y prácticas internacionales, donde destaca la calidad, eficiencia y alcance de estos servicios, facilitando fuentes más estables de fondos a partir de la eliminación del trato discriminatorio que existe entre los proveedores extranjeros de servicios financieros y los nacionales, así como en la supresión de los obstáculos al suministro transfronterizo que revisten esta clase de servicios, permitiendo con tales acciones abrir las puertas para la entrada de proveedores extranjeros en el mercado doméstico.

La internacionalización del capital da lugar a corrientes de capital menos distorsionadas y volátiles al tiempo que promueve la estabilidad del sector financiero, en un mercado tanto interno como internacional, a partir de los lineamientos establecidos por el BM, FMI y la OMC, ésta última establece los principios que debe seguir el sector de servicios financieros a través del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), permitiendo

con esto a los países otorgar una credibilidad adicional a sus planes de liberalización del sistema financiero⁴.

La gobernanza a nivel mundial en el sistema financiero se manifiesta a través de tres organismos: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. Estos organismos creados en el ámbito financiero, comercial, económico y político, buscan la adopción de decisiones a través de la consulta, el diálogo, el intercambio, el respeto mutuo entre diferentes Derechos Nacionales; tratan de obtener acciones conjuntas que los beneficien ante la perspectiva de la globalización que pone de manifiesto intereses comunes.

La internacionalización de los servicios financieros facilita fuentes más estables a partir de la eliminación del trato discriminatorio que existe entre los proveedores extranjeros de servicios financieros y los nacionales; y fomenta la supresión de los obstáculos al suministro transfronterizo que revisen esta clase de servicios.

VI. ORGANISMOS FINANCIEROS INTERNACIONALES

La existencia de organismos y acuerdos internacionales son precisiones jurídicas de las relaciones que se establecen a nivel mundial. Su objetivo es producir un efecto de carácter económico o regular las actividades en un ámbito económico, monetario o financiero que va más allá de lo estrictamente nacional.

Según el vínculo jurídico creado que afecte a dos o más países se tratará de entidades o acuerdos bilaterales o multilaterales. Estos últimos a su vez dan lugar a instituciones supranacionales o intergubernamentales, según tengan una personalidad jurídica separada o constituyan un marco al que las partes intervinientes acuerdan tener sus respectivas políticas nacionales en el área objeto del acuerdo intergubernamental. El conjunto de estas instituciones forman una red que condiciona de modo fundamental el desarrollo integral de los países y de la economía internacional. Los organismos financieros internacionales son parte esencial de esa red. Su actividad está orientada a la financiación del desarrollo global, la estabilidad financiera, la cooperación financiera o el desarrollo regional⁵.

⁴ Quintana Adriano, Elvia Arcelia “Los servicios financieros en México y la OMC”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 111, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

⁵ Calvo Hornero, Antonio, *Organismos Financieros Internacionales: Bancos Regionales de Desarrollo e Instituciones Financieras Multilaterales*, UNED.

Las Organizaciones Internacionales gozan de personalidad jurídica, esto es, de la capacidad de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de sistemas jurídicos concretos: nacional e internacional. Ahora bien, a diferencia de los Estados, sujetos soberanos y jurídicamente iguales que poseen una personalidad jurídica plena y general, la personalidad de las Organizaciones Internacionales se ve afectada por el principio de especialidad que “inspira” y “determina” todo su régimen jurídico: en otras palabras, la existencia de estas organizaciones va a estar “limitada” a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal como aparecen enunciados y descriptos, o que puedan deducirse, de los tratados constitutivos⁶.

Llamamos Organización Internacional a toda asociación de Estados que adopte una estructura orgánica permanente⁷. Estas asociaciones se ven identificadas por cuatro rasgos esenciales:

- Conformadas esencialmente por los Estados.
- Creadas por un tratado o acuerdo multilateral, o bien, por una resolución de una organización internacional ya existente.
- Posesión de una estructura orgánica permanente
- Una personalidad jurídica propia

Los Organismos Financieros Internacionales son instituciones de desarrollo cuya meta es reducir la pobreza promoviendo el crecimiento económico sostenible a través de asistencia técnica y apoyo financiero.

Los organismos financieros internacionales pueden tener carácter supranacional o intergubernamental y son diferentes de las denominadas ONGs (Organizaciones no Gubernamentales) que también disponen de una estructura institucional, pero en lo que no participan Estados o Administraciones Públicas, constituyendo asociaciones que pueden reunir a personas físicas o jurídicas de carácter público o privado, de un solo Estado o de diferentes Estados. Estas últimas son personas jurídicas que se constituyen y se mueven en el ámbito del derecho privado, en tanto que los organismos internacionales pertenecen a la esfera del derecho internacional público.

La estructura de funcionamiento de los organismos financieros internacionales está diversificada, dado el elevado número de Estados participan-

⁶ Diez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1994, p.54

⁷ Barboza, Julio; *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 1999, p.533.- Siguiendo el concepto de Rogelio Moreno Rodríguez podemos definir a toda Organización Internacional como una asociación de Estados, regida por un acuerdo internacional, que establece una estructura permanente de órganos con atribuciones propias que expresan la voluntad de los Estados y dan cumplimiento a los fines para los cuales se asociaron.

tes, según su carácter supranacional⁸ con autonomía patrimonial y de decisión en el campo definido por su estatuto o su carácter intergubernamental. En ambos casos, existe un órgano supremo que es la Asamblea o Junta General, donde están presentes todos los Estados miembros participantes que adoptan las principales líneas de actuación de la organización. Para agilizar su funcionamiento se delegan algunas funciones en un órgano ejecutivo, compuesto por un número limitado de miembros.

La necesidad de establecer organismos internacionales de cooperación y de desarrollo, surge especialmente al final de la segunda guerra mundial. La Conferencia de San Francisco (1945) donde se aprobó formalmente la Carta de la Naciones Unidas, al final de la Conferencia, marca el inicio del auge de las organizaciones económicas internacionales, donde los derechos y deberes de los Estados tienen acogida.

El hecho más significativo de esta ordenación económica internacional surgió de la Conferencia de Bretton Woods en 1944. El mundo había atravesado por la amarga experiencia de dos guerras mundiales y por una profunda recesión derivada de la Gran Depresión de 1929. El nacionalismo económico y la falta de objetivos globales para hacer frente a los problemas acuciaron aún más los efectos de la recesión económica.

La ordenación económica surgida de la segunda guerra mundial hizo posible que a partir de entonces los problemas globales pudiesen ser abordados por diferentes organizaciones e instituciones internacionales, delimitándose los campos de intervención: 1. pagos internacionales, 2. comercio mundial, 3. Productos básicos, y 4. financiación del desarrollo⁹.

VII. BRETONN WOODS

Naciones Unidas realizó la Conferencia Monetaria y Financiera a la que acudieron representantes de 44 países, se reunieron en Bretton Woods, New Hampshire del 1 al 22 de julio de 1944; la idea coincidente giraba en torno a la inestabilidad de la economía consecuencia de la guerra y la cual debía prevenirse.

Al respecto, dos economistas, John Maynard Keyes y Harry Dexter White, a partir de una propuesta inicial de Gran Bretaña como parte del Lend-Lease Act, una ley americana diseñada para ayudar al citado País

⁸ Se aplica a la institución u organismo que no depende de una nación en concreto o que está por encima de una o más naciones.

⁹ Calvo Hornero, Antonio, *op. cit.*

en sus esfuerzos de reconstrucción, realizan varias negociaciones que dan como resultado el acuerdo de Bretton Woods.

Este acuerdo contiene los siguientes puntos:

- La creación de autoridades internacionales que promovieran el comercio internacional y la armonía económica.
- Se fijara la tasa de cambio entre las diversas monedas del mundo.
- Se diera la convertibilidad entre el oro y el dólar estadounidense, de tal forma que esta moneda se convertía en la reserva monetaria mundial.

La discusión se centró en dos corrientes; por un lado las ideas innovadoras de Keynes y por otro lado la posición menos ambiciosa que proponía White.

<i>Propuesta Keynes</i>	<i>Propuesta White</i>
El principio del adelanto en descubierto, y la creación de un procedimiento para otorgar créditos a países en dificultades de liquidez.	La creación de una unidad de cuenta llamada “Unitas” que a partir de una escritura contable permitía adquirir divisas.
La creación de una Unión Internacional de Compensación, facultada para dar asistencia financiera y para emitir moneda según las necesidades del comercio mundial.	Creación de un Fondo de Estabilización de los tipos de cambio, con capacidad reducida para dar créditos.
Otorgamiento de manera automática a los países deficitarios de un medio de pago internacional que se llamaría “BANCOR”.	Los créditos no serían concedidos automáticamente.
En el caso de los países excedentarios se gravaría sus saldos acreedores con bancos.	Rechazo a que los países excedentarios sean corresponsables del ajuste.
La aceptación de los controles de capitales en casos necesarios.	La prohibición y reducción de los controles de capitales.

Como ya hemos mencionado, las instituciones creadas a partir de este acuerdo son el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio que fue pilar importante para la creación de la Organización Mundial del Comercio. Adicionalmente, para el cumplimiento de esos principios básicos, se acordó un nuevo sistema monetario internacional con un nuevo esquema de tipos de cambio de las monedas más importantes del mundo, que estaría basado en el patrón orodólar. El dólar sería la moneda central o activo de reserva. Así, cada uno de los países del mundo, defendiendo el tipo de cambio de su moneda respecto al dólar liberaba a EEUU de preocuparse por vigilar el tipo de cambio

respecto a todas las demás monedas, y a éste solo le quedaba la obligación de defender el precio de su moneda respecto al oro. La paridad del dólar en relación al oro era el eje sobre el que giraría el nuevo sistema monetario internacional.

Este esquema culminó cuando el 15 de agosto de 1971, Richard Nixon, decidió la suspensión de la convertibilidad del dólar en oro; en diciembre de aquel mismo año, el estado norteamericano dispone una primera devaluación del dólar respecto del oro, 7.9%, seguida de una segunda devaluación en 1973 que acabó con todo el sistema monetario de posguerra.

El acuerdo de Bretton Woods, estuvo en funcionamiento desde 1944 para posteriormente ser reemplazado por el Acuerdo Smithsoniano, acuerdo internacional impulsado por Nixon con el fin de solucionar ciertos problemas que venían presentando el acuerdo de Bretton Woods. Desafortunadamente, este nuevo acuerdo presentaba el mismo problema estructural anterior, aunque no incluía la convertibilidad del oro/dólar, si mantenía las tasas de cambio fijas.

Los acuerdos de Bretton Woods dieron nacimiento al marco jurídico que estructuró al sistema monetario internacional y a la institución intergubernamental encargada de ejecutar esos principios jurídicos y vigilar su aplicación.

Resumiendo los principios del Acuerdo de Bretton Woods:

- 1) Igualdad entre los países miembros sin distinguir entre desarrollados y no desarrollados.
- 2) Estabilidad de los Tipos de Cambio entre los estados miembros, prohibiendo las devaluaciones competitivas.
- 3) Libertad de Cambios, prohibiéndose los controles de capitales.

El Convenio Constitutivo del FMI se firmó en diciembre de 1945. La primera Asamblea de representantes y Titulares de Bancos Centrales se celebró en Sabanah, Georgia, el 8 de marzo de 1946.

VIII. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

El Fondo Monetario Internacional fue creado en 1944 en Estados Unidos (Nueva Hampshire), iniciando sus operaciones en el año de 1946. Actualmente lo integran 188 Miembros.

1. Objetivos

Los objetivos principales del Fondo derivan en:

- a) Fomentar la cooperación monetaria internacional.
- b) Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional.
- c) Fomentar la estabilidad cambiaria, regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas.
- d) Coadyuvar a establecer un sistema multilateral de pagos.
- e) Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo.

Desde su creación, éste organismo ha tenido varias reformas en el año 1969, en 1978, en 1992, en 2009 y la última reforma en 2011. Estas han fortalecido al FMI buscando beneficiar más a los Países Miembros. Entre las más importantes podemos nombrar las siguientes:

- 1969: se creó una nueva fuente de liquidez internacional: los derechos especiales de giro.
- 1971: libre elección de régimen cambiario por cada país, prohibición de fijar una paridad con el oro.
- 1978: ubicación de las oficinas, Reuniones de la Junta de Gobernadores, Convocatoria a las reuniones de la Junta de Gobernadores, Selección del presidente y de los vicepresidentes.
- 1992: modificación de los presupuestos y auditorías.
- 2009: reforma del marco de préstamos del FMI.
- 2010: en el mes de noviembre, el aumento de las cuotas. El traspaso de las cuotas se realizó principalmente mediante una reducción de las proporciones de varias economías avanzadas y países productores de petróleo.
- 2010: reforma del mes de diciembre, “Reestructuración del FMI” reestructura la composición del Directorio Ejecutivo del FMI, mercados emergentes. Los países europeos avanzados tendrán dos directores menos, y todos los directores serán electos, y no designados. El tamaño del Directorio, que seguirá siendo de 24 integrantes, se someterá a examen cada ocho años.
Los gobernadores del FMI considerarán incrementar la flexibilidad de la que disponen los directores que representan a varios países

para nombrar un segundo Director Ejecutivo Suplente, como en el caso de los dos grupos de África subsahariana, y para toma medidas para garantizar que el número de votos en el FMI siga reflejando las nuevas realidades mundiales.

- 2011: La reforma del régimen de cuotas y representación.

2. Obligaciones de los países miembros

- a) Orientar sus políticas económicas y financieras hacia el objetivo de un crecimiento económico ordenado con razonable estabilidad de precios.
- b) Acrecentar la estabilidad económica y financiera, un sistema monetario que no tienda a producir perturbaciones erráticas.
- c) Evitar manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste de la balanza de pagos u obtener ventajas competitivas desleales frente a otros países miembros.
- d) Seguir las políticas cambiarias compatibles con las obligaciones.

3. Estructura del Fondo Monetario Internacional

El Fondo tendrá una Junta de Gobernadores, un Directorio Ejecutivo, un Director Gerente y el personal correspondiente.

La Junta de Gobernadores es el ministro de Hacienda o Gobernador del Banco; dentro de sus facultades, ha delegado la mayor parte de estas en el Directorio Ejecutivo, sin embargo, se reserva:

- a. el derecho de aprobar aumentos de cuotas,
- b. asignaciones especiales de derechos de giro (DEG),
- c. la admisión de nuevos miembros,
- d. la separación obligatoria de miembros, y
- e. enmiendas al Convenio Constitutivo y los Estatutos.
- f. elige o nombra a directores ejecutivos y
- g. es la autoridad máxima en cuestiones relacionadas con la interpretación del Convenio Constitutivo del FMI.

4. Reuniones de trabajo

Las Juntas de Gobernadores, tanto del FMI y como del Grupo del Banco Mundial, se reúnen una vez al año, examinan la labor de sus respectivas

instituciones. Las Reuniones Anuales, que se celebran en septiembre u octubre en Washington.

<i>Comités ministeriales.</i>	La Junta de Gobernadores es asesorada por dos Comités Ministeriales, el Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI) y el Comité para el Desarrollo, lo integran 24 miembros que provienen del grupo de 188 gobernadores que representan a los países miembros. El Comité para el Desarrollo es un comité conjunto, encargado de brindar asesoramiento a las Juntas de Gobernadores del FMI y del Banco Mundial en cuestiones relacionadas con el desarrollo económico de los países de mercados emergentes y en desarrollo. Este comité está compuesto por 25 miembros.
<i>Directorio ejecutivo.</i>	Este está integrado por 5 directores ejecutivos y es presidido por el Director Gerente. Los directores ejecutivos son nombrados por los cinco países miembros que tienen mayor cuota.
<i>Director – Gerente y personal.</i>	Será el jefe del personal del Fondo y, con la orientación del Directorio Ejecutivo, dirigirá los asuntos ordinarios del Fondo. Con sujeción al control general del Directorio Ejecutivo, tendrá a su cargo la organización, el nombramiento y la destitución de los funcionarios del Fondo.

5. *Comités*

El Fondo también cuenta con dos comités que no son precisamente parte de la estructura del FMI pero que ayudan a su funcionamiento. El Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI) y el Comité para el Desarrollo asesoran a la junta de Gobernadores. El CMFI está integrado por 24 miembros, que provienen del grupo de 188 gobernadores, y representa a todos los países miembros. Su estructura es similar a la del Directorio Ejecutivo y tiene 24 jurisdicciones. Su obligación de este Comité es examinar cuestiones de interés común que afectan a la economía mundial y también asesora al FMI sobre la orientación de su labor. Al término de cada reunión, el Comité publica un comunicado en el que se resumen sus opiniones. Estos comunicados brindan asesoramiento sobre el programa de trabajo del FMI en los seis meses previos a las próximas Reuniones de Primavera o Reuniones Anuales. El CMFI actúa por consenso o por votaciones formales.

El Comité para el Desarrollo está compuesto por 25 miembros (en general, por ministros de Hacienda o desarrollo). Representa a todos los países miembros del FMI y del Banco Mundial y constituye principalmente un

foro para lograr un consenso a nivel intergubernamental sobre cuestiones centrales para el desarrollo. Su labor es brindar asesoramiento a las Juntas de Gobernadores del FMI y del Banco Mundial en cuestiones relacionadas con el desarrollo económico de los países de mercados emergentes y en desarrollo.

6. Comité Monetario y Financiero Internacional (CMFI)

<i>Miembros del CMFI</i>		
Nacionalidades de los actuales miembros: 24 miembros		
Singapur(Presidencia)	China	Italia
Alemania	Emiratos Árabes Unidos	Japón
Arabia Saudita	España	Países Bajos
Argelia	Estados Unidos	Reino Unido
Argentina	Francia	Rusia
Australia	Gabón	Sudáfrica
Bélgica	India	Suecia
Brasil	Indonesia	Suiza
Canadá		

7. Comité para el Desarrollo

<i>Miembros del Comité para el Desarrollo</i>		
Nacionalidades de los actuales miembros: 25 miembros		
Polonia (Presidencia)	Estados Unidos Francia	Nueva Zelanda
Alemania	India	Países Bajos
Arabia Saudita	Indonesia	Reino Unido
Argentina	Italia	Rusia
Bahrein	Japón	Suiza
Bélgica	Marruecos	Zimbabwe
Brasil	México	
Canadá	Nigeria	
Côte d'Ivoire		
China		
Dinamarca		

8. Servicios y Programas del FMI

- *El Servicio para el crecimiento y la lucha contra la pobreza (SCLP)*
El SCLP es el servicio para el crecimiento y la reducción de la pobreza se da en caso de catástrofes y desastres naturales.

- **Servicio Ampliado Financiero (SAF)**

El SAF es el servicio ampliado financiero creado para ayudar a los países que se enfrentan a graves problemas de balanza de pagos debido a deficiencias estructurales.

- **Servicio de Crédito Rápido (SCR)**

El SCR es el servicio de crédito rápido con el propósito de proporcionar asistencia financiera a países de bajo ingreso que tienen una necesidad urgente como en catástrofes o emergencias.

- ***Servicio de Crédito Ampliado (Sca)***

El SCA es el servicio de crédito ampliado que sirve para apoyar los programas económicos de países que buscan avanzar hacia una situación macroeconómica estable y sostenible.

- ***El Servicio de Crédito Stand-By (SCS)***

El SCS es el servicio de crédito Stand- By con el objeto respaldar a los países de bajo ingreso que han logrado tener una estabilidad macroeconómica pero quizás enfrente necesidades financieras en su balanza de pagos a corto plazo.

- ***Acuerdo LCF (Línea de Crédito Flexible)***

Las Líneas de Crédito Flexible tienen el propósito de incentivar a los países a solicitar asistencia antes de que enfrenten una verdadera crisis.

- ***Acuerdos NAP***

Los Acuerdos Permanentes para las Obtenciones de Préstamos (NAP), son préstamos que se piden en caso de que los recursos del FMI sean insuficientes para ello el FMI pide un préstamo a los países e instituciones públicas que estén dispuestos a prestar recursos adicionales.

- ***Derechos Especiales de Giro (DEG)***

Los Derechos Especiales de Giro son creados en 1969 con la finalidad de complementar las reservas de los países miembros y apoyar al sistema de paridades fijas de Bretton Woods. Los DEG representan un activo potencial frente a las monedas de libre uso de los países miembros del FMI.

- *Lucha con el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (ALD/LFT)*
El programa con el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (ALD/LFT) del que forma parte el FMI participa con el objeto evaluar los marcos jurídicos y regulatorios de sus miembros, proporciona asistencia técnica y realiza estudios enfocados en las políticas. En 2009 el FMI creó un Fondo Fiduciario para Fines Específicos, financiado por varios donantes para el fortalecimiento de las capacidades en el ámbito de (ALD/LFT).

El FMI ha jugado un rol muy importante a nivel internacional con la creación de sus programas y medidas financieras que han logrado que exista un mejor funcionamiento financiero y económico internacional. Sin embargo sus actividades y programas funcionan gracias a que tiene relación con otros organismos internacionales como son la OMC y el BM.

IX. BANCO MUNDIAL

El Banco Mundial surge en 1944 con el objeto de financiar la reconstrucción de países luego de conflictos bélicos.

Actualmente el ahora conocido como el “Grupo del Banco Mundial”, tiene como facultades no solo la financiación para la reconstrucción de países después de conflictos bélicos, sino que además financia a economías en desarrollo en casos de desastres naturales, proyectos para el sector social, la lucha contra la pobreza, el alivio de la deuda y el buen gobierno.

El Grupo del Banco Mundial, una organización compleja que abarca cinco instituciones:

- *Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)* creado en 1944, que otorga préstamos a Gobiernos de países de ingreso mediano y de ingreso bajo con capacidad de pago.
- *La Corporación Financiera Internacional (CFI)* creada en 1956, que tiene como objetivo apoyar al sector privado de los países subdesarrollados a lograr un crecimiento sostenible, financiando inversiones, movilizando capitales en los mercados financieros internacionales y la prestación de servicios de asesoramiento a empresas y gobiernos.
- *La Asociación Internacional de Fomento (AIF)*, creada en 1960, que concede préstamos sin interés, o créditos, así como donaciones a Gobiernos de los países más pobres.

- En 1966 se crea el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) que lleva a cabo tareas de conciliación o arbitraje entre los distintos estados y los inversores extranjeros.
- El *Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones* (OMGI) en 1988, que promueve la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, apoya el crecimiento económico, reduce la pobreza y mejora la vida de las personas, ofreciendo seguros contra riesgos políticos (garantías) a inversores.

1. Fines del Grupo del Banco Mundial

El Banco Mundial fue establecido mediante un Convenio Constitutivo el cual establece como fines del banco los siguientes:

1. Contribuir a la obra de reconstrucción y fomento en los territorios de miembros.
2. Fomentar la inversión extranjera privada mediante garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones que hicieren inversistas privados.
3. Promover el crecimiento equilibrado y de largo alcance del comercio internacional, así como el mantenimiento del equilibrio de las balanzas de pagos.
4. Coordinar los préstamos que haga o garantice con los préstamos internacionales tramitados por otros conductos.
5. Dirigir sus operaciones con la debida atención a los efectos que las inversiones internacionales puedan tener en la situación económica de los territorios de los miembros.

Dichos fines se han enriquecido a partir de la evolución del sistema económico mundial, derivando en las instituciones integrantes del Grupo anteriormente mencionadas.

2. Objetivos del Grupo del Banco Mundial

El Grupo tiene dos ambiciosos objetivos: terminar con la pobreza extrema en el curso de una sola generación y promover la prosperidad compartida.

- Para acabar con la pobreza extrema, la meta del Banco es disminuir el porcentaje de las personas que viven con menos de US\$1,25 al

día y elevarla al 3% antes de fines de 2030.

- Para fomentar la prosperidad compartida, la meta es promover el crecimiento de los ingresos de la población de todos los países que se sitúa en el 40% inferior de la distribución del ingreso.

El Banco Mundial es una fuente fundamental de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo de todo el mundo. No se trata de un banco en el sentido usual sino de una organización única que persigue reducir la pobreza y apoyar el desarrollo.

3. Estructura del Banco Mundial

El Banco Mundial funciona como una cooperativa integrada por 188 países miembros, quienes a través de sus instituciones tienen capacidad de tomar decisiones sobre cualquier asunto ya sea político, financiero o relativo a su adhesión.

Los países miembros gobiernan el Grupo del Banco Mundial a través de la Junta de Gobernadores y el Directorio Ejecutivo. Estos órganos toman todas las decisiones importantes de las organizaciones.

Estos países o accionistas son representados por una Junta de Gobernadores, el máximo órgano responsable de formular políticas en la institución. Por lo general, los Gobernadores son Ministros de Finanzas o de

Desarrollo de los países miembros y se congregan una vez al año en las Reuniones Anuales de las Juntas de Gobernadores del Grupo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Como los Gobernadores se reúnen solo una vez al año, estos delegan deberes específicos a 25 Directores Ejecutivos que trabajan en la sede central del Banco. Los cinco principales accionistas —Francia, Alemania, Japón, Reino Unido y Estados Unidos— nombran cada uno un Director Ejecutivo y los demás países miembros son representados por los otros 20 Directores Ejecutivos electos restantes.

El presidente del Grupo del Banco Mundial, encabeza las reuniones del Directorio y es responsable de la gestión general de la institución. El Directorio Ejecutivo elige al Presidente por un período renovable de cinco años.

Los Directores Ejecutivos componen los Directorios Ejecutivos del Banco Mundial. Se reúnen normalmente al menos dos veces por semana para revisar las actividades de la institución, incluida la aprobación de préstamos y garantías, nuevas políticas, el presupuesto, las estrategias de asistencia a los países y las decisiones en materia de créditos y cuestiones financieras.

El Banco Mundial opera a diario bajo el liderazgo y la dirección del Presidente, la administración y funcionarios superiores y los Vice presidentes a cargo de las oficinas regionales, sectores, redes y funciones.

El máximo órgano rector del BM es la Junta de Gobernadores. Cada país miembro designa un Gobernador (generalmente el ministro de Economía o el presidente del Banco Central). Esta Junta se reúne como mínimo una vez al año y aunque decide formalmente las políticas de Banco al más alto nivel los gobernadores prácticamente no participan del quehacer diario del Banco. Cuando adoptan decisiones suelen seguir las recomendaciones del personal técnico y del

Directorio Ejecutivo del Banco. Este Directorio es el que controla la política diaria del Banco y aprueba los préstamos después de una compleja y dilatada secuencia de informes y evaluaciones.

Finalmente, el Directorio Ejecutivo tiene una autoridad máxima, que es a la vez el presidente del BM. Desde su fundación, el Banco ha tenido siempre presidentes de nacionalidad norteamericana, reflejando así el peso específico de esa nación en el aporte de fondos y en las políticas del Banco.

Los fondos de que dispone el Banco para financiar sus préstamos e inversiones provienen fundamentalmente de dos fuentes:

- Los aportes de los diferentes países miembros bajo la forma de capital integrado, que es el dinero que los gobiernos de los países miembros dan directamente al Banco y el capital exigible, que es el que los países se comprometen a otorgar cuando el Banco se lo solicite.
- Los recursos financieros captados por el Banco en el mercado financiero internacional, mediante la emisión de bonos que, a su vez, tienen por garantía el capital aportado por los diferentes países miembros.

4. Operación del Banco Mundial

Esta institución no funge el papel de un banco convencional, sino de una organización única que persigue reducir la pobreza y apoyar el desarrollo al otorgar préstamos con bajo interés, créditos sin intereses y donaciones a los países en desarrollo. Algunos de estos proyectos se cofinanancian con Gobiernos, otras instituciones multilaterales, bancos comerciales, organismos de créditos para la exportación e inversionistas del sector privado, entre otros. También entrega financiamiento mediante asociaciones de fondos fiduciarios con donantes bilaterales y multilaterales.

El Banco Mundial realiza préstamos a países, aunque algunas afiliadas del Banco pueden proveer apoyo directo a negocios privados y organizaciones sin ánimo de lucro. Países con ingresos medios (usualmente con ingresos per cápita entre US\$1,506 y US\$5,445), y países de menores ingresos con algún tipo de “solvencia” piden préstamos al BIRD (Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo), mientras que los países más pobres (con ingreso per cápita inferior a US\$885) piden préstamos a la IDA (Asociación Internacional para el Desarrollo). Los préstamos de la IDA son libres de interés pero los beneficiarios deben pagar una suma menor al 1% del préstamo por concepto de costos administrativos.

La IFC (Corporación Financiera Internacional) ofrece financiación de proyectos en el sector privado en países en vías de desarrollo a través de préstamos y capital financiero movilizando mercados internacionales. Cuarenta por ciento de la inversión de la IFC se da en el sector financiero.

MIGA (Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones) provee garantías y seguros en riesgo político a inversionistas privados y prestamistas para fomentar la Inversión Extranjera Directa (IED) en países en vías de desarrollo.

Se puede decir que dependiendo del tipo de proyecto en el que se requiera solicitar apoyo, es la institución del Banco Mundial a la cual debe de acudirse.

Para poder solicitar apoyo, las economías deben ser miembros del Banco Mundial. Conforme a lo dispuesto en el Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, (BIRF) si un país desea ser miembro del Banco primero debe adherirse al Fondo Monetario Internacional (FMI). Para ser miembro de otras organizaciones como la AIF, la IFC y el MIGA primero hay que ser miembro del BIRF.

Así, los miembros sólo podrán operar con el Banco Mundial a través de sus tesorerías, bancos centrales, fondos de estabilización u otras agencias fiscales similares, y el Banco podrá operar con los miembros únicamente a través de dichos organismos.

El Banco Mundial puede otorgar créditos a cualquier miembro o subdivisión política de éste, o a cualquier empresa comercial, industrial o agrícola en los territorios de un miembro y cuyo organismo, aceptable para el Banco Mundial, ofrezca plena garantía con respecto al reembolso del capital, al pago de intereses y otros gastos derivados del préstamo, así como evaluando una adecuada tasa de interés y plan de amortización adecuado al proyecto en cuestión. Además, tomando disposiciones a fin de asegurar que el importe del préstamo se destine únicamente a los fines para los cuales fue concedido y en el tipo de moneda en el que fue acordado.

Los préstamos que el Banco Mundial llegue a efectuar, se regularán mediante un contrato determinará los términos y condiciones que regirán para el pago de intereses y amortización, el vencimiento y las fechas de pago de cada préstamo. Determinará también la tasa, términos y condiciones referentes a las comisiones que se cargarán a dichos préstamos, la moneda o las monedas en que los pagos contractuales deberán efectuarse al Banco Mundial y cuando se trate de préstamos concedidos, los contratos respectivos deberán disponer que los pagos por concepto de intereses, otros cargos y amortización, se efectuarán en la misma moneda prestada. El monto total vigente y pagadero al Banco en una moneda cualquiera, no podrá exceder en ningún momento del monto total de los préstamos pagaderos en esa misma moneda.

Si alguno de los miembros acreedores de dicho préstamo, tuviera una reducción de divisas, puede solicitar al Banco Mundial que se moderen las condiciones de pago. El Banco podrá, a su discreción, hacer arreglos con el miembro respectivo para aceptar el pago del servicio del préstamo en la moneda de dicho miembro por períodos que no excedan de tres años y en términos convenientes respecto al uso de esa moneda y el mantenimiento de su valor de divisas, así como para la recompra de esa moneda en condiciones adecuadas.

Al conceder una garantía sobre un préstamo, el Banco Mundial cobrará una comisión pagadera periódicamente sobre el saldo vigente del préstamo a una tasa que el Banco determine. Durante los primeros diez años de las operaciones del Banco, esta tasa no podrá ser inferior al 1% ni superior al 1,5% anual. Al término de este periodo de diez años, la tasa de comisión podrá ser reducida por el Banco para los saldos vigentes de préstamos ya concedidos, así como para futuros préstamos, siempre que la reserva acumulada por el Banco, fuera considerada por él como suficientes para justificar esa reducción.

En casos de falta de pago de préstamos que el Banco hubiere concedido o garantizado deberá hacer todos los arreglos factibles a fin de liquidar las obligaciones derivadas de esos préstamos y los pagos de obligaciones del Banco deberán ser cargados: primero, a la reserva especial, y en seguida, a otras reservas, utilidades y capital disponible del Banco. Además, si el Banco Mundial cree que una insolvencia puede ser de mayor duración, puede exigir el pago de un monto adicional de las suscripciones insolutas que no exceda, en un año, del 1% de las suscripciones totales de los miembros.

Todo este proceso que realiza el Grupo del Banco Mundial para dar financiamiento y cumplir con su cometido ha sido presa de múltiples críticas, sobre todo, aquellas en las que la sociedad o grupos vulnerables de la socie-

dad se ven afectadas, y es precisamente en este punto donde factores como la corrupción fracturan y el conflicto de intereses de quienes mayor ingreso poseen, todavía no permite que la transparencia de este tipo de organismos internacionales se vea reflejada tal y como la gobernanza así lo estipula en la manera de promover la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero.

Y es que si bien, el Grupo del Banco Mundial como institución que posee personalidad jurídica, tiene como misión favorecer las condiciones de igualdad en los países, eliminar pobreza y fomentar el crecimiento de ingreso de la población, factores como corrupción, pobreza y violencia, representan todavía una amenaza para la buena gobernanza.

X. ACUERDOS COORDINADOS ENTRE LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Las instituciones internacionales juegan un rol muy importante a nivel mundial con la creación de programas y medidas comerciales y financieras que han logrado que exista un mejor funcionamiento financiero y económico internacional. El apoyo y la cooperación entre ellas permiten que trabajen juntas hacia el logro de los mismos objetivos, teniendo igualdad de jerarquías en cada uno de los ámbitos que les compete, fomentando con esto una adecuada gobernanza a nivel mundial.

A continuación mencionaremos los principales acuerdos que se han celebrado entre estas instituciones:

El acuerdo cooperación del FMI celebrado con la OMC en 1996:

- Primero, establece la base para el cumplimiento del mandato ministerial de la OMC de alcanzar una mayor coherencia en la formulación de la política económica a escala mundial, cooperando con el FMI así como con el Banco Mundial;
- Segundo, al reconocer la convergencia de las tareas y responsabilidades del FMI y la OMC, el Acuerdo crea canales de comunicación para velar por que los derechos y obligaciones de los Miembros sean parte integrante de la filosofía de cada organización.
- Tercero, en pro del fortalecimiento de la cooperación, el Acuerdo concede recíprocamente al FMI y la OMC la condición de observador en algunos órganos rectores de la otra organización.

Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y el Grupo del Banco Mundial

Coordinación de alto nivel: Durante las Reuniones Anuales de las Juntas de Gobernadores del FMI y el Banco Mundial, los gobernadores se consultan y presentan la opinión de sus países acerca de cuestiones actuales de las finanzas y la economía internacionales.

Deliberaciones de los directivos: El Director Gerente del FMI y el Presidente del Banco Mundial se reúnen con regularidad para deliberar acerca de los temas más importantes.

Colaboración del personal: El personal técnico del FMI y del Banco colabora estrechamente en la asistencia a los países y en cuestiones de política económica relevantes para ambas instituciones.

Reducción de la carga de la deuda: El FMI y el Banco Mundial también están colaborando para reducir la carga que impone la deuda externa a los países pobres más endeudados en el marco de la Iniciativa para la Reducción de la Deuda de los Países Pobres Muy Endeudados (PPME) y la Iniciativa para el Alivio de la Deuda Multilateral (IADM).

Reducción de la pobreza: En 1999, el FMI y el Banco Mundial adoptaron el enfoque del Documento de Estrategia de Lucha contra la Pobreza (DELP): una estrategia encabezada por los países para establecer una vinculación entre las políticas nacionales, el apoyo de los donantes y los resultados que deben alcanzarse en materia de desarrollo a fin de reducir la pobreza en los países de bajo ingreso.

Seguimiento de los avances de los ODM: Desde 2004, el FMI y el Banco Mundial han trabajado en forma conjunta en la elaboración del informe *Global Monitoring Report* (GMR). En este informe anual se evalúan los avances relativos a las políticas y medidas necesarias para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas.

Evaluación de la estabilidad financiera: El FMI y el Banco Mundial también trabajan en forma mancomunada para que el sector financiero de los países miembros sea flexible y esté bien reglamentado. En 1999 se puso en marcha el Programa de Evaluación del Sector Financiero (PESF) con objeto de identificar los puntos fuertes y débiles del sistema financiero de un país y recomendar, en consecuencia, las medidas de política apropiadas.

El FMI se ocupa de cuestiones macroeconómicas, mientras que el Banco Mundial se concentra en el desarrollo económico a largo plazo y en la reducción de la pobreza.

XI. REFLEXIONES FINALES

1. Todas las normas que han emanado tanto el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, son normas consensadas por todos los Miembros integrantes de dichos organismos, siguiendo los principios establecidos en sus Estatutos Constitutivos; por lo que, *la adopción de decisiones asegura la “legitimidad de las normas”*.

2. El consenso de todos los Miembros para la adopción de decisiones asegura la *legitimidad*.

3. La *Gobernanza Mundial* exige intensos debates y negociaciones, es la razón de *revisar la estructura institucional de los Organismos*.

4. Ambos Organismos son *fóros permanentes de negociación* debe revisarse los niveles y formas de decisiones.

5. El proceso de revisión puede hacerse en etapas múltiples.

6. El *seguimiento y vigilancia* para exigir el cumplimiento de las decisiones, debe buscar la transparencia y el examen de las políticas financieras y de financiamientos, buscando siempre el equilibrio para las economías emergentes.

LA CONSOLIDACIÓN DE LA GOBERNABILIDAD LABORAL Y EL NECESARIO TRÁNSITO A LA BUENA GOBERNANZA LABORAL¹

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *De la gobernanza a la buena gobernanza.*
III. *La buena gobernanza laboral.* IV. *Los retos de la gobernabilidad laboral en México.* V. *La buena gobernanza laboral en México: un modelo por construir.* VI. *Consideraciones generales.*

I. INTRODUCCIÓN

El gobierno entendido como un orden jerárquico basado en la autoridad, que en ocasiones parece alejado de la sociedad o incluso en contra de ésta, poco a poco ha dado lugar a una necesaria buena gobernanza caracterizada por el diálogo, la negociación, y el consenso entre Estado y sociedad (II). Buena gobernanza que se ha manifestado y ha sido promovida en el ámbito laboral (III). En el caso de nuestro país, es necesario hablar en primer lugar de ciertos problemas de gobernabilidad laboral (IV) para poder estudiar los tres presupuestos fundamentales en materia de buena gobernanza laboral (V), lo cual nos permitirá hacer una serie de consideraciones generales (VI).

II. DE LA GOBERNANZA A LA BUENA GOBERNANZA

La gobernabilidad implica estabilidad política y condiciones básicas para la toma de decisiones públicas. Involucra la existencia de instituciones capaces de reconocer y enfrentar problemas. Se fomenta y fortalece la misma, a través de políticas públicas coherentes que responden a las necesidades de cada país. La gobernabilidad es la manifestación de la estabilidad institucional y política, así como efectividad en la toma de decisiones y en la administración del Estado.

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinador del área de derecho social del propio Instituto.

Por su parte, el término “gobernanza”, lejos de lo que se pudiera pensar, no es un neologismo, sino un antiguo término de raíz latina que había desaparecido del lenguaje corriente. Esta palabra remite a “gobierno”. Por ejemplo, para el *Diccionario de la Real Academia Española*, la gobernanza es la “acción y efecto de gobernar o gobernarse”.

La gobernanza se aleja de la noción “gobierno” como sinónimo del añeo orden jerárquico, es decir, el modelo tradicional de autoridad estatal, para dar paso a una modalidad “horizontal”, basada en el diálogo, la negociación y el consenso. Debe señalarse también, que si bien la gobernanza nace bajo la crítica al Estado proveedor, caro, ineficaz, vertical e intervencionista, para algunos autores ha implicado un acercamiento a un Estado que renuncia al paternalismo redistributivo, que privatiza servicios y que colabora en un plan de igualdad con los privados.²

Lo cierto es que hoy en día, a las constantes crisis mundiales han vuelto a traer a debate el papel del Estado en la gobernanza y su lugar central como agente regulador de los mercados financieros y de las políticas sociales, que para nada hace pensar en la declinación del Estado social. Por otro lado, la buena gobernanza ya no parte de la dominación ni la violencia legítima, sino, de la negociación y la cooperación con otros entes, que pueden actuar en concertación con el Estado y que pueden reforzarlo.³

En 1995, la *Commission on Global Governance* europea entendía la gobernanza como la manera en que los individuos e instituciones públicas y privadas gestionan intereses comunes así como conflictivos, bajo un esquema de cooperación y negociación permanentes. Para el año 2000 la misma Comisión Europea en su *Libro Blanco de la gobernanza europea*, entiende a la gobernanza como un conjunto de reglas, procesos y comportamientos basados en la apertura, participación, responsabilidad, eficiencia y coherencia.⁴

² Kagancigil, Ali, “Apprivoiser la mondialisation: vers une régulation sociale et une gouvernance démocratique”, en: Milani, Carlos; Arturi, Carlos; Solini, Germán (Dir.) *Démocratie et gouvernance mondiale. Quelles régulations pour le XXIe siècle?*, París: UNESCO, 2003, p. 49-65; Zurbriggen, Cristina, “Gobernanza; una mirada desde América Latina”, *Revista Perfiles Latinoamericanos*, Flacso, México, diciembre 2011, pp. 64-39; Zurbriggen, Cristina, “De la gobernanza neoliberal a la gobernanza del bien público. Los servicios del agua en América Latina”, *Revista Estado y Políticas*, No.2, Flacso, Argentina, 2014, pp. 47-64; Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público*, UNAM, México, 2010, pp. 53 y ss.

³ OIT/Cinterfor. *Diálogo social y gobernanza en la era del “estado mínimo”*, Montevideo, 2005. (Papeles de la oficina técnica, 16). p. 13.

⁴ Comission European Governance—a white paper, COM (2001) 428 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&rId=2> (Consultado el 8 de octubre de 2014.)

En la segunda mitad de los noventa, la “buena gobernanza” comienza a asociarse con la optimización del funcionamiento del sistema político-administrativo, así como con la reforma de la función pública (la transparencia, la responsabilidad administrativa), elecciones “libres y justas”, sistema de partidos “razonablemente bien organizado y competitivo”, protección de las libertades públicas y derechos fundamentales, estímulo a la sociedad civil y a la formación de grupos de interés con participación activa en los asuntos públicos.⁵

III. LA BUENA GOBERNANZA LABORAL

La buena gobernanza implica la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad, la democracia y el respeto de las libertades fundamentales. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 (*Declaración sobre la Justicia Social*) considera que son cuatro los convenios internacionales que revisten mayor importancia en relación con la gobernanza:⁶

1. El Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81).
2. El Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122).
3. El Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).
4. El Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

Como se puede apreciar, los convenios se refieren al tripartismo, a la política de empleo y a la inspección del trabajo. Para la OIT la promoción constante del trabajo decente requiere crear potencial e instituciones nacionales capaces de promover el empleo, amén de fortalecer los sistemas nacionales a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y consultas tripartitas (*Declaración sobre la Justicia Social de 2008*).

⁵ Rosenbaum, Allan, “Gouvernance et décentralisation, leçons de l’expérience”, *Revue Française d’Administration Publique*. n. 88, oct.-dic.1998, p.507-516.

⁶ OIT, Plan de acción (2010–2016) para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza. Adoptado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 306a sesión (noviembre 2009), Ginebra, p. 1.

Los cuatro convenios de gobernanza forman parte de una estrategia, conjuntamente con los ocho convenios fundamentales, de recuperación de la crisis mundial que nos ha aquejado los últimos años, según se ha establecido en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.⁷

Así mismo, la OIT ha destacado los vínculos existentes entre los cuatro convenios de gobernanza.⁸ Mientras el Convenio Núm. 122 (sobre política de empleo) se centra en la generación de empleo, los Convenios Núms. 81, 129 (ambos sobre inspección del trabajo) y 144 (sobre la consulta tripartita) establecen las condiciones previas para que el empleo generado sea decente, gracias al fomento del tripartismo y la libre participación de los interlocutores laborales. Lo mismo se puede decir de la relación del Convenio 122 y los Convenios 81 y 29 sobre la inspección del trabajo, ya que no puede existir una política de empleo eficaz, si no existe un adecuado sistema de inspección del trabajo.

En el caso de México, es necesario hablar en primer término de la necesaria consolidación de la gobernabilidad en el ámbito laboral, es decir, la existencia de un marco jurídico y de instituciones capaces de reconocer y enfrentar los problemas que representan la informalidad laboral, el desempleo, el subempleo y la economía criminal, entre otros temas (III), para estar en condiciones de analizar las premisas desde el ámbito internacional, de lo que implicaría la existencia de una buena gobernanza laboral partiendo de los tres tópicos fundamentales señalados por la OIT: *política de empleo, inspección del trabajo y consulta tripartita*.

IV. LOS RETOS DE LA GOBERNABILIDAD LABORAL EN MÉXICO

Existen diferentes temas que nos permiten reflexionar sobre los grandes retos que enfrenta la gobernabilidad laboral en nuestro país: la tasa de desempleo (1), la subocupación, el subempleo y la existencia de trabajadores pobres (2), la generación de trabajadores pobres (2), el incremento de la economía criminal y la aparición en consecuencia de ocupaciones dentro de la misma (3), la presencia de la informalidad laboral preponderante (4),

⁷ OIT: *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, Ginebra, 2009.

⁸ OIT, Plan de acción (2010–2016) para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza. Adoptado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 306a sesión (noviembre 2009), Ginebra, p. 1.

así como la ausencia de un marco jurídico especializado para el trabajo independiente (5).

1. *Tasa de desempleo*

La Población Económicamente Activa (PEA) en México equivale al 57.8% de la población total, de los cuales 50.4%⁹ son jóvenes (14 a 29 años). La tasa de desempleo nacional es del 5.36% y la de los jóvenes es de 8.6%; prácticamente el doble de la tasa de desempleo.

POBLACIÓN OCUPADA POR EDAD

Año	Total	Entre los 14 a 19 años	Entre los 20 a 29 años
2010	43,809,329	3,504,257	10,657,695
2009	44,535,314	4,014,306	10,586,380
2008	43,255,617	3,772,596	10,308,601
2007	44,005,604	4,433,555	10,355,835
2006	42,846,141	3,982,164	10,432,199
2005	41,880,780	3,961,093	10,326,602

FUENTE: elaboración propia con datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2010.

Concentrándose el desempleo juvenil, de una manera más preponderante, entre los jóvenes de 20 a 29 años:

POBLACIÓN DESOCUPADA POR EDAD

Año	Total	Entre los 14 a 19 años	Entre los 20 a 29 años
2010	2,482,727	409,578	924,083
2009	2,506,595	408,546	949,536
2008	1,922,596	364,403	714,307
2007	1,616,081	316,552	627,201
2006	1,600,891	308,478	644,712
2005	1,351	265,223	538,876

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

⁹ *Ocupación*, INEGI, 2011, [DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas](http://dgcnesyp.inegi.org.mx/cgi-win/bdieccoy.exe/603?s=est&c=13033 L Consultado el 13 de junio de 2011)</p></div><div data-bbox=)

Se ha señalado que la población juvenil integra el bono demográfico del país en la medida en que representa un alto porcentaje, en relación con la población adulta (nueve millones) pensionada (tres millones). Los jóvenes mexicanos seguirán aumentando hasta el año 2015, cuando llegue a su máximo histórico de 29.5 millones, a partir de ese momento, se iniciará el descenso de la población joven.¹⁰ Sin embargo, el mencionado bono demográfico encuentra el problema del desempleo, prácticamente del doble de la población en general.

2. *El subempleo y trabajadores pobres*

La OIT identifica al subempleo como la “diferencia entre el empleo efectivo de los recursos de mano de obra y el empleo de los recursos disponibles en ciertas condiciones”. Por su parte, la *IX Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo* considera que existe subempleo cuando personas provistas de empleo no trabajan tiempo normal y podrían o desearían efectuar un trabajo suplementario del que prestan efectivamente, o cuando sus ingresos o su rendimiento se verían aumentados si, teniendo en cuenta sus aptitudes profesionales, dichas personas trabajas en mejores condiciones de producción o cambiaran de profesión. Además, como se puede apreciar en el cuadro siguiente, la subocupación ocupa un lugar importante entre los jóvenes.

POBLACIÓN SUBOCUPADA POR EDAD

Año	Total	Entre los 14 a 19 años	Entre los 20 a 29 años
2010	3,316,090	255,707	763,263
2009	3,899,692	295,221	902,779
2008	3,083,301	251,357	671,897
2007	3,141,516	266,154	703,634
2006	3,008,027	228,558	719,894
2005	2662,255	209,843	625,466

FUENTE: elaboración propia con datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2010.

¹⁰ *Estadísticas a propósito del día internacional de la juventud* en <http://www.blogs.imer.gob.mx/arreglandoelmundo/files/2011/02/juventud0.pdf>

La consecuencia natural de la existencia de población subocupada es la generación de la aparición de trabajadores pobres¹¹, es decir, personas que a pesar de contar con un trabajo estable, los ingresos que éste les proporciona no son suficientes para poder satisfacer las necesidades económicas, sociales, culturales y de espaciamiento, tanto personales como familiares. Fenómeno que ha sido observado en los últimos años alrededor del mundo y del cual México no es ajeno. De hecho, la actual discusión que se vive en nuestro país para incrementar el salario mínimo responde justamente a la persistencia de las condiciones de pobreza, incluso entre quienes trabajan. Para algunos autores, el mercado de trabajo se ha convertido en un generador de crecientes niveles de desigualdad y pobreza, convirtiendo a la política de salarios mínimos en un instrumento de la estabilización macroeconómica y de ventaja comparativa en mercados de exportación.¹²

3. La economía criminal

La generación de empleos normalmente proviene del sector estructurado o formal de una economía. Su aumento o disminución está en función de los ciclos económicos. Disminuye el empleo en épocas de recesión, e incrementa cuando existe un período de bonanza económica.

Al respecto, nos tendríamos que preguntar qué ocurre en aquellas economías en donde el sector no estructurado o informal son generadores de empleo, debido a las dificultades que presenta el sector formal para crearlos o debido a lo poco atractivos que son los empleos del sector formal, principalmente por su bajo nivel de remuneración, así como la precariedad del empleo —trabajos por tiempo determinado, el no otorgamiento de la totalidad de prestaciones laborales y la ausencia de seguridad social—.

Más aún, qué pasa en aquellas economías en donde las actividades ilícitas, —léase narcotráfico, trata de personas, secuestro, entre otras—, se presentan de manera creciente como un país determinado. Qué pasa, igualmente, en aquellas economías en donde, además de los anteriores dos

¹¹ Auvergnon, Philippe, “El fenómeno de los trabajadores pobres: revelador de las funciones y tendencias del derecho social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, enero.-junio de 2012, UNAM; México.

¹² Bensusan, Graciela y Flores, Nelson, “Desigualdad, mercado de trabajo e instituciones en México”, Seminario “Las desigualdades y el progreso en México: enfoques, dimensiones y medición”, El Colegio de México- INEGI, 20 marzo 2013. <http://www.inegi.org.mx/eventos/2013/desigualdades/doc/P-GracielaBensusan.pdf>, (Consultado el 1º de noviembre de 2014.)

factores, se agrega una falta de preparación para el trabajo de los jóvenes y en general de la población económicamente activa. Finalmente, qué sucede en aquellas economías en donde los jóvenes que han terminado una educación superior, cuentan con una preparación deficiente y han sido “formados” en profesiones clásicas, ya de por sí muy saturadas en el mercado de trabajo.

La respuesta, indudablemente, es la conjugación de los anteriores factores en la generación de ocupaciones, relacionados directa o indirectamente con la delincuencia. Dadas las circunstancias actuales de nuestro país, al lado de la economía formal, se desarrollan otras economías, la informal¹³ y la criminal.¹⁴ Guardando éstas dos últimas ciertas relaciones. Generando así, en referencia a la tesis del presente trabajo, una economía criminal, productora de ocupaciones criminales, incluso, de dimensiones globales.¹⁵ La economía criminal se: *integra con la proliferación y constelación de actividades económicas que transgreden normas legales, de fenómenos y procesos criminales: fraude fiscal; trabajo clandestino; transferencias ilegales; producción y distribución de bienes y servicios ilegales, contrabandos (bienes suntuarios, divisas, armamento, alcohol y tabaco, drogas, juegos ilícitos). Abarca también los delitos de cuello blanco y los actos y tráficos ilícitos que aprovechan las posibilidades abiertas por el intervencionismo estatal en la economía y sus principales mecanismos e instrumentos.*¹⁶

¹³ No se debe confundir al sector informal con la economía ilícita o criminal, ya que una de las características fundamentales del sector informal, es que no se tiene la intención de crear una fuente de empleo, de no violar la ley, según se desprende de la definición operativa de sector informal de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para la OIT, el sector informal representa: “Un conjunto de unidades que producen bienes o servicios en vista principalmente de crear empleos e ingresos para las personas concernidas. Estas unidades tienen un bajo nivel de organización operan en pequeña escala y de manera específica, con poca o ninguna división entre el trabajo y el capital en tanto que factores de producción. Las relaciones de empleo —cuando existen— están sobre todo fundadas sobre el empleo ocasional, las relaciones familiares o las relaciones personales y sociales más que sobre acuerdos contractuales formales”. B.I.T., *Quinzième Conférence internationale de statisticiens du travail. Rapport de la conférence*. Geneve, OIT, p.61.

Aunque resulta innegable la relación que puede haber entre la economía informal con la economía criminal. Como la hay, de hecho también entre la economía criminal y la economía formal o lícita.

¹⁴ Para un estudio de la economía criminal desde el análisis económico del derecho ver: Roemer, Andrés, *Economía del Crimen*, INACIPE/Noriega Editores, México, 2002, 512 pp.

¹⁵ Mendoza Bremantz, Emma, *Delincuencia Global*, M.E.L. Editor, Córdoba, Argentina, 2005, 312 pp.

¹⁶ Marcos Kaplan, *El Estado latinoamericano y el narcotráfico*, México, Editorial Porrúa-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991, p. 77.

Hoy en día, la crisis y el desempleo generaron una reserva de mano de obra no sólo para el sector informal o estructurado y para la economía informal, sino también para la economía criminal; ocasionando un incremento gradual, sostenido y diversificado de la participación de la población en las actividades ilícitas. Si en un primer lugar el rasgo característico había sido la participación de campesinos en el cultivo de estupefacientes, 50, 000 jornaleros en los setentas y 200 a 300 mil entre los ochentas y los noventas. En la actualidad, sin conocer las cifras exactas, las ocupaciones delictivas no se concentran sólo en el campo, ya que hay nuevas ocupaciones que requieren otro tipo de competencias y habilidades: transportistas, cargadores, conductores, pilotos, abogados, secretarias, asesores e ingenieros financieros, así como vigilantes y sicarios.¹⁷

De hecho, la economía criminal, así como la economía legal dispone de obreros en pequeñas, medianas y grandes empresas. La economía criminal realiza actividades delictivas (tráfico de estupefacientes) y reinvierte sus beneficios en la economía y finanzas legales (bancos, mercados financieros).¹⁸

Para algunos autores, la escasez de empleos legales, la crisis de la agricultura y el deterioro de los salarios, hacen que la producción y el tráfico de drogas sea un medio de supervivencia para grupos sociales numerosos.¹⁹ Dando lugar a una economía criminal²⁰ caracterizada por la ilegitimidad de sus actividades y representando un gran problema de materia de gobernabilidad laboral.

4. *La informalidad laboral*

La noción del sector informal presenta varios problemas, sobre todo a causa de la existencia de diversas definiciones sobre el mismo. El sector informal, es denominado de diferentes maneras: economía paralela,

¹⁷ Serrano, Mónica, “Narcotráfico y gobernabilidad en México”, *Centro de Estudios Internacionales de El Colegio de México*, no. 1, 2da. Época, 2007.

¹⁸ Curbet, Jaume, “La globalización de la (in)seguridad”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 206, p. 22.

¹⁹ Velasco, José Luis, “Drogas, seguridad y cambio político en México”, *Nueva Sociedad*, número 198.

²⁰ La economía criminal, puede estar ligada a la economía legal. Según los jueces italianos, la mitad de los beneficios de la Mafia provienen de actividades aparentemente lícitas. Curbet, Jaume, *La globalización de la (in)seguridad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 206, p. 21.

economía invisible, economía negra, economía escondida, economía subterránea, economía popular, economía alternativa, etc. Sin embargo, la noción que había imperado sobre otras, es la de sector informal. Esta denominación apareció por primera vez en la teoría económica del desarrollo. En 1971, Keith Hart fue el primero en utilizar este término, pero es el informe de la OIT sobre Kenia el que lanza y vulgariza el concepto a partir de 1972.²¹

Recientemente la OIT ha considerado más adecuado denominar al sector informal como economía informal debido a que: *Si bien no existe una descripción o definición precisa aceptada universalmente, por lo general se entiende que el término «economía informal» abarca una gran variedad de trabajadores, empresas y empresarios con características identificables. Todos ellos tropiezan con determinados inconvenientes y problemas de distinta intensidad en los contextos nacionales, rurales y urbanos. El término «economía informal» es preferible al de «sector informal», ya que las actividades de los trabajadores y las empresas a los que se aplica no se pueden asociar con un único sector de la economía, pues sus actividades abarcan diversos sectores. No obstante, el término «economía informal» suele restar importancia a los vínculos, las zonas grises y la interdependencia existente entre las actividades formales y las informales. El término «economía informal» hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos.*²²

En México la tasa de informalidad media es del 60%, pero hay entidades federativas en donde la tasa de informalidad es del 80%, tal y como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

²¹ Keith, Hart, *Informal Income Opportunities and the Structure of Urban Employment in Ghana*, OIT, Ginebra, 1971.

²² Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su 90.ª reunión, 2002.

TASA DE INFORMALIDAD LABORAL (%)

	2013	2012
	II Trimestre	II Trimestre
Nacional	59.1%	59.9%
Oaxaca	81.2%	79.8%
Guerrero	79.4%	80.4%
Chiapas	78.2%	78.8%
Puebla	74.7%	73.2%
Hidalgo	73.9%	73.7%
Tlaxcala	72.8%	74.2%
Michoacán	72.6%	70.7%
Morelos	67.8%	65.2%
Veracruz	67.3%	68.8%
Zacatecas	67.1%	65.7%
Yucatán	64.8%	64.2%
Nayarit	64.7%	67.5%
Tabasco	64.3%	62.8%
Campeche	62.1%	62.0%
Guanajuato	61.9%	63.4%
San Luis Potosí	59.4%	59.4%
México	58.6%	57.7%
Durango	58.1%	55.6%
Colima	55.0%	54.9%
Jalisco	53.9%	55.8%
Sinaloa	51.0%	54.6%
Distrito Federal	49.9%	49.7%
Quintana Roo	49.3%	53.7%
Aguascalientes	48.8%	50.5%
Tamaulipas	48.5%	51.0%
Sonora	45.6%	47.8%
Querétaro	44.9%	50.1%
Baja California	44.5%	46.4%
Coahuila	41.0%	43.5%
Baja California Sur	41.0%	40.6%
Chihuahua	40.5%	42.2%
Nuevo León	39.5%	43.2%

Fuente: STPS-INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

En términos generales, se puede considerar que existen cuatro categorías de ocupaciones o relaciones de trabajo en el sector informal. Aunque bien es cierto que las fronteras entre cada uno de estos grupos no son del todo claras:²³

²³ Cf CARBONETO TORTONESSI, Daniel, “Condiciones de Trabajo y calidad de vida en el sector informal urbano”, (*Seminario nacional tripartito sobre condiciones y medio ambiente de trabajo*, Paracas, 25-28 de Abril de 1984) Ministerio del trabajo y Promoción Social, Lima. Perú, 1984, p. 6; MEZZERA, Jaime, “Apuntes sobre la heterogeneidad en los mercados de trabajo de América Latina” in CARBONETO, Daniel, et. al., *El sector informal en los países andinos*, ILDIS/CEPESIU, Ecuador, 1995, p. 64; GRZETICH, Antonio y MEZZERA, Jaime, “Sobre el concepto de sector informal y sus consecuencias jurídicas”, *RELASUR*, nº. 4, 1994, p. 121-129; LÓPEZ CASTAÑO, Hugo, “Empleos formales e informales, asalariados e independientes: Balance de los cambios acaecidos entre las décadas de los ochenta y noventa”, *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, nº 98, 1996 p.10; y PÈRES ROKHAS, Vera y SUÁREZ RIVERA, Álvaro, “El sector informal en Santa fá de Bogotá: Aproximación a una realidad”, *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, nº 98, 1996, p. 27-38.

1. Trabajadores asalariados (que incluye al trabajo familiar, al trabajo no remunerado, al trabajo doméstico y al trabajo agrícola).
2. Trabajadores independientes o por cuenta propia.
3. Empresas o emperadores informales que utilizan trabajadores informales.
4. Empresas o empleadores formales que utilizan la informalidad (relaciones laborales encubiertas).

Los datos del empleo informal no agrícola por edad de América Latina confirman que este tiene una mayor incidencia en los trabajadores jóvenes que en los adultos. En 2011 se estima que un 55.6% de los jóvenes ocupados de 15 a 24 años tenía un empleo informal, en contraste con 45.6% de los ocupados de 25 años y más. Así mismo, se observa que las mujeres enfrentan mayores dificultades para su inserción laboral, pues el empleo informal es más alto entre ellas que en el caso de jóvenes hombres. También resalta que cerca de 40% de los jóvenes entre 25 y 29 años continúan con empleos informales²⁴

5. La eclosión del trabajo independiente

En trabajo independiente, hasta hace algunos años, era la excepción en el mercado de trabajo. Dicha categoría se reservaba a las profesiones liberales y a ciertos oficios. No obstante desde finales del siglo pasado las sociedades modernas enfrentan un incremento del trabajo independiente como una nueva estrategia empresarial de exteriorización de la producción. No obstante la frontera entre el trabajado subordinado y el trabajo independiente nunca ha sido completamente clara. Atendiendo estas circunstancias y ante la aparición de falsos independientes o de trabajadores independientes, pero económicamente subordinados. Algunas legislaciones han tratado de ubicar jurídicamente a dichos trabajadores, ya sea otorgándoles ciertos derechos laborales o de seguridad social a los trabajadores independientes o a los trabajadores independientes económicamente subordinados, o en su caso, distinguiendo con claridad a los trabajadores que los empleadores tienen como falsos independientes. Al respecto, ha jugado un papel clave la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, la cual otorga

²⁴ OIT, *Panorama Laboral 2013 América Latina y el Caribe*; Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013. pp.75-76.

elementos para distinguir cuando estamos en una relación de subordinación real y cuando se trata de una relación encubierta, es decir, falsos independientes.

	Empleadores	Trabajadores por su Cuenta	Trabajadores Asalariados	Trabajadores sin Pago	Total de población ocupada de 14 años y más
2014 Trimestre 1	2,033,615	11,017,510	33,486,422	2,768,292	49,305,839
2014 Trimestre 2	2,101,002	10,991,080	33,606,859	2,846,215	49,545,156
2014 Trimestre 3	2,093,514	11,208,119	33,439,926	2,960,916	49,702,475

Fuente: ENOE, INEGI-STPS. Elaborado por María Teresa Silva Porto Rivas

Como se puede apreciar en la tabla anterior, en México existe un número muy importante de personas que se declaran trabajadores por cuenta propia. Dichos trabajadores, bien pueden acceder al régimen de incorporación voluntaria de la seguridad social y al seguro popular, lo cierto es que, al ser opcional dicho régimen, las personas no suelen afiliarse, por lo que además de la atención médica que pierden, también se quedan sin un esquema de previsión de seguro de vejez o por años trabajados.

Existe en el país, además, un gran número de trabajadores que en sí no son falsos independientes, se encuentra al menos en un régimen de semi-subordinación, es decir, como trabajadores independientes pero económicamente subordinados. Al respecto, sólo basta pensar en las personas que trabajan dentro del servicio terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos (Taxis), que en la mayoría de los casos no son dueños de las unidades que manejan.

Sin duda, dada la magnitud del trabajo independiente así como del trabajo independiente subordinado y los falsos independientes, el país requiere una legislación *ad hoc* para las primeras dos categorías de trabajadores y permita así, combatir la tercera categoría, es decir, el encubrimiento de una relación de subordinación a través de la simulación jurídica.

V. LA BUENA GOBERNANZA LABORAL EN MÉXICO: UN MODELO POR CONSTRUIR

Como ya ha sido señalado, la buena gobernanza laboral se puede construir, además del respeto a los derechos fundamentales en el trabajo (no discriminación e igualdad de oportunidades en el trabajo, prohibición del trabajo

forzoso y de las peores formas de explotación infantil, libertad sindical y libre negociación colectiva) a través de tres pilares fundamentales: la política de empleo, la inspección del trabajo y el diálogo tripartita.

Si se explora el marco jurídico mexicano existe una política laboral clara en el Plan Nacional de Desarrollo, igualmente existe un marco jurídico para la inspección del trabajo y la participación de organismos sindicales en órganos tripartitas lo que podría suponer la existencia del diálogo social. Sin embargo, como se va señalar a continuación, la buena gobernanza laboral se ve truncada cuando se habla del alcance de la política laboral (1), el tamaño y funcionamiento de las instituciones existentes, particularmente de la inspección del trabajo (2) y si se examina el estado del diálogo tripartita en nuestro país (3).

1. La política laboral: el necesario tránsito de la paz laboral a la buena gobernanza laboral

Es a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social a quien le corresponde promover las políticas y generar las condiciones en el mercado laboral que incentiven la creación de empleos. Como dependencia del Poder Ejecutivo Federal tiene a su cargo el desempeño de las facultades que le atribuyen la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal del Trabajo, otras leyes y tratados, así como los reglamentos, decretos y acuerdos.

Además, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social realiza sus actividades conforme a los objetivos nacionales, estrategias, prioridades y programas contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en el Programa Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018, el cual señala que el derecho del trabajo debe ser entendido en un sentido amplio y no sólo como un derecho prestacional. En ese sentido se establece como objetivo: Salvaguardar los derechos de los trabajadores y personas en situación de vulnerabilidad y vigilar el cumplimiento de la normatividad laboral.

El Plan Sectorial contiene los cuatro ejes de la política laboral, a saber:

- I. Impulsar el empleo de calidad e intermediar en el mercado laboral para favorecer la empleabilidad, la protección social y la ocupación productiva.
- II. Democratizar la productividad laboral, la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

- III. Salvaguardar los derechos de los trabajadores y personas en situación de vulnerabilidad y vigilar el cumplimiento de la normatividad laboral.
- IV. Conservar la paz laboral, así como fortalecer la conciliación, procuración e impartición de justicia laboral.

De los anteriores cuatro puntos, nos pretendemos centrar en el último, relativo a la paz laboral. Dicho concepto ha sido interpretado de manera diversa e incluso contradictoria, por un lado está el significado de armonía en las relaciones laborales que le otorgan las políticas públicas y por otro lado, las diversas interpretaciones que hace la doctrina de la aplicación de dichas políticas públicas. Justamente su amplitud y su significado diverso es lo que acarrea dificultades e interpretaciones contradictorias como a continuación se expone:

Un primer significado de la expresión paz laboral, es el que tradicionalmente se ha hecho en la STPS y que aparece nuevamente en el Primer Informe Sectorial de la STPS 2012-2013. En el documento en comento se señala que la paz laboral tiene como finalidad mantener la armonía entre los factores de la producción y fortalecer la impartición de justicia laboral.²⁵ Como se aprecia, la paz laboral se interpreta como conservación de la armonía entre los actores laborales y como sinónimo d una adecuada impartición de justicia.

El mismo significado de la paz laboral aparece en el Programa Sectorial de la STPS 2013-2018, en donde se equipara la paz laboral como la preservación de la armonía entre empleadores y trabajadores, así como un indicador de ausencia de huelgas y de solución de controversias laborales, fomentando la conciliación, procuración e impartición de justicia laboral.²⁶

Una segunda interpretación de lo que se puede entender por paz laboral, proviene del realizado por la investigación social, que equipara la expresión paz laboral, como sinónimo del control sindical que ejerce el Gobierno sobre los sindicatos, no permitiendo su independencia, y el desarrollo libre y democrático de las organizaciones sindicales.²⁷

Para algunos autores la paz laboral tiene un tercer significado. Es la manifestación de la contención salarial, ejercida por el gobierno, a través de la subordinación de los representantes obreros a las políticas gubernamentales.

²⁵ STPS, 1er. Informe de Labores 2012-2013, STPS, México, 2013.

²⁶ PROGRAMA Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018. Diario oficial de la Federación 13 de Diciembre de 2013.

²⁷ Ronaldo Cordera, “Los límites del reformismo: la crisis del capitalismo en México”, *Cuadernos Políticos*, número 2, México, D.F., Era, octubre-diciembre de 1974, pp. 41-60.

mentales establecidas a través de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos. Se trataría de una continuidad de un modelo sindical que favorece al “viejo sindicalismo” que sigue siendo el interlocutor privilegiado dado que garantiza la “paz laboral” y la continuidad de bajos salarios aplicada en las últimas tres décadas.²⁸

Una cuarta acepción, señala a la paz laboral como el mecanismo que garantiza la complicidad y la corrupción, así como la defeción de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la extorsión de los empleadores. Implica la continuidad del autoritarismo, en el mundo sindical, que inhibe conflictos.²⁹

Por nuestra parte, podríamos señalar que hablar de paz, implicaría pensar que hay guerra en el mundo del trabajo, es decir, que nos encontramos en un modelo de relaciones laborales que favorece el conflicto y no el diálogo social entre los actores laborales.

En materia política laboral, es posible hablar de buena gobernanza laboral, cuando se pretende fomentar el papel del Estado como agente regulador de las políticas sociales, basando su actuar en la cooperación, el diálogo y la concertación como ejes de las relaciones entre los trabajadores y los empleadores.

Si bien, la noción de gobernanza laboral no parece en el Programa Sectorial de la STPS, los cuatro ejes rectores del Programa Sectorial de la STPS se podrían muy bien encuadrar dentro de una política laboral basada en la buena gobernanza laboral, en la medida en que se busca fomentar el empleo, el tripartismo, el consenso, el diálogo social y fortalecer las funciones de la administración del trabajo:

- I. Impulsar el empleo de calidad e intermediar en el mercado laboral para favorecer la empleabilidad, la protección social y la ocupación productiva.
- II. Democratizar la productividad laboral, la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.
- III. Salvaguardar los derechos de los trabajadores y personas en situación de vulnerabilidad y vigilar el cumplimiento de la normatividad laboral.

²⁸ Bayón, María Cristina, “Persistencia de un modelo social excluyente en México”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128 (2009), número 3. Ginebra, Suiza, pp. 330-341.

²⁹ Bensusán, Graciela y Middlebrook, Kevin J., *Sindicatos y política en México: cambios, continuidades y contradicciones*. Clacso coediciones, 2013, <http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/coediciones/20130708125012/SindicatosypoliticaenMexico.pdf>, consultado el 15 de enero de 2014.)

IV. Conservar el diálogo social³⁰, así como fortalecer la conciliación, procuración e impartición de justicia laboral.

2. *La necesaria existencia de instituciones fuertes: el caso de la Inspección del Trabajo*

Normalmente se solían establecer los pilares del derecho del trabajo en la contratación colectiva, la huelga y el derecho de sindicalización. Este modelo si bien válido, corresponde sólo para aquellas sociedades en donde los sindicatos tienen una gran fortaleza cuantitativa y cualitativa que les permite ejercer su derecho de negociación colectiva y de huelga. Sin embargo en aquellos países, como México, en donde la tasa de afiliación sindical ocupa un escaso 10% de los trabajadores del país, no cabe duda que la inspección del trabajo está llamada a tener un papel preponderante. Sin dejar de considerar aquellas empresas, en donde a pesar de existir sindicatos, estos más que proteger a los trabajadores, suelen proteger los intereses de los empleadores.³¹

Según establece el artículo 10 del *Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones* del 17 de junio de 2014, le corresponde a la inspección del trabajo brindar asesoría y orientación a los trabajadores y patrones respecto a los lineamientos y disposiciones relativas a: Condiciones generales de trabajo; Seguridad y Salud en el Trabajo, y Capacitación y adiestramiento de los trabajadores, yAdemás, el artículo 11 del *Reglamento en comento establece que los Inspectores del Trabajo* deben practicar Inspecciones ordinarias y extraordinarias aleatorias, salvo en los casos en que se trate de Inspecciones que requieran un cierto grado de especialización, siempre y cuando se refieran a:

- I. Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas;
- II. Enteros de los descuentos al Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores;

³⁰ Se sustituye la expresión paz laboral por diálogo social. Lo que implica transitar del dialogo controlado al dialogo abierto, tal y como se explica en el presente trabajo.

³¹ Bensusán, Graciela, “Los determinantes institucionales de los contratos de protección”, en Bensusán Areous, Graciela; Bouzas Ortíz, Alfonso; Hernández Cervantes, Aleida; Juan Pineda, Claudio Patricia; Xelhuantzi López, María; Muñoz, Mara; Robles, Jorge y Reyes Ramos, Luis Oliver (2007): Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, México y otras, 2008; Bouzas Ortiz, José Alfonso, coord., Evaluación de la contratación colectiva en el Distrito Federal, México, Fundación Friedrich Ebert, 2009.

- III. Generadores de vapor o calderas y recipientes sujetos a presión;
- IV. Accidentes de trabajo;
- V. Trabajos en las minas;
- VI. Agencias de colocación de trabajadores, en términos de los ordenamientos aplicables, y
- VII. Materias y trabajos especiales que por su especificidad así lo requieran.

A pesar de que la Inspección del trabajo fue objeto de reformas el 30 de noviembre de 2012, fecha en que se reformó la Ley Federal del Trabajo, su fortalecimiento es uno de los grandes temas ausentes, no tanto en el ámbito legislativo y reglamentario, pues como se puede apreciar el último reglamento data de junio de 2014, sino en lo que respecta a su fortaleza estructural y en materia de recursos humanos, puesto que si bien es cierto que el número de inspectores del trabajo han aumentado en los últimos años, aún es insuficiente si se considera el número de empresas existentes en nuestro país.

Los inspectores de trabajo tienen un rol equilibrador al hacer cumplir las normas legales que favorecen a la parte más débil de la relación laboral (el trabajador) y restablecer el equilibrio en el mercado laboral. Sobre todo en países como México, en donde el 90% de los trabajadores no cuentan con un sindicato que proteja sus intereses laborales.

Una buena gobernanza en materia de inspección del trabajo permite:

1. Que las empresas formales tengan debidamente registrados a sus trabajadores en la seguridad social y se les respeten sus condiciones generales de trabajo.
2. Evidenciar la existencia de falsos trabajadores autónomos.
3. Aumentar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los empleadores.
4. Mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores (pago de horas extras, descanso semanal, vacaciones, gratificaciones, salario mínimo, jornada de trabajo).
5. Prevenir los accidentes y enfermedades de trabajo.
6. Aumentar la productividad, al vigilar el cumplimiento de los planes y programas de productividad.
7. Eliminación progresiva de la informalidad laboral.
8. Vigilar el respeto de las condiciones de trabajo de los trabajos especiales y de los trabajadores con circunstancias especiales (mujeres embarazadas, menores, discapacitados, etc.).

9. Mejorar la calidad del empleo, fomentando el empleo decente o digno.
10. Impacto financiero positivo en la seguridad social.
11. Disminuir los conflictos individuales y colectivos .
12. Fomentar el ejercicio de la libertad sindical y de la contratación colectiva).
13. Fomentar el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo.
14. En general, mejora de las condiciones de trabajo y de las relaciones de trabajo en una la empresa y en el país.

Como lo han señalado algunos autores, México cuenta con regulaciones laborales estrictas pero con bajo gasto en protección social, alta percepción de inseguridad por parte de los trabajadores y niveles altos de incumplimiento, los cuales se ven reflejados en la inspección del trabajo.³²

3. El necesario tránsito del diálogo tripartita controlado al diálogo abierto

Las organizaciones sindicales, lejos de lo que se podría pensar, cuentan con una amplia representación en organismos públicos, tanto de la Administración Pública como dentro de órganos jurisdiccionales. Por lo que en principio, se podría hablar de un tripartismo importante en el modelo de relaciones laborales mexicano.

En el caso de los órganos jurisdiccionales, es de señalarse la participación de representantes de los trabajadores en las denominadas Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales tienen una organización tripartita: trabajadores, empleadores y Estado. Así mismo, las organizaciones sindicales participan en un número muy importante de organismos públicos, a saber: Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT); Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (Fonacot); Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (FOVISSSTE); Fondo Nacional de Pensiones de los Trabajadores al Servicio del Estado (PENSIONISSSTE); Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR); Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (CONASAMI); Comité Nacional Mixto de Protección al

³² Bensusán, Graciela, “La Inspección del Trabajo en América Latina: teorías, contextos y evidencias”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXVII, núm. 81, septiembre-diciembre, 2009, El Colegio de México, México, pp. 989-1040.

Salario (CONAMPROS); Comisión Consultiva Nacional y las Comisiones Consultivas Estatales y del Distrito Federal de Seguridad e Higiene en el Trabajo, así como la Comisión Nacional y las Comisiones Estatales de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

La mayoría de los anteriores organismos tienen una composición tripartita, por lo que se podría pensar que existe una importante participación de los sindicatos dentro de los organismos públicos y en una gran diversidad de asuntos de interés de los trabajadores, tales como son la vivienda, la seguridad social y la defensa del salario.

Sin embargo, dicha representatividad tiene *dos vicios de origen*: en primer lugar no existen reglas claras para la incorporación de los sindicatos, favoreciendo en todos los casos a los sindicatos corporativos³³. En segundo lugar, en ocasiones es la Secretaría del Trabajo y de la Seguridad Social, quien mediante un acuerdo decide de manera unilateral qué organizaciones sindicales se van incorporar a determinado organismo público. Por lo que los sindicatos independientes, generalmente, quedan excluidos de dichos organismos públicos.

Por otro lado, la participación del movimiento sindical dentro de diferentes organismos públicos deja mucho que desear, ya que ésta no se manifiesta en mejoras para los trabajadores. Su papel, termina siendo apoyar las decisiones gubernamentales. Por lo que es común que el sindicalismo independiente solicite la desaparición de algunos de los organismos públicos antes señalados, entre ellos, la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, al señalar que dicha Comisión no responde a las necesidades de la clase obrera y que sólo termina legitimando las políticas económicas del Gobierno en turno, a través de “los topes salariales” impuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (que se encarga de elaborar el presupuesto de egresos e ingresos del país, así como de fijar topes inflacionarios, en este caso, el salario, se termina sujetando a las políticas inflacionarias del Gobierno) de ahí que se considere que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos deba desaparecer. Actualmente, no deja de sorprender que en materia de incremento salarial, sean las organizaciones sindicales corporativas las que se opongan al incremento de los ingresos de los trabajadores.³⁴

La existencia de un diálogo abierto y no controlado, nos permite pensar en las premisas de una sociedad abierta tal y como la ha definido Karl Popper.³⁵ Una sociedad abierta o en nuestro caso, un diálogo abierto implica

³³ Por ejemplo, las elecciones para formar parte de la representación obrera en la JCyA.

³⁴ <http://www.elfinanciero.com.mx/economia/mas-productividad-e-inversion-antes-que-subir-salario-piden-ip-y-ctm.html> (Consultado el 8 de agosto 2014).

³⁵ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidos, Barcelona, 2006.

la libertad de pensamiento y expresión, así como estar dispuesto a mejoras y a reformas. Un diálogo abierto sólo se puede presentar en democracias consolidadas. Un diálogo controlado sólo le es útil a las dictaduras o a las tecnocracias.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES

México podría estar frente de una ausencia de gobernabilidad laboral, si tomamos en cuenta la a) dualidad de mercado de trabajo (informalidad/formalidad), el peso cada vez mayor de b) la economía criminal como generadora de empleos, c) el incremento del trabajo independiente, d) la aparición del trabajo autónomo económicamente dependiente, e) el incremento de los trabajadores pobres y f) el peso de la economía criminal, entre otros fenómenos.

Por otro lado, si bien se suele señalar la inexistencia de huelgas en el país para refrendar el funcionamiento de la paz laboral, lo cierto es que los problemas están en los fenómenos antes señalados y no en la huelga, que desde hace mucho tiempo ha dejado de ser el instrumento más eficaz para que los trabajadores exijan sus derechos. Sin dejar de mencionar los convenios internacionales señalados, que la OIT ha calificado de gobernanza y que el país no ha ratificado en su totalidad, particularmente: El Convenio 81 sobre la inspección del trabajo (1947), el Convenio 122 sobre la política de empleo (1964) y el Convenio 129 sobre la inspección del trabajo en la agricultura (1969). Además de seguir pendientes dos convenios fundamentales: el 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949) y el relativo a la edad mínima en el trabajo (1973), aunque este último de muy probable ratificación por el gobierno mexicano, en virtud de la reciente reforma constitucional que elevó la edad mínima en el trabajo.

Atajar la ingobernabilidad laboral y fomentar la buena gobernanza laboral implica orientar el rumbo de la política laboral y del modelo de relaciones laborales de nuestro país.

GOBERNANZA EN INTERNET

Julio TÉLLEZ VALDÉS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gobernanza y Buen Gobierno*. III. *La Asamblea del Milenio y la Cumbre del Milenio (2001)*. IV. *Gobernanza y TIC*. V. *Foros de gobernanza en Internet (IGF)*. VI. *Nuevos retos jurídicos derivados de la gobernanza en internet*.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo es realizar un análisis de aspectos como pobreza, TIC y retos jurídicos, en el marco del tema gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano, a fin de ahondar en las implicaciones que estos temas conllevan e incentivar la investigación y evaluación que la implementación del Internet está produciendo en diferentes ámbitos y áreas estratégicas.

Sin duda, el salto cualitativo que dio lugar a Internet fue un conjunto de ideas pensadas y puestas a prueba de manera experimental en los años 1960 y 1970, esto es, la comutación por paquetes, el principio “punta a punta” y la estandarización de las comunicaciones.

Para que la estandarización se diera de manera ágil y no interfiriera con el desarrollo de la tecnología, a diferencia de los procesos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)² y de la ISO,³ los ingenieros productores de la tecnología se agruparon en la IETF⁴ y dieron lugar al proceso de los RFC.⁵ Orientando así, la solución de problemas específicos y una primer

¹ Investigador titular “B” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; ell Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 2.

² Unión Internacional de Telecomunicaciones, <http://www.itu.int>.

³ Organización Internacional de Estandarización, <http://www.iso.int>.

⁴ *Internet Engineering Task Force*, <http://www.ietf.org>.

⁵ *Request for Comments*. Véase el sitio web de la IETF para una amplia explicación.

forma de gobernanza. Sin embargo en la IETF no hay autoridad sino coordinación así como tampoco hay una estructura jurídica sino solamente un conjunto de voluntades.

II. GOBERNANZA Y BUEN GOBIERNO

Hablar de “gobernanza” es referimos a una nueva manera de gobernar con orientación al desarrollo económico, social e institucional a partir de un equilibrio entre estado, sociedad civil y mercado. La comunidad internacional propone la gobernanza participativa como un ingrediente esencial del desarrollo. Para la OCDE, “la gobernanza participativa, eficiente y que rinde cuentas embrida las actividades del Estado y sus ciudadanos y las dirige hacia los objetivos de un desarrollo económico y social sustentable”.

De tal forma que la gobernanza conlleva una conectividad social equitativa, cambios y soluciones reales a las problemáticas reales que exigen la transformación de las instituciones políticas, sociales y organismos económicos.

Buen Gobierno es aquel que tiene las capacidades gestionar de manera eficiente. El término se relaciona con el capital social, el capital político y el capital institucional.

Según el PNUD, las características del buen gobierno son:

- Participación.
- Imperio de la ley.
- Transparencia.
- Respuesta a las necesidades de los interesados
- Orientación hacia el consenso.
- Equidad en las oportunidades.
- Eficacia y eficiencia.
- Rendición de cuentas.
- Perspectiva estratégica.

Además, el buen gobierno asegura: costes de transacción reducidos, derechos de propiedad claros y protegidos, imperio de la ley, la rendición de cuentas y la transparencia, eficiencia en la provisión de servicios públicos y una adecuada gestión económica.

Sin duda, los obstáculos al buen gobierno no son sólo de carácter político, sino también presenta dificultades técnicas que tienen que ver con el manejo de información.

Es por ello que la participación, en su nivel macropolítico y micropolítico ayuda prevenir tanto los problemas políticos como los de información. Así la gobernanza

participativa está destinada a promover: la voluntad política para fomentar el desarrollo, el establecimiento de prioridades acordes con las necesidades, el flujo de información necesario, voz a la población, contrapeso a los abusos de poder, sustentabilidad de los programas de desarrollo y la apropiación.

Desde que nos situamos en términos de globalización, estamos obligados a ver más allá de procesos económicos, su configuración sobrepasa las capacidades de los Estados Nacionales y desencadena nuevos procesos sociales.

Todo esto representa retos que constituyen una agenda muy amplia, y para lograr avances en todos los ámbitos, es necesario priorizar. Basta observar los siguientes datos estadísticos para entender cuáles son las problemáticas latentes.

Datos del PNUD indican que:

- Más de 1.000 millones de seres humanos sobreviven con - 1,25 dólares / día, la inmensa mayoría en África.
- 800 millones pasan hambre o sufren malnutrición (quinientos millones malnutrición crónica). 170 millones son niños.
- 100 millones de niños nunca han ido a la escuela, y casi 250 millones trabajan
- 840 millones de personas son analfabetas, el 65% mujeres.
- 800 millones no tienen acceso a ningún tipo de atención sanitaria, y en África, el VIH-sida afecta a más de 28 millones de habitantes. En los próximos 10 años, 40 millones de niños africanos habrán perdido a sus padres a causa del sida.

Aquellos países que le han apostado al desarrollo económico, sin duda, han experimentado cambios sustanciales al reconocer en primera instancia, la importancia de una economía saneada en términos macroeconómicos, y eficiente en el ámbito microeconómico, pero se añade la dimensión humana y se destacan las facetas sociales, políticas y culturales del desarrollo.

Entonces, los datos estadísticos nos muestran que la definición multidimensional del desarrollo incluye no sólo aspectos materiales, sino también de participación política y social, específicamente el derecho de los pobres a llevar el tipo de vida que valoran. Hoy en día, el consenso debe orientarse

al desarrollo y erradicación de la pobreza, entendida como una situación de carencias materiales y de privación en las dimensiones política, social y cultural.

En tanto, en el plano institucional, se apela al buen gobierno a través de la rendición de cuentas, la transparencia y el imperio de la ley. La dimensión humana incluye la potenciación, la participación y la extensión.

En las últimas décadas los decepcionantes resultados obtenidos en la lucha contra la pobreza han tornado la atención hacia la dimensión institucional del desarrollo. La reducción de la pobreza y el buen gobierno suponen una mejora en las condiciones de vida de la población de los países en desarrollo y son objetivos en sí mismos. A su vez, el buen gobierno se considera una condición para la erradicación de la pobreza. Además, reducción de la pobreza y buen gobierno se conciben como medios o instrumentos favorables al crecimiento económico.

La pobreza como un fenómeno multidimensional limita las capacidades de las personas, incluyendo aquellas libertades y derechos que les permiten vivir según sus preferencias, de aquí la necesidad de responder a la cuestión de por qué los derechos de los pobres siguen siendo limitados y, desde una perspectiva más proactiva, a qué pueden acceder los pobres. El enfoque del “sustento” concibe a los pobres como poseedores de activos sobre los que pueden basar su sustento y, por tanto, la reducción de la pobreza no consiste en aumentar sus ingresos, sino en “extender” (extensión) esas posibilidades, pero los resultados dependen del contexto político e institucional.

El PNUD ha criticado que las metas relativas a la pobreza de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social de 1995 se basen en medidas monetarias y advierte que la lucha contra la pobreza es una cuestión política.

El buen gobierno forma parte integral del nuevo concepto de desarrollo y lleva implícito la participación, el imperio de la ley, la transparencia, respuesta a las necesidades y equidad en las oportunidades. Suponen una disminución de la pobreza en sus dimensiones política, social, institucional y participativa, además de la erradicación de la pobreza.

Por su parte, El Banco Mundial renuncia a estimar un indicador universal de pobreza y apela a las dificultades de cuantificar la calidad de las instituciones o los aspectos sociales de la gobernanza, hasta el punto de que el indicador que propone para medir la calidad institucional y de las políticas no contiene ninguna variable relativa a la participación, los derechos humanos ni al régimen político.

La dificultad para definir y medir los atributos de gobernanza y pobreza y las carencias teóricas de los nuevos conceptos presentan serios problemas a la hora de basar una política de selectividad en tales parámetros.

III. LA ASAMBLEA DEL MILENIO Y LA CUMBRE DEL MILENIO (2001)

En la resolución 53/202 aprobada el 17 de diciembre 1998, la Asamblea General de la ONU decidió señalar su quincuagésimo quinto período de sesiones como “la Asamblea del Milenio de las Naciones Unidas”. Se inició en la sede por la tarde del 5 de septiembre del 2000.

Asamblea del milenio y cumbre del milenio (2001)

Objetivos de desarrollo del milenio (2001)

Cumbre mundial de la sociedad de la información (2003 y 2005)

Del 6 al 8 de septiembre del 2000, probablemente la reunión más grande de jefes de estado y/o gobierno llevada a cabo en el mundo con la participación de 189 países.

Podemos erradicar la pobreza y los objetivos de desarrollo del milenio 2015 son, erradicar la pobreza extrema y el hambre, educación universal, igualdad entre géneros, reducir la mortalidad de los niños, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una asociación mundial.

IV. GOBERNANZA Y TIC

El significado de Gobernanza de Internet “es el desarrollo y aplicación por Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus respectivos roles, de principios compartidos, normas, reglas, procesos de toma de decisión y programas, que modelan la evolución y el uso de Internet” (WGIG, 2005l).⁶

El tema de gobernabilidad y TIC en un sentido optimista deja entrever que existe la posibilidad de pensar en mejoras a través del uso de éstas. Es probable que la presencia de las TIC vigorice las relaciones políticas permitiendo la participación directa del ciudadano en el gobierno, evitando mediaciones y así optimizando el proceso representativo y expandiendo la democracia participativa.

Como instrumentos de gestión permiten la participación del ciudadano, ejemplo de ello, los movimientos sociales exigentes están tratando de participar en la toma de decisiones políticas, encontrando en las TIC una puerta abierta para levantar la voz y esta es una nueva forma de compartir el poder. Esto es válido tanto para los movimientos que se están en el proceso de acceder al como para aquellos que ya participan del poder a través de la representación de sus dirigentes.

⁶ <http://www.gobernanzadeinternet.mx/#!acerca/c4nz>

Ambos tipos de movimientos han tratado de reducir la centralización de la toma de decisiones y aumentar su participación en los gobiernos.

Las tecnologías de información son un punto de referencia y la diversidad de herramientas ha permitido a la sociedad lograr los instrumentos necesarios para hacer accesible el conocimiento a las masas y para aumentar la productividad en la industria, en la agricultura, en los servicios y en la expansión de la actividad cultural.

El desafío de la era de la información es evitar la brecha entre aquellos que tienen y aquellos que no tienen acceso a los bienes y capacidades que se requieren en la era digital. La tecnología de la información puede ser una poderosa herramienta para el desarrollo de una nueva conciencia crítica y de la participación ciudadana.

El desarrollo y la gobernanza de internet se han construido en gran medida sobre principios de transparencia e información compartida y procesos de toma de decisiones.

Han surgido diversos foros de participación orientados a adquirir un compromiso amplio con la transparencia y la información compartida, la participación multilateral y los procesos abiertos de diálogo y toma de decisiones de entre ellos, se encuentran:

V. FOROS DE GOBERNANZA EN INTERNET (IGF)

2006 Atenas (Grecia) 30 Octubre - 2 Noviembre 2006 : “Internet Governance for Development”

2007 Rio de Janeiro (Brasil) 12-15 Noviembre 2007 : “Internet Governance for Development”

2008 Hyderabad (India) 3-6 Diciembre 2008 : “Internet for All”

2009 Sharm El Sheikh (Egipto) 15-18 Noviembre 2009 : “Internet Governance – Creating Opportunities for All”

2010 Vilnius (Lituania) 14-17 Septiembre 2010 : “Developing the future together”

2011 Nairobi (Kenia): 27-30 Septiembre 2011, ‘Internet as a catalyst for change: access, development, freedoms and innovation’.

2012 Baku (Azerbaiyán) 6-9 Noviembre 2012, ‘Internet Governance for Sustainable Human, Economic and Social Development’.

2013 Bali (Indonesia) 22-25 Octubre 2013

Por otra parte, existen los “principios de la CMSI” incluidos en el documento final de la Agenda de Túnez de la Cumbre Mundial sobre la Socie-

dad de la Información, donde se declara que “La gestión internacional de internet debería ser multilateral, transparente y democrática y hacerse con la plena participación de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y las organizaciones internacionales. Este gestión debería garantizar una distribución una distribución equitativa de los recursos, facilitar el acceso de todos y todas y garantizar un funcionamiento estable y seguro de internet, tomando en consideración el multilingüismo”.⁷

La base para proveer una plataforma para la inclusión y la transparencia en la gobernanza de internet es:

1. La participación de todos los sectores se ha convertido en una norma generalmente aceptada para la gobernanza de internet y necesita permanecer así.

2. El desarrollo de internet es de alta importancia para todas las sociedades con sus diferentes experiencias sociales, económicas y culturales estén involucradas en este desarrollo.

3. El desarrollo de internet requiere el compromiso de toda clase de participantes de internet y necesita reflejar sus diversos valores, preocupaciones y necesidades.

4. El desarrollo de internet requiere el debate de problemáticas, el desarrollo de políticas y la implementación de decisiones en diversos niveles geográficos.

5. De manera creciente internet interactúa con otras áreas de gobernanza.

6. Con el fin de facilitar la interacción, es necesario desarrollar y mantener interfaces institucionales técnicas sólidas e inclusivas. Las organizaciones e individuos bien informados constituyen la base para un internet global abierta e inclusiva.

VI. NUEVOS RETOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA GOBERNANZA EN INTERNET

Como ya ha sido mencionado, el enfoque de gobernanza en términos de internet refiere a la libertad y confianza con la premisa de que no hay poderes formalmente constituidos que controlen; en este sentido, cabe preguntar cuáles son las implicaciones jurídicas entre Internet y derecho, ya que estamos ante una serie de desafíos legales para la Red que se ha visto rebasadas ante la falta de previsión y regulación.

⁷ <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html>

Entendamos por regulación a las normas de diversa jerarquía emitidas por ciertas instituciones cuyos objetivos son:

- a. Asegurar que los servicios de internet sean adecuados técnica y económico para los usuarios
- b. Garantizar la disponibilidad, seguridad y accesibilidad
- c. Permitir el control legal de contenidos
- d. Desarrollar políticas de inclusión digital
- e. Proteger los derechos de los usuarios
- f. Promover el crecimiento

Para efectos de políticas y regulaciones, existen organismos especializados que se encargan de ello. Así mismo, existe un organismo de control que asegura que estas normas se cumplan en beneficio del Estado y usuarios, de ahí las llamadas normas regulatorias expedidas.

Existe también un creciente número de entes reguladores que nacen de organizaciones especialidades de la sociedad civil, aportando propuestas de interés incluyendo el tema gobernanza de Internet, aspectos legales, técnicos, normativos de usos, participación, derechos ciudadanos, entre otras.

En cuanto a organismos internacionales, existen otros como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, agencia especializada de la organización de Naciones Unidas que busca regulaciones para este sector.

Dada la complejidad de la red de redes en cuanto a infraestructura especializada, protocolos de comunicación y normas, es necesario que la formulación de políticas incluya la participación en distintos niveles y espacios, empezando por la participación ciudadana en los procesos de discusión de políticas y regulación, para ello se requiere capacitación, que permita conocer los temas, así como alianzas y convenios para implementar las propuestas.

Seguridad de redes, ciberdelitos, privacidad y confianza del usuario. El objetivo de la seguridad en redes es mantener la integridad, privacidad, control y autenticidad de la información manejada a través de procedimientos basados en políticas de seguridad.

El ciberespacio es un elemento clave en la gestión global de riesgos de seguridad y, por tanto, otorga la importancia necesaria a la ciberseguridad como proceso continuo de análisis y gestión de los riesgos asociados al ciberespacio.

Es importante concientizar al gobierno, ciudadanos, profesionales y empresas, de la importancia en cuanto a seguridad de la información y uso responsable de las tecnologías y servicios de la sociedad del conocimiento.

La protección frente a las amenazas, debe cubrir todos los aspectos de los sistemas informáticos y de las comunicaciones, empezando por el ser humano ya que es él quien los construye y los usa. La vía para crear condiciones adecuadas se apega a la educación, la enseñanza y la concienciación.

El Cómputo en la nube o Informática en la Nube se ha convertido en un nuevo paradigma de gran impacto social. Podemos entenderlo como un conjunto «infinito» de servidores de información desplegados en centros de datos a lo largo de todo el mundo, donde se almacenan millones de aplicaciones Web; gran cantidad de datos a disposición de miles de organizaciones, empresas y usuarios.

Pese a todos los beneficios que el ciberespacio está aportando, al mismo tiempo está propiciando conflictos geopolíticos de diversa gravedad; éstos van desde el robo de datos personales, ciberdelitos económicos, suplantación de identidades, hasta riesgos críticos que son fruto de la interconexión entre el ciberespacio y cualquiera de los escenarios tradicionales, poniendo en peligro la seguridad de los servicios y las infraestructuras nacionales e internacionales en las que se sustentan.

El cómputo en la nube trae consigo implicaciones que tienen que ver con la privacidad de datos y la competitividad y en la medida que se resuelvan los aspectos de la seguridad y privacidad de datos, obtendremos beneficios que ayuden a las economías, los empleos, costos y sobre todo, fomenten una mayor inclusión social.

Es necesario avanzar en iniciativas que promuevan la adecuada coordinación entre todas las Administraciones Públicas, sector privado y ciudadanos; además de canalizar las iniciativas y esfuerzos internacionales en defensa del ciberespacio a través de la concientización y sensibilización que permitan extender la cultura de ciberseguridad.

Las líneas de acción son:

1. Capacidad de Prevención, Detección y Respuesta ante Ciberamenazas.
2. Seguridad en Sistemas de Información
3. Seguridad Redes y Sistemas de Información
4. Investigación y persecución de Ciberdelincuencia.
5. Seguridad Tecnologías de la Información en Sector Privado.
6. Compromiso Internacional.
7. Cultura de Ciberseguridad

Los gobiernos encargados de impulsar desarrollo de las políticas TIC apoyándose en diversos actores debe tener contemplado que cualquier es-

trategia de Ciberseguridad tiene que estar orientada a la protección de los ciudadanos a fin de proporcionar las condiciones necesarias para que ellos puedan beneficiarse de las innovaciones y posibilidades de la Sociedad de la Información en condiciones de seguridad y, con plena garantía de derechos y libertades.

Actualmente, a nivel internacional, se ha creado un grupo formado por actores globales del gobierno, sociedad civil, sector privado, comunidad técnica y organizaciones internacionales, se formó a través de una alianza entre la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) y el Foro Económico Mundial (FEM).

La Reunión Mundial de Múltiples Partes Interesadas sobre el Futuro de la Gobernanza de Internet, también conocida como NETmundial, fue convocada para discutir dos temas importantes relevantes para la evolución futura de Internet. En dicho marco, identifican principios y valores que contribuyen a lograr un marco de Gobernanza de Internet inclusivo, eficaz, legítimo y que evoluciona y es reconocido como un recurso global que debe ser administrado en función del interés público.

Las recomendaciones regidas por los derechos humanos y valores compartidos, tal como se refleja en la Declaración Universal de Derechos Humanos, deben respaldar los principios de la gobernanza de Internet considerando:

- a. La protección de los intermediarios.
- b. Diversidad cultural y lingüística.
- c. Espacio unificado y no fragmentado. Seguridad, estabilidad y resiliencia de internet.
- d. Arquitectura abierta y distribuida. Ilícitos en el Entorno Digital
- e. Marco jurídico de los ilícitos en el entorno digital.
- f. Valor probatorio de documentos electrónicos.
- g. Atribuciones del Estado para la procuración y administración de justicia en el entorno digital.
- h. Informática forense.
- i. Neutralidad, libertad de expresión e información, interoperabilidad y coexistencia de alternativas tecnológicas.
- j. Acceso, inclusión digital, diversidad cultural y competencia
- k. Propiedad intelectual en el entorno digital

REGULACIÓN, GOBERNANZA Y JUSTICIA

Francisco TORTOLERO*

SUMARIO: I. *La regulación como necesidad.* II. *La justicia como eje para reorientar las políticas.*

En todos los países, las empresas luchan por influir más y más la agenda de decisiones fundamentales de lo público en función de prioridades diseñadas en el seno de asambleas de accionistas que sesionan incluso en distintos continentes. La gobernanza global presenta la posibilidad del ciudadano común de influir en la toma de decisiones colectivas a partir de una exigencia fundamental a la que aspiramos todas las democracias constitucionales, que consiste en lograr que el catálogo de derechos contenido en la Constitución se amplíe y se vuelva una realidad para todos por igual.

La universalidad de los derechos implica entonces que toda persona sea tratada a partir de un zoco de igualdad, que le permita realizar sus planes personales, con la seguridad de que las instituciones nacionales le servirán como garantía principal e incombustible del interés que todo individuo tiene por progresar. Desde ahora conviene preguntarnos si esta nueva forma de tomar decisiones, donde conviven muy distintas influencias provenientes de muy diversos ámbitos (sobre todo económicos), llevarán a las instituciones de cada país a plegarse ante tales presiones del exterior, o si los gobiernos serán capaces, como instancias estatales, de reivindicar el reconocimiento de instituciones democráticas, donde los órganos representativos avanzarán en la búsqueda de la confianza ciudadana.

Lo primero, pareciera anunciar la instauración definitiva de sociedades que ven reducido considerablemente el ámbito de la diversidad, donde el mercado reina sobre el pluralismo esencial de los valores colectivos. Lo segundo, implicaría pensar que la dimensión social de los derechos no está en crisis, y que todos los actores sociales están de acuerdo en fortalecer las

* Investigador en el IIJ.

instituciones en detrimento de intereses privados. Nada más alejado de la realidad que buscar una solución monocolor.

La incursión del término *gobernanza* en la regulación de lo público y lo privado parece ayudarnos a entender un fenómeno que ocurre en todos los países. Se advierte al mismo tiempo un panorama sombrío de negación de la voluntad individual, de sujetos de derechos que cedemos nuestros espacios ante intereses de las empresas transnacionales. Aquella visión unificadora rivaliza frente a una visión ideal (para algunos, utópica) que lucha por la instauración definitiva del Estado de Bienestar a partir de una ampliación progresiva del catálogo de derechos individuales.

La reflexión de las décadas pasadas en torno a estos temas, gira alrededor de la búsqueda de un término medio. No sólo para fomentar el acercamiento constante entre países, pero también para evitar borrar la institucionalidad de lo público al interior del Estado. Esta aparente rivalidad no significa que un ámbito deba prevalecer sobre el otro. Considero más bien que ofrece una ruta interesante para entender, en los años por venir, la forma en que los actores estatales deben orientar el planteamiento de los problemas sometidos a su ámbito competencial. La pregunta cobra especial relevancia al momento en que en México estalla una crisis de Estado hacia finales del 2014.

I. LA REGULACIÓN COMO NECESIDAD

La regulación se vuelve en nuestros días un aspecto toral para garantizar el equilibrio de condiciones entre los actores sociales. Un mercado que se auto-regula es un mito; pero un Estado omnipresente es cada vez más improbable dado el predominio del sistema económico internacional. Es así que mientras estos equilibrios entre factores de la producción son necesarios, también es indispensable una operación de ingeniería jurídica (en un contexto además complejo, debido a las presiones económicas).

Al plantear este nuevo esquema de tensiones entre los medios de producción y los individuos que componen la sociedad, el sistema jurisdiccional de un país puede servirse de los elementos conceptuales contenidos dentro de la noción de gobernanza global para trazar líneas de confluencia entre Estado y sociedad; democracia y mercado; solidaridad e igualdad; competencia y lucha contra la exclusión; en fin, para plantear ese necesario equilibrio entre lo público y lo privado¹. Al menos este primer ejercicio podría

¹ Los orígenes del término *Gobernanza* se remontan, según las fuentes, al siglo XIII (*Grand Larousse de la langue française*) o hacia fines del XIV (*Oxford English Dictionnary*), ligada a la noción

ayudar a reducir la distancia entre jueces y tomadores de decisiones en aspectos relacionados con la regulación.

1. *La necesidad económica de dejar hacer*

La noción de gobernanza se desprende en sus orígenes del actuar responsable al interior de cualquier organización. El desgaste del modelo económico del *Welfare State* de los años 70 trajo consigo la necesidad de optar por modelos más eficientes, económicamente hablando. Al esquema de producción se añadió un elemento: los accionistas. Contrario a su objeto, los Consejos de Administración de las empresas empezaron a enfocarse más en repartir dividendos que en controlar la gestión interna de las organizaciones². Fue así como durante las pasadas décadas, la responsabilidad social de las corporaciones ha sufrido una erosión considerable frente a la exigencia de la generación de beneficios para los dueños del capital.

Grandes empresas, sobre todo transnacionales, con influencia creciente en los planos nacional, regional o global, se presentan como principales impulsoras del proceso de limitaciones a ser limitados por el derecho. Este fenómeno, propio de la mundialización, deja al margen de las preocupaciones públicas la responsabilidad social derivada del actuar de los medios de producción.

Aunque asociaciones de consumidores, organizaciones de la sociedad civil y grupos de presión tienden a manifestar posturas enfrentadas al impacto generado por la actividad económica, el control de la empresa pareció alejarse de formas de escrutinio social. Frente a tales posturas, los *lobbies* empresariales pugnan por desregular; por permitir al sistema especulativo obtener recursos a cambio de aire (como en materia de telecomunicaciones). La actividad financiera crece de forma desproporcionada frente a la actividad productiva. Acaso uno de los puntos que ligan los intereses privados con la responsabilidad social de las empresas se vuelve evidente en aspectos como el impacto ambiental, laboral o social de determinadas ramas

de *pilotaje* de una organización. Los alemanes la empezaron a referir a las asambleas representativas, dentro del aparato descriptivo de las “ciencias camerales” que se usaron para describir la optimización de los recursos del Estado. Hermet, Guy, “Un régime à pluralisme limité? A propos de la gouvernance démocratique”, *Révue Française de Science Politique*, vol. 54, no. 1, 2004, p. 163.

² Chiapello, Eve, “Les entreprises, vont-elles devenir responsables?”, *Alternatives Économiques*, hors série, no. 79, pp. 55-57.

industriales³. Pero en el resto de la actividad económica, las necesidades del consumo parecen disolver cualquier interés por cuestionar la actuación de la empresa.

2. ¿Y desde cuándo se pretendió contener al mercado?

El paradigma neo-liberal pugnó, desde los años 80, por limitar la regulación en materia económica; no por casualidad, las 6 empresas transnacionales más grandes del mundo producen en la actualidad el equivalente al PIB de los 46 países más pobres del mundo. Fue así, como estrategia de control de daños, que empresarios norteamericanos impulsaron, en los 90, el programa denominado *Corporate Social Responsibility*, que en realidad buscaba ahuyentar toda posibilidad regulatoria del Estado.

Organismos financieros internacionales, encabezados por el FMI, fueron definiendo los puntos del llamado “consenso de Washington”, que imponía nuevas condiciones a los países emergentes previo a la dotación de créditos dirigidos a hacer funcionar el aparato productivo nacional⁴. Era necesario aplicar recetas que requerían elementos indispensables, a manera de requisitos insustituibles. Me refiero a las condiciones de funcionamiento normal del Estado de Derecho.

Nuestro país no fue la excepción. La reforma constitucional y legal para transformar al aparato de justicia fue el primer proyecto que echó andar la recién llegada administración del presidente Zedillo, en diciembre de 1994. A la intención de hacer funcional el Estado de Derecho, siguió una lista de requisitos que, una vez más, había sido elaborada desde fuera de nuestro ámbito político y territorial.

Fue así como la siguiente administración, primera de la alternancia después del establecimiento de la Constitución de 1917, estuvo encargada de impulsar reformas en materia de transparencia, rendición de cuentas, lucha contra la corrupción, que parecía dar un giro a políticas intentadas recientemente en materia de privatización de servicios públicos, de descentralización o de disminución del gasto público.

Las estrategias para el desarrollo nacional se suponía conducido por instancias domésticas, aunque en la realidad, actuando con márgenes redu-

³ Point, Sébastien y Jacques Igalens, *La gouvernance de l'entreprise*, Paris, Dunod, 2009, pp. 52-54.

⁴ Williamson, John, “What Washington means by Policy Reform”, en John Williamson (coord.), *Latin American Adjustment: How much has happened?* Washington, Institute for International Economics, 1990.

cidísimos definidos fuera del país. La instauración del modelo democrático quedaba así marcado por notas abiertamente neoliberales, dictadas desde los centros financieros internacionales derivados décadas atrás del sistema de Bretton Woods.

En un afán de mayor sinceridad pero de menos efectividad, Naciones Unidas elaboró una iniciativa conocida como “Global Compact”, cuyo objeto era imponer esquemas cooperativos entre organismos internacionales públicos y privados (como el Banco Mundial, la OIT, la OCDE e ISO) con ayuda de grandes corporaciones multinacionales, a efecto de sentar las bases de prácticas que atemperaran la concentración de recursos financieros en los países. Por primera vez se hablaba de regular la actividad especulativa de estas grandes empresas⁵. Con la introducción de la noción de “capital social”, la comunidad internacional manifestaba una tímida intención de dar una dimensión no-económica al desarrollo. La confianza social podría ser medible frente a la frialdad de los indicadores económétricos.

Lo cierto es que este esquema fue a tal punto limitado, que la crisis económica mundial desatada en 2008 pareció mostrar lo poco preparados que estaban los Estados para imponer esquemas regulatorios y así extender las obligaciones de los empresarios más allá de Wall Street⁶.

3. Las alternativas de rumbo

En un afán de evitar llegar hasta estos extremos, donde los grandes consorcios determinan las grandes decisiones nacionales, los esquemas de responsabilidad ligados a las nociones de gobernanza global tienden a buscar la eficiencia económica, desplazándose poco a poco hacia otros ámbitos; en primer lugar al de las políticas públicas.

Sin embargo, la zona de confort de quienes estaban ya instalados en los cargos de dirección, tanto en el sector público como en el privado, llevó al diseño de políticas a reconocer viejos derroteros. Para algunos podría parecerse más a ejercer resistencia que a construir nuevos modelos productivos. Sectores como las universidades, la cultura y la investigación empezaron a ser sometidos a esquemas administrativos del ISO-9000. Como si se tratara

⁵ Naciones Unidas instituyó una Comisión sobre la Gobernanza Global, dirigida por Willy Brandt, para reflexionar sobre la cuestión, en *Commission on Global Governance, Our Global Neighbourhood*, New York, Oxford University Press, 1995. Por su parte, la Comisión Europea elaboró un *Libro Blanco sobre la Gobernanza* en 2001, cf. www.europa.eu.int/comm/governance

⁶ Lohr, Steve, “How the crisis shapes the corporate model”, *The New York Times*, 11 de abril de 2009.

de la empresa privada, en el esquema que la jerga de los gerentes denomina “el nuevo *management* público”, con esquemas cuantitativos de resultados medibles a corto plazo.

Medida de este tipo han generado un efecto nocivo, por el cual, “la economía ha devorado al conocimiento, al imponer un modelo que construyó una máquina para producir resultados, indiferente para comprender y solucionar fenómenos”⁷. Los esquemas técnicos de medición (muy en la lógica del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT) compiten con los de la responsabilidad política y la gobernanza, incentivando la producción académica de cantidad y no de calidad en un fin en sí mismo.

4. *La opción democrática*

La delimitación de su propio objeto, así definido por la Comisión para la Gobernanza Global del Consejo de Europa, consiste en “la suma de las múltiples maneras con las que los individuos y las instituciones públicas o privadas gestionan sus asuntos comunes. Se trata de un proceso continuo que permite conciliar intereses diversos o conflictivos para erigirse en acciones cooperativas. Reúne a instituciones y regímenes formales, facultados para hacer ejecutar sus propias decisiones así como los arreglos informales que tanto empresas como individuos son llamados a respetar, debido a ser percibidos como correspondientes a sus intereses”⁸. Pero hacer operativa la gestión de la sociedad se torna en una actividad restringida; las críticas más severas contra este esquema (cada vez más empleado como receta) afirman que la actuación estatal termina controlada por las reglas del *management*, y esto conduce a preguntarse “¿y quién gobierna cuando nadie gobierna?”⁹. En contraste, coincido que añadiendo algunos elementos de corte politológico al esquema de la gobernanza, podrían plantearse formas de regulación más proclives a inscribirse en marcos de coordinación, tendentes a apuntalar el modelo democrático¹⁰.

⁷ Gauchet, Marcel, *Les conditions de l'éducation*, Paris, Stock, 2008.

⁸ Commission on Global Governance, *cit.* nota 6, p. 2

⁹ Para algunos, el esquema de la gobernanza funciona siempre bajo la lógica de la marginalización estatal y el predominio del mercado; apunta a un modo de coordinación social que se aparta de las nociones de autonomía y soberanía de los gobiernos; en Leca, Jean, “Ce que l'analyse des politiques publiques pourrait apprendre sur le gouvernement démocratique”, *Révue Française de Science Politique*, vol. 46, no. 1, 1996, p. 129; la pregunta mencionada puede leerse en Favre, Pierre, “Qui gouverne quand personne ne gouverne”, en Jacques Hayward e Yves Schemeil (coord.), *Etre gouverné: études en l'honneur de Jean Léca*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2003, p. 268.

¹⁰ Kazancigil, Ali, *La gouvernance, pour ou contre le politique?*, Paris Armand Colin, 2010, p. 35.

En democracia, las decisiones públicas aspiran a coincidir con la voluntad colectiva; o al menos con la de las mayorías. Hablar de gobernanza es hablar de correspondencia entre estos dos mundos (el de la colectividad frente al de las instituciones). Al hablar de gobernanza, voy a referirme a la optimización de recursos del Estado; a elementos que abonan a la prosperidad y a la satisfacción de las necesidades de una población. Tomo en cuenta además que el término pone de manifiesto una cuestión fundamental, sobre la legitimidad y la responsabilidad con la que actúan las instituciones.

II. LA JUSTICIA COMO EJE PARA REORIENTAR LAS POLÍTICAS

A falta de alternativas funcionales, en países como México, donde la justicia constitucional ha sido resistente a aceptar la fuerza vinculante del ejercicio regulatorio de los organismos autónomos, el aparato judicial parece asumir buena parte de la carga de determinar tales equilibrios entre los factores de producción y la sociedad. Esto último, sin obedecer en este caso a criterios de racionalidad económica o de oportunidad política, sino a criterios normativos establecidos en las constituciones y la legislación derivada. El riesgo que esto implica, desde el punto de vista de los factores de producción, radica en dejar a instancias que no tienen capacidades técnicas en ciertas materias, como la regulatoria, conservar la última palabra en la resolución de conflictos.

Ahora bien, frente a la aparente conveniencia o no de dejar actuar a los órganos reguladores, se presenta una realidad derivada de los nuevos esquemas de la gobernanza global. Este fenómeno ha sido descrito dentro del proyecto lanzado en 2010 por el Instituto Max Planck de Derecho Público e Internacional de Heidelberg, Alemania, con la tesis del *jus commune latinoamericano* enmarcada en una innegable internacionalización del derecho constitucional¹¹. En el plano jurisdiccional, las normas internacionales empiezan a homologar los estándares protectores del individuo, dejando hablar de jerarquías normativas y llevando a la práctica la noción de diálogo entre jueces.

En el plano internacional, la rama judicial aparece “como la más universabilizable, pero también como la más universalizante de los tres poderes descritos por Montesquieu”¹². El movimiento que genera esta transforma-

¹¹ Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antonazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un jus constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 vol.

¹² Garapon, Alain y J. Allard, *Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du doit*, Paris, Seuil, p. 84.

ción se presenta en dos facetas: por un lado, la de la internacionalización del juez nacional, y por el otro, la judicialización efectiva del derecho internacional. Luego de hacer un recorrido por la forma en que la comunidad internacional tuvo que cambiar sus parámetros de medición del bienestar individual, y de entender cómo se fue implementando esta nueva realidad al interior de los países, pretendo ligar esta nueva dinámica frente a compromisos concretos y esfuerzos orquestados por la comunidad internacional para tratar de dar un cauce al fenómeno de la mundialización, tomando en cuenta con ello herramientas relacionadas con la gobernanza global y su impacto en el funcionamiento del aparato de justicia.

1. *La revisión de los parámetros*

Durante décadas, la comunidad internacional tuvo muy poco margen para poner en duda la actuación de las instituciones financieras creadas al término de la Segunda Guerra mundial para relanzar la economía mundial. Apenas en los años 90 del siglo pasado, los trabajos de un Premio Nobel de Economía, llevados al plano de la igualdad social¹³, empezaron a influir de forma determinante para cuestionar frontalmente el modelo de Bretton Woods. La felicidad de los individuos no siempre es medible en indicadores económicos tradicionales. Si se midiera la economía de los países más desiguales, como Haití, se podría observar que un desastre natural como el terremoto que asoló la isla en 2010 habría aumentado cifras como el PNB (por la ayuda económica internacional que no se había previsto y que no se generó en el país) sin que aquello representara una mejora en la calidad de vida de las personas.

A medio siglo de la reconstrucción del mundo, el modelo económico empezó así a encontrar inconsistencias. Las nuevas realidades imponían que para hacer objetiva esta medición, tendría que tomarse en cuenta necesariamente la posibilidad de mejorar las condiciones de vida de las personas.

Fue en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) donde se retoman estas tesis para idear nuevos parámetros de medición. Y es apenas en ese momento que se ponen en entredicho los índices tradicionales (como el PIB, la tasa de desempleo, la balanza comercial, los índices de consumo de energía per cápita). A estos valores se introducen otras variables sin las cuales no se entienden los índices económicos. El resultado de este reordenamiento se traduce en los llamados *índices de desarrollo humano*¹⁴.

¹³ Sen, Amartya, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010, 557 p.

¹⁴ <http://hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-humano-idh>

A iniciativa de la ONU, se empiezan a medir indicadores a los que no se les había dado importancia económica, como la esperanza de vida; los índices de escolaridad; el índice de alfabetización adulta... elementos que no eran tangibles en una perspectiva economicista típica de la segunda posguerra.

Fue ya hace tres lustros que se dio a conocer la llamada *Declaración del Milenio*, aprobada el 13 de septiembre de 2000¹⁵. En este instrumento de las Naciones Unidas, Jefes de Estado y cabezas de las delegaciones plantearon ante el Secretario General de ese organismo internacional una propuesta conjunta reunida bajo la iniciativa conocida como “Metas de Desarrollo del Milenio”, con las que se pretendió hacer realidad esta transformación de los indicadores tradicionales.

La declaración consistía en una serie de planteamientos y replanteamientos de objetivos concretos para orientar los resultados de las Cumbres mundiales en la agenda económica y social de las instituciones internacionales. En este sentido, se fueron planteando reportes anuales, que contenían un balance parcial de los alcances logrados.

Se destacan reuniones globales en Monterrey, en Doha, en Rio de Janeiro; y una serie de conferencias y de cumbres mundiales en materia económica, social y ambiental. A diferencia de la actuación tradicional de instancias económicas internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, el propósito de las reuniones fue recabar opiniones y tratar de respetar la agenda de políticas públicas y prioridades nacionales. Vale la pena revisar algunas de las cuestiones de esta agenda, con el propósito de adelantar hasta qué punto es importante tener el auxilio de los tribunales como elementos que podrían ayudar a que estos objetivos comunes se puedan volver obligatorios, incluso para los particulares.

2. Algunas pautas internacionales que impactan internamente

Sobre el cumplimiento de las Metas de desarrollo del Milenio, empezamos por adelantar que las reuniones periódicas sirvieron para realizar balances y hacer compromisos. De estos balances se pudo detectar una lista de temas en que los objetivos del milenio parecieron estancarse, al no encontrar los avances que se plantearon concretamente para cuestiones como la pobreza; la lucha contra el hambre y la exclusión. La lista de temas se extendió además al acceso universal a educación primaria, a la mortalidad infantil, el acceso universal a la salud reproductiva y de maternidad, la sustentabilidad ambiental y acceso al agua; así como la salubridad general.

¹⁵ <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552s.htm>

Adicionalmente, en la agenda de trabajo se puso el acento en la falta de un acceso universal a este piso mínimo; en especial para las poblaciones más vulnerables. Es desde ahora sobre esta base que se están considerando en específico programas de Naciones Unidas de lucha contra enfermedades contagiosas, empezando por las más graves como el ébola o el VIH-SIDA, pero poniendo énfasis en las más dañinas y extendidas, algunas que se consideraban prácticamente extintas como la malaria o la tuberculosis, que no se han erradicado. Siguiendo este ejemplo de los servicios de salud, el sistema universal ha tenido progresos, si bien, sus alcances topan con frecuencia con la autoridad de las instancias nacionales. Una de las cuestiones pendientes radica así en que no se han podido establecer condiciones para acceso universal a tratamientos en instituciones de salud pública.

En 2012, un grupo especial de Naciones Unidas para la evaluación de las metas de desarrollo del milenio concluyó que habían quedado fuera de este proceso los objetivos relacionados con la paz, la seguridad, los derechos humanos y la justicia. Sin estos elementos no se podría entender el desarrollo.

Uno de los principales retos en el mediano plazo consiste en no dispersar los esfuerzos, logrando que cada institución nacional, en el ámbito de sus competencias respectivas, pueda diseñar y proyectar metas claras y medibles. En esa dirección, puedo mencionar que en noviembre del 2012, en el marco de la Cumbre de Presidentes de Cortes Constitucionales y Regionales, sostenida en el DF a instancias de la SCJN, se hizo una declaración de intención a efecto que los tribunales sometieran a consideración de los participantes sus resultados progresivos para ir midiendo la forma en que los tratados son implementados en el ámbito interno. Las oficinas del Alto Comisionado y de PNUD están preparadas para auxiliar a gobiernos en la elaboración de índices confiables, partiendo del esquema general que ofrecen los descritos *índices de desarrollo humano*.

Luego, se llevó a cabo en 2013 otra otra reunión importante en Nueva York para hacer un balance general. El compromiso inicial de los países participantes iba dirigido a alcanzar las metas originales, a efecto de presentar una agenda de desarrollo post 2015.

Como conclusión de la reunión, se encontró que hay resultados concretos muy esperanzadores. Pero también se detectó la necesidad de borrar las diferencias existentes entre sectores sociales, especialmente en los países menos desarrollados. La principal es que los países están aún lejos de alcanzar estos objetivos del Milenio. De ahí que las Naciones Unidas lancaran esta iniciativa post-2015, que en vez de enfocarse en meros compromisos con gobiernos, gira en torno al individuo. En sus ejes se incluye la intención de

los países de transparentar la forma en que los reclamos son planteados por la sociedad civil, las instituciones universitarias, las asambleas representativas y a las autoridades locales, sin descartar al sector privado.

E independiente de uno de los temas principales de esa conferencia internacional, sobre el desarrollo sustentable que toca a los gobiernos, la reunión extraordinaria de octubre 2013 fue el momento clave para tratar un aspecto, que se reconoció pendiente de cumplimiento en las reuniones periódicas de los años anteriores, fue la promoción del catálogo de derechos humanos; del impulso de la buena gobernanza; del Estado de Derecho, la transparencia y la rendición de cuentas en todos los niveles de las administraciones.

Esta agenda post-2015 tiene como propósito completar lo inacabado y plantear nuevos retos globales. Por ahora, los países presentes en esa reunión se comprometieron a sintetizar todas las necesidades detectadas en esa clase de foros, planteando que la consulta generada se cierre hacia finales del 2014. Los resultados finales se pretenden anunciar en una cumbre de jefes de Estado en septiembre del 2015

3. La cuestión de la responsabilidad internacional de particulares

La recepción del derecho internacional en el ámbito interno es una práctica que se está normalizando a lo largo y ancho del mundo. Los jueces se erigen en una suerte de hermandad o de comunidad informal¹⁶, que pudimos advertir en la cumbre de presidentes de tribunales organizada recientemente en México¹⁷.

Estamos en un momento fundamental de las instituciones jurídicas, en el que se empieza a hacer realidad el postulado de derecho internacional (que desde luego no es nuevo) que establece que cualquier actuación que se produzca por los operadores jurídicos de un país, puede comprometer la responsabilidad del Estado en su conjunto. Esto lleva incluso a que los particulares también puedan generar la responsabilidad internacional de un Estado.

El sistema de Naciones Unidas se ha fortalecido, ampliando no sólo el deber de promoción de los derechos, sino sobre todo sancionando o reprimiendo a los Estados que a través de sus políticas realicen o toleren violaciones a estos derechos. No solo a través de presiones internacionales como bloqueos o embargos económicos, sino imponiendo obligaciones específicas.

¹⁶ Canivet, Guy, «Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la bénévolence des juges» *Révue des Sciences Sociales*, 2005, p. 799.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cumbre de presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales: Memoria de las mesas de trabajo*, México, SCJN, en prensa.

Tanto la Carta de Naciones Unidas como la de la OEA establecen que ningún Estado puede invocar normas de derecho interno para evitar asumir cualquier tipo de obligación internacional. En la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que los Estados deben respeto y garantía a la Convención Americana de Derechos Humanos, y que todo menoscabo a derechos específicos causados por acciones u omisiones de la autoridad constituye un hecho imputable al Estado. Esto se refiere sobre todo al catálogo de derechos civiles y políticos, los también llamados de “primera generación”¹⁸.

La segunda obligación de un Estado suscriptor de la Convención consiste en garantizar el pleno ejercicio de los derechos; implica que no es suficiente legislar, sino que deben demostrarse actuaciones concretas desde lo público, para prevenir, investigar y sancionar toda violación a derechos, restableciendo el derecho conculado y reparando el daño causado. Toda la estructura estatal y las herramientas de que disponga deben encaminarse a garantizar esta obligación. En esta categoría se pueden situar las violaciones a derechos Económicos, sociales, culturales y ambientales, llamados de “segunda generación”.

Ahora bien, mencioné que el objeto de la responsabilidad internacional se materializa en reparaciones o restituciones; estas últimas se pueden presentar cuando una obligación adquirida no es cumplida, si bien lo sea por un órgano del Estado o *por acción u omisión de otros sujetos que aparentemente no se encuentran bajo su poder*. Aquello distingue, para el primer caso, la responsabilidad objetiva del Estado de la llamada “Responsabilidad vicaria”¹⁹. Si para el primer caso no se requiere probar o dolo o culpa de los funcionarios, para el segundo, no se puede eximir de responsabilidad, por ejemplo, a empresas o actores individuales armados que vulneren los estándares mínimos de los derechos humanos.

Esto fue determinado en el informe del Relator especial de Naciones Unidas para el esclarecimiento histórico de Guatemala, que en 1999 determinó que debe considerarse incumplida la obligación del Estado de garantizar estos derechos “cuando la violación provenga de la actuación de un particular, si dicho hecho se ha producido con el apoyo o la tolerancia del poder público”. Cabe advertir que en este caso, el Estado incumple su deber

¹⁸ Alvarez Londoño, Luis Fernando, “Responsabilidad por las violaciones a Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas”, en Prieto Sanjuán, Rafael y L. F. Alvarez L., *Derecho Internacional: entre lo jurídico y lo político: Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010, p. 155-157.

¹⁹ Alvarez Londoño, cit., p. 162.

de protección aún los hechos son perpetrados por terceros, y cuando no los hubiera investigado, juzgado y sancionado.

De este desarrollo, es posible advertir que el derecho internacional de los derechos humanos está generando una suerte de herramienta disuasiva que debiera llevar a los Estados, e incluso a los individuos, a saberse responsables por los actos u omisiones que pudieran significar una violación a derechos. La responsabilidad individual adquiere mayor atención, sin que ésta sustituya a la del Estado.

En este marco puede referirse al caso *Musema*, en el que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al Estado por subordinación indirecta. Esto ocurrió cuando el gerente de una fábrica de té intimidaba a sus empleados, obligándolos a cometer actos criminales, amenazándolos de rescindir sus contratos laborales en caso de resistirse. De ahí se puede desprender que los casos en que los particulares puedan generar la Responsabilidad del Estado, las hipótesis están claramente previstas en el derecho internacional. Abogados y jueces debemos también ser partícipes para lograr esta normalidad en las actuaciones de lo público y lo privado.

4. *La política internacional y su impacto en la justicia doméstica*

Países como el nuestro, que han asumido el reto de interiorizar las normas de los tratados y las convenciones de derechos humanos, no podrían enfrentar un cambio cultural por decreto. Al menos en la formalidad, esta transformación se deriva de una política de Estado que, en cada uno de nuestros ámbitos nacionales, ha ido surgiendo como opción deliberada de nuestra soberanía nacional, que como vimos, se entrelaza y compromete cada vez más con los otros integrantes de la comunidad internacional, con el propósito de garantizar el carácter universal de los derechos de las personas.

Es en las constituciones (antes que en las leyes secundarias) donde se dicta la hoja de ruta de esta internacionalización. Pero deben ser los órganos jurisdiccionales domésticos (empezando por los de primer contacto, y dejando hasta el final los más altos de la jerarquía judicial) los encargados de diseñar los contornos de este cambio normativo a través de sus sentencias. Lo peor que puede pasar en este proceso es que las jurisdicciones de última instancia pretendan imponer la obligatoriedad de cartas y convenciones valiéndose de argumentos de autoridad. Tampoco se trata de un ejercicio voluntarista de jueces que pretenden imponer sus criterios por encima de las otras ramas del poder por el simple hecho de afianzar su influencia o notoriedad. Se trata, en cambio, de un ejercicio interpretativo cuya *ratio* prin-

cipal se centra en una operación (por supuesto, compleja) de armonización normativa. Tal operación interpretativa, que obliga a jueces y abogados por igual a estudiar más horas al día, contribuye a dar mayor previsibilidad a los derechos de las personas y se ejerce por mandato constitucional. En esta operación, son los abogados quienes pueden acercarle al tribunal los argumentos que revistan esa armonización de criterios jurídicos, contribuyendo con ello a aminorar las dificultades para lograr el tan anhelado *efecto útil* del derecho internacional de los derechos humanos, alejado de meras valoraciones jerárquicas.

Del mismo modo que los tratados internacionales vinculan en general a todas las instituciones del Estado, los compromisos diplomáticos suscritos por México, deben entenderse alineados con citada agenda post-2015. Por eso no debe de sorprender que en noviembre de 2014, la Secretaría General de Naciones Unidas haya hecho un reconocimiento a la SCJN, con el Premio de Derechos Humanos. No por considerar que la tarea esté cumplida, sino como una forma de refrendar los compromisos que el Estado en su conjunto asumió a partir de la reforma constitucional de 2011, en el sentido de someter la actuación de la justicia nacional a esos parámetros internacionales.

Debemos en todo caso leerlo como una advertencia de la comunidad internacional, en el sentido de que no debemos echar las campanas al vuelo; al menos el balance de lo efectuado hasta ahora debe servir como válvula que impida un retroceso a situaciones pretéritas. La crisis de los derechos humanos, desatada por los lamentables acontecimientos de Ayotzinapa y Tlatlaya en septiembre de 2014 son una señal de alarma para, ahora más que nunca, tomarnos en serio como Estado la realización de esos objetivos.

LA PROTECCIÓN CONTRA EPIDEMIAS Y PANDEMIAS COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE UNA PERSPECTIVA DE GOBERNANZA GLOBAL

Pedro Alejandro VILLARREAL LIZÁRRAGA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La selección de la variante de gobernanza global.* III. *Algunas generalidades sobre el derecho a la salud.* IV. *Los principales instrumentos jurídicos internacionales relativos al derecho a la salud.* V. *El enfoque del derecho a la salud en un marco de gobernanza global.* VI. *Los dilemas para el derecho a la salud en los casos de la influenza y el Ébola a partir de una visión de gobernanza global.* VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema que me interesa discutir está relacionado con la manera en que se puede emplear una de las variantes de la gobernanza global, a fin de poder llegar a una explicación sobre cómo se aplicaron los mecanismos jurídicos relacionados con la respuesta frente a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, así como en el más reciente caso de la emergencia de salud pública de importancia internacional relativa al Ébola.

Para la delimitación de la presente temática, elegí la perspectiva del derecho a la salud, en virtud de que es una de las principales vías a través de las cuales se puede abordar el problema, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones que tienen los Estados o los gobiernos de proteger a la población de amenazas presentadas por enfermedades epidémicas y, en el caso de 2009, pandémicas. Así, actos que no provienen de instrumentos vinculantes o «formales» terminan por definir el rumbo de ese derecho a la protección de la colectividad, aun cuando esto implica una restricción de derechos individuales

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora. Maestro en Derecho por la UNAM. El presente ensayo ha sido escrito como parte mi trabajo de tesis doctoral, inscrita en el programa de Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. LA SELECCIÓN DE LA VARIANTES DE GOBERNANZA GLOBAL

II.a. *Gobernanza y globalización: Conceptos polisémicos para fenómenos multidimensionales*

El concepto de gobernanza global es muy amplio y para nada unívoco. Sus orígenes se remontan a discusiones que provienen de la teoría política y las relaciones internacionales. En esta contribución sólo se retoman unos cuantos aspectos del mismo, que son los que se encuentran directamente relacionados con los mecanismos jurídicos relativos a las pandemias.

Frente al fenómeno multidimensional del concepto de globalización,² así como la reestructuración del ejercicio del poder que supone éste, surgen modos de ‘organizar’ el poder que se asumen como novedosos. Esto ocurre especialmente en el ámbito internacional, donde hay una ausencia de lo que podría considerarse en sentido estricto un ‘gobierno internacional o mundial’.³ Así, la idea de ‘gobernanza’ emerge, por una parte, como una respuesta frente a esta coyuntura y, por otra, como una herramienta de análisis propia del campo de estudio de la Ciencia Política en general, y las Relaciones Internacionales en especial.⁴

En el caso de las epidemias y/o pandemias, no sería posible entender lo que ocurrió con el caso de la influenza A(H1N1) de 2009-2010 sin incluir a los Estados en su papel de encargados de gestionar la alerta, junto a la OMS. De ahí, que el presente análisis no retoma otra vertiente de la gober-

² Nye Jr., Joseph S. y Keohane, Robert, “Introduction” en NYE, Joseph S. y Donahue, John D. (eds.), *Governance in a globalizing world*, Editorial Brookings Institution Press, Estados Unidos, 2000, p. 6. Intercambio la expresión “globalismo” por la más general de “globalización”, para evitar una mayor confusión, ya que aquélla expresión también está rodeada de múltiples polémicas en torno a su definición.

³ HELD, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Editorial Paidós, España, 2003, p. 74; también véase SERNA de la Garza, José María, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2010, p. 34 y ss.; igualmente, Latham, Robert, “Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance” en HEWSON, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Estados Unidos, 1999, p. 32.

⁴ Véase a este respecto Peters, B. Guy, “Governance as Political Theory” en LEVI-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, Estados Unidos (Nueva York), 2012, p. 25.

nanza, que ha sido considerada altamente innovadora y que es la llamada gobernanza sin el gobierno (*governance without government*).⁵

Al igual que el concepto de globalización, el de gobernanza tiene un carácter multidimensional que en ocasiones obedece a la complejidad de su materia de análisis. Una manera de clasificar las distintas nociones de ‘gobernanza’ consiste en el papel que se le asigna al Estado en torno a estos problemas. De entre todas las variantes de la gobernanza global, la que me interesa es la llamada ‘gobernanza con el Estado’, esto es, la modalidad de gobernanza según la cual, si bien el Estado no es el único actor que emite estos actos *de facto* vinculantes, aun así continúa participando de manera primordial en la gestión de lo que se asumen como ‘funciones públicas’.⁶

II.b.- *Gobernanza global y Derecho*

El término ‘gobernanza’, en general, lo retomo a manera de un enfoque interdisciplinario consistente en la dilucidación de aspectos relativos al orden y el desorden en un contexto del carácter cada vez más híbrido de los modos de control que dan pie a un orden multidimensional fragmentado ya sea dentro, por, sin y más allá del Estado.⁷

En el marco de un análisis jurídico, el reto consiste principalmente en integrar categorías que provienen de otras ramas de conocimiento, como lo es en este caso la Ciencia Política. Entonces, un análisis disciplinario aspira a llegar a conformar lo que podría considerarse como un punto medio entre una y otra disciplina, especialmente en torno a la idea de lo ‘jurídico’ o ‘legal’ en el ámbito internacional.⁸

⁵ Esta modalidad enfatiza el papel creciente de los actores no-estatales en la toma de decisiones de asuntos asumidos como ‘públicos’. Véase Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century” en *Global Governance*, vol. 1, no. 1, Lynne Rienner Publishers, Estados Unidos, Invierno de 1995, p. 15. En este mismo sentido, véase Risso, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood. Introduction and Overview” en RISSE, Thomas (ed.), *Governance Without a State?* Columbia University Press, Estados Unidos, 2011, p. 9.

⁶ Para una aclaración de las distintas facetas que puede adquirir la versión de la *gobernanza* a la que nos referimos, como lo sería gobernanza *con, a través de y sin* el gobierno, véase Levi-Faur, David, “From ‘Big Government’ to ‘Big Governance?’” en LEVI-FAUR, David (ed.), *op. cit.*, p. 11; Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century”... *cit.*, p. 15; Risso, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood...”, *cit.*, p. 9.

⁷ Así es como se fija la línea de investigación sobre gobernanza en Levi-Faur, David, “From ‘Big Government’ to ‘Big Governance?’” en LEVI-FAUR, David (ed.), *op. cit.*, p. 3.

⁸ La aspiración de encontrar un punto intermedio entre la Ciencia Política y el Derecho a través del concepto de legalización, se observa en Abbott, Kenneth W. et. al., “The

La idea de ‘gobernanza global’ que se emplea en estas líneas consiste, básicamente y en términos muy generales, en que los análisis jurídicos deben prestar atención no sólo a aquellos actos formales o vinculantes, sino también a los que no son formalmente vinculantes o de carácter obligatorio pero que, aun así, tienen un efecto determinante sobre, por ejemplo, las decisiones colectivas, o bien sobre la libertad de los individuos.⁹

Asimismo, la gobernanza global a que me refiero define lo ‘global’ como un espacio multinivel compuesto por el conjunto de los niveles internacional, regional —que aunque representa propiamente un ámbito jurídico proveniente del Derecho Internacional, se podría distinguir entre los dos en la medida en que es un orden jurídico con características particulares propias— y nacional o doméstico, que a su vez, en el caso de México, se divide en varios niveles, como lo son: el federal, el estatal y el municipal.¹⁰

Ahora, respecto del eje temático relativo al derecho a la salud en la modalidad de protección contra enfermedades epidémicas y/o pandémicas, vale la pena mencionar, aunque sea de manera breve, cuáles son algunas de las características generales de este derecho, que contribuyen a una comprensión de sus alcances y sus límites.

III. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Primeramente, se sabe que el derecho a la salud pertenece al ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Así, sus características

Concept of Legalization” en *International Organization*, vol. 54, no. 03, Cambridge University Press, Reino Unido, Junio de 2000, pp. 402-403.

⁹ La literatura a este respecto es inmensa. Para un vistazo, véase el trabajo parteaguas de Rosenau, James y Otto-Czempiel, Ernst, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1992. Para una definición de gobernanza global más orientada hacia los ‘nuevos’ actores de los procesos de toma de decisiones públicas, véase Lake, David A., “Rightful Rules: Authority, Order, and the Foundations of Global Governance” en *International Studies Quarterly*, vol. 54, no. 3, International Studies Association, Estados Unidos, Septiembre de 2010, pp. 590-591. También, para una exposición centrada en cómo el término ‘gobernanza’ se utiliza para referirse a los efectos autoritativos de las reglas sin importar su origen, véase PEEL, Jacqueline, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge University Press, 2010, 5. Vale la pena mencionar que la multiplicidad de maneras en las que se entiende el término gobernanza global es la causa de argumentos en constante evolución, pues sus componentes se encuentran en un estado de flujo continuo. Véase Kacowicz, Arie M., “Global Governance, International Order, and World Order” en LEVI-Faur, David (ed.), *The Oxford handbook of Governance... cit.*, pp. 688-692.

¹⁰ La idea de ‘multi-nivel’ también se observa en Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?” en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 1, Indiana University School of Law, Estados Unidos, invierno de 2003, p. 30.

son distinguidas conceptualmente y, en ocasiones, confrontadas con las de los Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que se considera que los DESC son de difícil individualización, costosa aplicación y contenido incierto. Esto deriva en algunas críticas al hecho de que se asumen como derechos con un grado menor de ‘justiciabilidad’ en comparación con los derechos del rubro de Civiles y Políticos (es decir, no es tan fácil acudir a los tribunales, las cortes o los organismos judiciales o cuasijudiciales para reclamar su falta de aplicación),¹¹ lo cual uno puede constatar al consultar la jurisprudencia de los distintos órganos judiciales que han desarrollado estas categorías al resolver casos particulares.¹² Esta situación es contingente y podría cambiar en un futuro próximo, a la luz del Protocolo Facultativo de los DESC, que autoriza la presentación de quejas individuales ante el Comité de DESC; sin embargo, se trata aún de un desarrollo incipiente, cuyas ramificaciones todavía están por manifestarse.

III.a. *El carácter ¿universal? del derecho a la salud*

Por otra parte, en la literatura, hay una visión que señala que el derecho a la salud tiene, por naturaleza, una tendencia universal, dado que se asume que las sociedades en general consideran a la salud como un bien público independientemente de la ideología política dominante de tal o cual país.¹³ Ello se reafirma a partir de que este derecho está consolidado en instrumentos internacionales como la Constitución de la OMS o la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que han adquirido una vigencia prácticamente planetaria.

¹¹ De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido en repetidas ocasiones a un criterio de interdependencia entre los DESC y los Derechos Civiles y Políticos, al resolver casos a partir de la violación de éstos con el propósito de garantizar la observancia de aquéllos. Véase PARRA Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, p. 35.

¹² Estas críticas se han planteado, por ejemplo, en el contexto de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase a este respecto el análisis de Parra Vera, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, pp. 773-775.

¹³ De hecho, hay quienes afirman que el interés por proteger la salud de la población se remonta a épocas anteriores. Véase TOBIN, John, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Nueva York (Estados Unidos), 2012, p. 15.

Sin embargo, el decir que es “universal” tiene varios matices, y por eso lo pongo entre signos de interrogación, porque si bien es difícil pensar en un país o un gobierno que no aborde en absoluto el tema de la salud de su población (lo cual ya en sí mismo es un indicador de peso para hablar de este carácter universal), también hay que tener presente que el grado y la manera en que se atiende esta necesidad a través de los instrumentos legales y las instituciones que existen para promover la salud de la población, varían sobremanera de país en país.¹⁴ Por lo tanto, aunque el derecho a la salud en abstracto, es decir, como aspiración general, podría ser considerado como de aceptación prácticamente universal, no lo es así en cuanto a aspectos más concretos, ni creo que pueda serlo por el momento, dada la observancia altamente heterogénea que tiene en los sistemas nacionales de salud.¹⁵

Baste decir, pues, que hay una alta heterogeneidad en la manera de implementar el derecho a la salud en los espacios nacionales, que requiere consecuentemente de un análisis más o menos detallado de cada caso, ya que es necesario observar las características de cada sistema nacional de salud para poder identificar sus rasgos distintivos. En consecuencia, el grado de cumplimiento de este derecho tiene que observarse atendiendo a las características de los sistemas nacionales a partir de un criterio de país por país. En el presente caso, me quisiera concentrar en el ámbito internacional.

III.b. Aspectos colectivos e individuales del derecho a la salud

En otro orden de ideas, el derecho a la salud en lo general se compone de manera simultánea de dimensiones tanto colectivas como individuales.¹⁶ Dentro de la dimensión colectiva, se encuentra el derecho que tiene la población en general de ser protegida contra enfermedades epidémicas, para

¹⁴ Para un análisis sumamente ilustrativo de los sistemas de salud de 194 países, y de qué manera pueden observarse distintos indicadores del derecho a la salud, véase Backman, Gunilla *et. al.*, “Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries” en *The Lancet*, vol. 372, no. 9655, Elsevier, Estados Unidos, Diciembre 13, 2008, pp. 2047-2085.

¹⁵ Uno de los principales obstáculos a la universalidad ya se identificaba en la medida en que Véase Bolívar O., Ligia, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil” en *Memoria. I curso interamericano de sociedad civil y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999, p. 54.

¹⁶ Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud” en en VALDÉS, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2009, pp. 84-85; estas dos dimensiones también se contrastan en FAÚN-DEZ Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009, p. 96.

lo cual el Estado tiene la obligación de diseñar planes de combate a la propagación de estas enfermedades.

Al mismo tiempo, la dimensión individual del derecho a la salud puede referirse al acceso a los servicios de salud para toda persona en casos, por ejemplo, de una emergencia, o bien de la obligación de no discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones públicas y privadas a la población.

La modalidad del derecho a la salud que se resalta en este texto, es eminentemente colectiva, pero ello implica distinguirla e incluso enfrentarla con los aspectos individuales, puesto que considero que en su aplicación en ocasiones es complicado separar estos dos aspectos aun para propósitos analíticos. Además, buena parte de la dificultad al apreciar estos aspectos ‘colectivos’ consiste en que esta dimensión es más que la simple suma de individualizaciones; más bien, tiene características propias, autónomas, que en el presente caso están íntimamente ligadas al concepto de ‘interés público’.¹⁷

Tratándose en específico de la obligación del Estado de brindar protección frente a epidemias y pandemias —como se verá en líneas posteriores a partir de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—¹⁸ esto se ha interpretado como la obligación de diseñar planes para combatir las enfermedades epidémicas, así como de atender los casos individuales que se presentan durante una epidemia y/o pandemia.

Eventualmente, los casos individuales podrían ser judicializados en caso de que se estime que existe una violación a un derecho individual relacionado con la negativa a brindar atención médica o, incluso, ante la ausencia de un plan de combate a las enfermedades transmisibles o contagiosas.¹⁹

¹⁷ El carácter de ‘interés público’ puede entenderse como un espacio que es definido y delimitado ya sea por la sociedad a través de los acuerdos previos expresados en normas jurídicas, o bien por las propias autoridades encargadas de gestionar su observancia. Véase BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2011, pp. 105-106.

¹⁸ Esta vertiente colectiva no está exenta de críticas en cuanto a su formulación, puesto que hay quienes sostienen que deriva en una excesiva dificultad para concretizarlos en virtud de la amplitud de sus aspiraciones. Véase Mason Meier, Benjamin y Mori, Larisa M., “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37, Columbia University School of Law, Estados Unidos, 2005, p. 101.

¹⁹ Tanto en el plano estrictamente internacional como en el nacional mexicano, no hay a la fecha juicio alguno en el que se haya impugnado o planteado esta carencia ante un tribunal o instancia judicial. Por ende, en estos espacios no se cuenta con criterios de interpretación judiciales respecto del alcance de esta obligación.

La vertiente colectiva del derecho a la salud consistente en la protección frente a enfermedades epidémicas y/o endémicas, tiene una difícil justificabilidad, puesto que no en todas sus instancias deriva en un interés *stricto sensu* individual oponible a los Estados ante un tribunal. Como se explica en una sección subsecuente, hay ocasiones en las que esta obligación entra en colisión directa con otros derechos que tienen un carácter primordialmente individual.

IV. LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DERECHO A LA SALUD

Se estima útil mencionar, aunque sea de paso, cuáles son los principales instrumentos jurídicos que conforman un análisis del derecho a la salud a partir de un esquema de gobernanza global. Aprovecho para señalar que opté por una visión centrada más en los instrumentos que en los actores, aunque evidentemente los instrumentos no pueden ser entendidos en lo abstracto, sino que dependen en gran medida de su aplicación por parte de los respectivos organismos, instituciones o autoridades, que se componen por personas con diversidad de criterios y de ideologías políticas.

IV.a.- *La Constitución de la Organización Mundial de la Salud*

El primer instrumento internacional que establece la obligación del respeto al derecho a la salud, es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (en lo sucesivo, OMS) de 1946.²⁰ En efecto, su creación precede incluso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue aprobada en 1948. Así, la redacción de esta Constitución es un testimonio de la creciente influencia de la idea relativa al derecho fundamental al ‘goce del grado máximo de salud que se pueda lograr’, tal como lo estipula el Preámbulo del citado documento fundacional.²¹ Esta circunstancia fue enfatizada en la Declaración de Alma-Ata de 1978, que abundó en torno a esta idea de salud y estableció que la consecución de este derecho, tal como se le entiende en la Constitución de la OMS, es un objetivo social de proyec-

²⁰ MURPHY, Thérèse, *Health and Human Rights*, Hart Publishing, Reino Unido/Estados Unidos de América, 2013, p. 27.

²¹ TOBIN, John, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Nueva York (Estados Unidos), 2012, pp. 27-30.

ción mundial, y su realización requiere de la intervención de otros sectores además del de la salud.²²

Sin embargo, se ha considerado que a pesar del carácter innovador que esta definición de ‘salud’ tuvo en su momento, la misma resulta insuficiente por sí misma para la formulación de políticas públicas, en atención a la amplitud de las palabras empleadas, así como de su carácter estático frente al dinamismo de las sociedades.²³ Por lo tanto, para que este instrumento se vuelva operativo necesita ser complementado con otros de similar naturaleza.

IV.b.- *Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, establece un catálogo enunciativo (que, por supuesto, no es del todo exhaustivo) sobre qué es lo que incluye el derecho a la salud. Entre otros supuestos, se menciona la obligación de tomar las medidas necesarias para: “c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.”²⁴

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona en su párrafo 16 que el derecho de protección frente a epidemias:

“... comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.”

²² Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”... *cit.*, p. 83.

²³ Tobar, Federico, “Salud Pública y derecho a la salud” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I...* *cit.*, p. 4.

²⁴ De hecho, un análisis de la creación del proyecto de este artículo reveló que la redacción de este artículo se debió a una pretensión de expandir el contenido del derecho a la salud, tal como fue consagrado anteriormente en la Constitución de la OMS. Véase Mason Meier, Benjamin, “Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement” en *Stanford Journal of International Law*, vol. 46, no. 1, Stanford Law School, Estados Unidos, Verano de 2010, pp. 8-25.

Algunos autores han considerado que, específicamente en lo que se refiere a la obligación de brindar protección frente a epidemias, ésta se trata de una obligación *no progresiva*, sino que su característica requiere de un cumplimiento inmediato.²⁵

En cuanto a las tensiones entre la dimensión colectiva del derecho a la salud en el caso de protección contra enfermedades epidémicas y/o pandémicas, y la individual relativa a otros derechos, esencialmente los contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considero que es necesario llevar a cabo un ejercicio de ‘confrontación’ para valorar si la situación justifica restringir los derechos individuales a partir de una fundamentación principalmente técnico-científica.

Dicho esto, el artículo 12, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que:

“...los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

Así se desprende también de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales en su cláusula A.10 remiten al hecho de que la restricción debe operar sólo cuando se estime como ‘necesaria’ y se corresponda con uno de esos motivos mencionados en el citado Pacto. Por esta razón, la normatividad internacional prevé que hay ocasiones, como la relativa a las epidemias y/o pandemias, en las que los aspectos colectivos de los DESC entran inevitablemente en colisión directa con los derechos individuales provenientes del constructo de los Civiles y Políticos.

IV.c.- *Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”*

También es meritorio traer a colación el espacio regional interamericano, del que México forma parte y que conforma un espacio jurídico que ha sido denominado *iustitio constitutionale commune* latinoamericano, entendido

²⁵ Marks, Stephen P., “The emergence and scope of the human right to health” en ZUNIGA, José M., Marks, Stephen P. y Gostin, Lawrence (eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 2013 p. 10.

como un proyecto de evolución y transformación a partir de lo que podría considerarse como un “nuevo derecho público en la región”.²⁶

El primero que me interesa abordar es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José”, suscrita en 1969 y que entró en vigor en 1978. Aunque esta Convención no hace un desarrollo detallado del derecho a la salud, sino que sólo menciona el carácter progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 26, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, instituciones que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), han resuelto casos en los que se interpretan las afectaciones a la salud como una violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en esta Convención.²⁷

La mención explícita del derecho a la salud se encuentra en el Primer Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigor en 1999, ha sido ratificado a la fecha por 16 países, y que en su artículo 10, menciona lo siguiente respecto del derecho a la salud:

“2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

...c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;”

Ahora bien, así como la obligación de los Estados conforme al Pacto Internacional DESC adquiere un contenido más detallado a partir de la

²⁶ Véase particularmente el voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer-Macgregor Poisot en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de Noviembre de 2010, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, párrs. 85-88. También, véase Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual” en BOGDANDY, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazz, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM/Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, pp. 4-5.

²⁷ Es notable el voto particular emitido por la Juez Margaret May Macaulay en el caso *Furlan y otros vs. Argentina*, en el que argumentó a favor de resolver el caso a partir de la justiciabilidad del derecho a la salud, tal como se contempla en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no a través de una alusión o referencia al constructo de los Derechos Civiles y Políticos.

interpretación que ha llevado a cabo el Comité, los derechos establecidos en la Convención se clarifican y configuran todavía más a partir de las decisiones individuales adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana.

IV.d.- *Decisiones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

En lo que atañe al derecho a la salud, el espacio regional que corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede caracterizar, entre muchos otros aspectos, por el énfasis de las resoluciones que atienden la suma desigualdad de condiciones socioeconómicas que deriva, por ejemplo, en situaciones de discriminación o de falta de acceso en general a los servicios de salud. La desigualdad estructural que impera en América Latina —me atrevo a añadir que México no es ninguna excepción— y el impacto que tiene esta desigualdad sobre las posibilidades de las personas de acceder a un nivel de vida mínimamente aceptable, se convierte en un serio obstáculo para la consecución de los derechos de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, como bien lo señala Víctor Abramovich.²⁸

Asimismo, la tensión que he mencionado entre los aspectos colectivos e individuales del derecho a la salud, también pueden observarse en el contenido del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla la suspensión de garantías.²⁹ El alcance que se le ha dado a este artículo no se limita a las amenazas bélicas a la seguridad pública, pues se ha entendido que abarca los desastres naturales -conforme a una propuesta de El Salvador- y, aunque no se mencione de forma explícita, eso incluiría el caso de emergencias de salud pública como lo son las epidemias y/o las pandemias. En virtud de la situación que imperó en el contexto latinoamericano durante la segunda mitad del siglo XX, la aplicación de esta disposición se ha debido, en su mayor parte, a situaciones de emergencia que surgen como consecuencia de *golpes de estado*.³⁰ La posibilidad de una

²⁸ Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 6, no. 11, Sur-Red Universitaria de Derechos Humanos, Diciembre de 2009, pp. 17-18, disponible en: <http://www.surjournal.org>

²⁹ Este numeral señala esta tensión como la facultad para “suspender las obligaciones contraídas en la Convención” en casos de “guerra, peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”.

³⁰ Algunos autores inclusive se refieren al ‘estereotipo del dictador latinoamericano’ como resultado de esta utilización de los estados de emergencia a manera de justificación de concentración de poder que deriva en abusos a los derechos humanos. Véase FITZPATRICK, Joan, *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights during States of*

situación de emergencia con motivos de salud pública no se había materializado, ni estaba muy presente en el momento de la redacción del artículo, pues quizá se le consideraba como un escenario muy remoto.

Como se mencionó anteriormente, incluso ante la ausencia de decisiones que abordan concretamente el derecho a la salud en la modalidad de protección frente a enfermedades epidémicas, aun así se puede recurrir a lo que se conoce como un ‘enfoque indirecto’. Esto consiste en acudir a las decisiones tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que por alguna razón no fueron ventiladas por la Corte, así como las de esta última, en aquellos casos que pueden estar ‘indirectamente’ relacionados con esta modalidad del derecho a la salud, pero que son resueltos bajo el rubro de Derechos Civiles y Políticos.³¹ Dentro de este espectro de decisiones, se puede observar que hay un énfasis en la prohibición de discriminación en el acceso a los servicios de salud. Tristemente, esta última circunstancia es recurrente en el contexto latinoamericano, como lo señala Manuel Góngora Mera.³²

Aun antes de la suscripción del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana consideró, en los asuntos *Comunidad Yanomami vs. Brasil* y *Tribu Aché vs. Paraguay*, que el Estado tenía que cumplir con su obligación de brindar protección a la población frente a enfermedades epidémicas. En estas resoluciones, dado que se trataba de comunidades indígenas, la necesidad resultaba más apremiante en la medida en que se trata de grupos vulnerables tanto desde el punto de vista socioeconómico como médico, pues resultan ser poblaciones con un sistema inmunológico ‘ingenuo’, es decir, que no han sido expuestos a las mismas enfermedades que las poblaciones urbanas. En el segundo de estos casos, la Comisión estimó que hubo una violación, entre otros, al derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Art. XI), como partes constitutivas del derecho a la dignidad en general contemplado en la Convención Americana.

Emergency, University of Pennsylvania Press/Procedural Aspects of International Law Institute, Estados Unidos, 1994, pp. 10-11 y 178.

³¹ Esta circunstancia se relaciona directamente con el problema consistente en cómo individualizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema interamericano, dada la prevalencia manifiesta de los Derechos Civiles y Políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en BOGDANDY, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *op. cit.*, pp. 198-199.

³² Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, pp. 140-158.

También se han presentado casos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se ha recurrido al referido ‘enfoque indirecto’,³³ aunque ninguno de ellos está relacionado directamente con el caso de enfermedades epidémicas y/o pandémicas, sino más bien con condiciones de acceso a los servicios de salud y atención a grupos vulnerables.

V. EL ENFOQUE DEL DERECHO A LA SALUD EN UN MARCO DE GOBERNANZA GLOBAL

Para darle algún tipo de solución a las tensiones entre las dimensiones colectiva e individual del derecho a la salud, el enfoque puramente de derechos humanos tiene que contrastarse con otro tipo de criterios. En el presente ejemplo de tensión, considero que la respuesta debe encontrar un apoyo o sustento en el enfoque técnico-biomédico, que formaría parte del marco conceptual de lo que se conoce como gobernanza global en la salud.³⁴

³³ El llamado ‘enfoque indirecto’ puede atestiguararse especialmente en los casos de la Corte Interamericana como *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, de 2004, donde se enfatizó el derecho que tienen los niños que, por alguna razón, están privados de su libertad en centros de reclusión, a la asistencia médica, entre otras cuestiones; *Ximenes López vs. Brasil*, de 2005, relativo a la obligación del Estado de proporcionar atención médica eficaz, la cual se extiende a los servicios que brindan terceros, específicamente el sector privado; *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, del mismo año, en el que la Corte consideró que los parámetros de una vida digna incluyen, entre otros, el derecho a la salud, el cual era menoscabado por las condiciones de miseria en las que viven estos indígenas; *Xákrok Kásek vs. Paraguay* de 2010 a través de una interpretación de la salud como componente de una ‘vida digna’, en tanto los indígenas habían sido despojados de su propiedad y el Estado no había logrado brindar una asistencia que fuese considerada como suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad; *Furlan y Familiares vs. Argentina*, de 2012, que versó sobre la razonabilidad del plazo en el que debía ser resuelto un asunto, en atención a la situación de vulnerabilidad del afectado ocasionada por un estado precario de salud. Estos son algunos de los precedentes que sirven de parámetro para respaldar el enfoque indirecto que se mencionó, en tanto el derecho a la salud es relacionado directamente con aspectos propios de derechos civiles y políticos como el de la dignidad.

³⁴ La línea de investigación de ‘gobernanza global de la salud’ puede retomarse de distintos trabajos de investigación, aunque de ninguna manera se le concibe de forma unívoca. Véase, por ejemplo, Dodgson, Richard, Lee, Kelley y Drager, Nick, *Global Health Governance. A Conceptual Review, Discussion Paper no. 1*, Organización Mundial de la Salud/Centre on Global Health & Change, Febrero de 2002, pp. 12-21; Lee, Kelley, “Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape”, en KAY, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, pp. 27-28 y 38; Hufty, Marc, Báscolo, Ernesto y Bazzani, Roberto, “Gobernanza en salud: un aporte conceptual y analítico para la investigación” en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 22, no. Suplementario, Escola Nacional de Saúde Pública, Bra-

De esta manera, vale la pena mencionar cuáles son los principales instrumentos internacionales tanto vinculantes como no vinculantes para el combate a la propagación de enfermedades a través de fronteras.

V.a.- *El Reglamento Sanitario Internacional*

El principal instrumento jurídico internacional dirigido al combate de enfermedades transmisibles o contagiosas es el Reglamento Sanitario Internacional, aprobado en el marco de la OMS en 2005 y que entró en vigor en 2007. Este Reglamento es, en términos generales, el marco jurídico con el propósito de dotar de un eje para la respuesta internacional a la propagación de enfermedades a través de fronteras y regiones, en consonancia con la aspiración de impedir restricciones innecesarias al tráfico de bienes y personas.³⁵ Es el instrumento jurídico que establece un catálogo de facultades o atribuciones de la OMS que, en lo que interesa, es la de declarar una alerta a través de la figura de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, prevista por su artículo 1o., que la define como:

“...un evento extraordinario que, de conformidad con el presente Reglamento, se ha determinado que:

- i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y
- ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada;”

La pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 fue el primer caso de aplicación directa de este instrumento. El proceso que condujo a su declaración

sil, 2006, p. s36; Gable, Lance y otros, “Global Public Health Legal Responses to AH1N1” en *Journal of Law, Medicine and Ethics*, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Suplemento de primavera de 2011, Estados Unidos, p. 48; Kickbusch, Ilona, Heinz, Wolfgang y Silberschmidt, Gaudenz, “Addressing Global Health Governance Challenges through a New Mechanism: The Proposal for a committee C of the World Health Assembly” en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, no. 3, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Otoño de 2010, p. 551; Fidler, David, “SARS: Political pathology of the first Post-Westphalian Pathogen”, en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 31, no. 4, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Inviero de 2003, p. 488-489; asimismo, AGINAM, Obijjofor, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World*, University of Toronto Press Inc., Canadá, 2005, pp. 101-102.

³⁵ MURPHY, Thérèse, *Health and Human Rights*, Hart Publishing, United Kingdom/United States of America, 2013, p. 59.

formal inició cuando los gobiernos de México y Estados Unidos notificaron a la OMS de la presencia de un nuevo virus de influenza, distinto al que normalmente circula entre la población y que conforma la llamada ‘influenza estacional’.³⁶ Su más reciente aplicación, por tercera vez en total,³⁷ ha sido durante la crisis del Ébola en África, que continúa ocasionando estragos en el momento en que se escriben estas líneas.

El Reglamento Sanitario Internacional también contempla, en su artículo la posibilidad de que la OMS emita recomendaciones técnicas o «directrices» (*guidelines*) a los Estados sobre cuáles son las medidas más apropiadas para hacerle frente a una emergencia de este tipo. A continuación, se elabora de manera sucinta este aspecto relativo a las directrices y recomendaciones, en la medida en que son un componente de la visión de gobernanza global en aras de describir lo acontecido durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, y en la reciente crisis del Ébola en África Occidental.

V.b.- *Las directrices y recomendaciones de la OMS y su relación con el derecho a la salud*

Los documentos que contemplan la categoría de «pandemia» son las directrices de la OMS, las cuales no son un instrumento jurídico vinculante como el Reglamento Sanitario Internacional, pero aun así son indispensables para completar el rompecabezas de la respuesta internacional que se le da a estos eventos. En efecto, la figura institucional de «pandemia» es el producto de una serie de directrices, titulados Documentos Orientadores (*guidelines*) de la OMS, que tendrían el carácter, por un lado, de indicaciones operativas para la organización.³⁸

³⁶ Véase esta declaración oficial en: http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_20090425/en/

³⁷ La segunda ocasión aconteció el 5 de mayo de 2014, cuando la OMS emitió una declaración de ESPII en virtud de la propagación del virus de la polio a lo largo de varios países pertenecientes a las regiones de Asia Central, Medio Oriente y África Central. Consultable en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/polio-20140505/en/>

³⁸ Ya se ha señalado esta tendencia de la OMS de operar primordialmente a través de actos no-vinculantes, por ejemplo, en BURCI, Gian Luca y Vignes, Claude-Henri, *World Health Organization*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2004, pp. 141-142 y 146-152; FEACHEM, Richard G. y Sachs, Jeffrey D. (dirs.), *Global Public Goods for Health. Report of Working Group 2 of the Commission on Macroeconomics and Health*, Organización Mundial de la Salud, Agosto de 2002, p. 55; Burci, Gian Luca y Feinäugle, Clemens, “The ILC’s articles seen from a WHO perspective” in Ragazzi, Maurizio, *Responsibility of International Organiza-*

Por otra parte, el propio Reglamento Sanitario Internacional, en los artículos 15 a 18, contempla la posibilidad de que el/la Director(a) General de la OMS formule ‘recomendaciones’ en el contexto de una emergencia de salud pública de importancia internacional.

Aunque el carácter jurídico preciso o exacto de estos actos es materia de debate, pues para algunos podrían ser ‘soft law’ o bien normas jurídicas con un menor grado de vinculatoriedad,³⁹ no cabe duda que desobedecer estas guías o las recomendaciones no conduce de ningún modo a la imposición de sanciones formales o al surgimiento de disputas, de la misma manera que aquellos actos de derecho internacional que encuadran directamente bajo el rubro del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴⁰

En ese sentido, la entrada en escena de estas directrices o recomendaciones obedece a una lógica técnico-científica que tiene una relación cercana con el derecho a la salud. Por ejemplo, en los criterios doctrinales se señala que cualquier medida adoptada que implique una restricción a un derecho, tiene que adoptarse con apoyo en el principio de *idoneidad* del recurso empleado.⁴¹ Este principio de idoneidad es lo que liga directamente al derecho a la salud con los criterios técnico-científicos, que se ven reflejados en las directrices de la OMS, pues son éstos los que determinan las pautas que observan los Estados al implementar medidas restrictivas de derechos como la cuarentena, el aislamiento o la vacunación obligatoria.

tions. Essays in memory of Sir Ian Brownlie, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2013, p. 178, nota al pie número 9.

³⁹ Lo cierto es que el Derecho Internacional, en general, carece de un criterio ‘definitivo’ para distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es. Aquí, la categoría de ‘soft law’ no será empleada de forma generalizada puesto que no es útil para establecer criterios contundentes que puedan indicar cuándo un instrumento o documento es vinculante de cuando no lo es. Para un análisis más elaborado de estas críticas, véase KLABBERS, Jan, Cambridge University Press, Reino Unido, 2013, p. 38. La afirmación de que hay una falta de consenso respecto de la distinción categórica entre lo que se considera derecho blando o ‘soft’ de derecho duro o ‘hard’, está presente también en SERNA de la Garza, José María, *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2012, p. 84.

⁴⁰ Los supuestos que contempla dicho precepto son los siguientes: “(a) convenciones internacionales “expresamente reconocidas por los Estados en pugna”, y (b) “costumbre internacional, como una evidencia de una práctica general como derecho” (c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y (d) las decisiones judiciales y las opiniones de los juristas de mayor cualificación, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.”

⁴¹ Esta noción ha sido desarrollada con mayor detalle por Clérigo, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: Prohibición de exceso” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo II*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, p. 1026.

La selección de medidas como lo serían la cuarentena y/o el aislamiento, el distanciamiento social o las campañas masivas de vacunación obligatoria tienen que apoyarse en principios científicos para ser consideradas como restricciones aceptables a los derechos individuales.

Dicho sustento científico es proporcionado de manera directa por las directrices y recomendaciones de la OMS, en tanto se le considera un organismo con naturaleza eminentemente técnica (conforme al artículo 2o. de la Constitución de la OMS) y se estima que es la organización internacional más capacitada para proporcionar asistencia a los Estados Miembros en la materia de sanidad internacional relacionada con enfermedades transmisibles o contagiosas.⁴² Por eso, las decisiones sobre la aceptabilidad o idoneidad de las medidas empleadas para combatir la pandemia han sido vinculadas de forma explícita a las pautas que establece la OMS.

Lo anterior se robustece también por el contenido del párrafo 1o. de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que la efectividad del derecho a la salud se puede promover “mediante numerosos procedimientos complementarios” y luego los menciona en forma ejemplificativa o enunciativa, no limitativa. Entre estos procedimientos, se incluye el de: “...la formulación de políticas en materia de salud, *la aplicación de los programas de salud elaborados por la OMS*, o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.”

Así, el alcance y las consecuencias de las directrices y las recomendaciones va más allá de los de una simple ‘sugerencia’ técnica, a tal grado que *de facto* se erigen en manuales de acción que buena parte de los Estados —con contadas excepciones— implementan en sus propios planes de combate a la pandemia de influenza, y en sus reacciones a emergencias sanitarias ocasionadas por epidemias como las del Ébola.⁴³

⁴² En cuanto a la naturaleza técnica de las principales funciones de la OMS, véase Burci, Gian Luca y Koskenmäki, Riikka, “Human Rights Implications of Governance Responses to Public Health Emergencies: The Case of Major Infectious Disease Outbreaks” en CLAPHAM, Andrew, Robinson, Mary, Mahon, Claire y Jerbi, Scott,(eds.), *Realizing the Right to Health*, rüffer & rub, Suiza, 2009, p. 354. Para más argumentos a favor de continuar con la asignación de este papel de la OMS en la gestión de la preparación y respuesta frente a pandemias, véase Fineberg, Harvey, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”, en *The New England Journal of Medicine*, vol. 370, no. 14, Massachusetts Medical Society, Estados Unidos, Abril de 2014, p. 1339.

⁴³ Para un vistazo a los planes nacionales de preparación y respuesta frente a pandemias que se encontraban diseñados durante los sucesos de 2009-2010, véase *Comparative analysis of national pandemic influenza preparedness plans*, Organización Mundial de la Salud, Enero de 2011, p. 4, disponible en: http://www.who.int/influenza/resources/documents/comparative_analysis_php_2011_en.pdf?ua=1

VI. LOS DILEMAS PARA EL DERECHO A LA SALUD EN LOS CASOS DE LA INFLUENZA Y EL ÉBOLA A PARTIR DE UNA VISIÓN DE GOBERNANZA GLOBAL

Considero que si partimos de un enfoque de derechos humanos, en el contexto de una pandemia y/o una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), la balanza generalmente tiende a inclinarse a favor del aspecto colectivo del derecho a la salud, en detrimento de los individuales que forman parte de los Derechos Civiles y Políticos, pues hay una situación excepcional que amerita tomar medidas igualmente excepcionales.⁴⁴ En el marco de los DESC, esto se traduce en que prevalece el derecho colectivo a una protección frente a la propagación de enfermedades, por encima del derecho que tiene cada individuo a la propiedad privada, la libertad de reunión y asociación, el libre tránsito, etc.⁴⁵

Por supuesto, no se trata únicamente de una relación de tensión o de oposición. Por el contrario, debe decirse que a partir de la interpretación del derecho a la salud proveniente de distintos organismos internacionales, y las directrices, documentos orientadores o recomendaciones de la OMS, la protección frente a enfermedades epidémicas/pandémicas se combina con aspectos que sí se pueden individualizar. Ejemplo de esto último sería la cuestión de la accesibilidad, el recibir atención médica en todo caso de emergencia, la no discriminación en la prevención y tratamiento, entre otros. Es decir, buena parte de esa protección frente a epidemias/pandemias depende de que el Estado también pueda garantizar una protección en la esfera individual de las personas.

⁴⁴ Esta ‘paradoja’ entre lo colectivo y lo individual en el campo de la salud, ya se expone en GOSTIN, Lawrence O., *Public Health Law. Power, Duty, Restraint*, 2a. edición revisada y expandida, University of California Press/The Milbank Memorial Fund, Estados Unidos, 2008, pp. 11-12.

⁴⁵ Algunas de las restricciones identificadas durante una pandemia o emergencia sanitaria, serían a: el derecho de libertad personal (Arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); el de libertad de movimiento o circulación (Art. 12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); el de reunión y de asociación (Arts. 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el de modalidades de respeto a la propiedad privada (Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aunque lo contempla para el caso de injerencias ‘arbitrarias o ilegales’, que podría no ser el caso de medidas empleadas durante una pandemia—; Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aunque sólo se refiere a ‘privación’ de la propiedad y no a actos de injerencia, por lo que podría tratarse de un supuesto distinto—).

A continuación, procedo a esbozar algunas similitudes y distinciones entre la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 y la actual crisis del Ébola de 2014. Esto sirve de pauta para examinar cómo es relevante el enfoque de gobernanza en uno y otro caso.

VI.a.- *El caso de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010*

Durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, las principales tensiones entre derechos se presenciaron en medidas implementadas por ciertos países que fueron consideradas como excesivas y que se tradujeron en restricciones indebidas ya sea a la libertad de las personas, o bien a las reglas del comercio internacional que se encuentran en vigor.⁴⁶

Cabe destacar que las directrices que emitió la OMS en 2009 respecto de la influenza pandémica señalan, *inter alia*, que la cuarentena y el aislamiento no se consideran como medidas efectivas para combatir la propagación de la enfermedad una vez que ésta se ha esparcido en la población.⁴⁷ Esta estipulación técnica sirvió de base para afirmar que, efectivamente, los países que decidieron implementar estas medidas fueran criticados por ese hecho.⁴⁸ Si bien esto se encuentra lejos de constituir una consecuencia limitante o trascendente para restringir las acciones de los gobiernos nacionales que las implementaron, lo cierto es que las pautas técnicas proporcionadas por la OMS pueden servir de base para afirmar que hubo una indebida utilización de esas medidas restrictivas de derechos.

Por otra parte, las Declaraciones de la OMS de los días 25 de Abril —en cuanto a que había la presencia de una “emergencia de salud pública de importancia internacional”— y 11 de Junio —cuando se decidió elevar el nivel de alerta pandémica a la fase 6, la máxima posible— ambos de 2009, detonaron una serie de planes nacionales de preparación y respuesta

⁴⁶ Condon, Bradly y Sinha, Tapen, “The effectiveness of pandemic preparations: legal lessons from the 2009 influenza epidemic” en *Florida Journal of International Law*, vol. 22, no. 1, University of Florida College of Law, Estados Unidos, Abril de 2010, pp. 15-17.

⁴⁷ *Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza. Documento de Oriengación de la OMS*, Programa Mundial de Influenza/Organización Mundial de la Salud, Suiza, Abril de 2009, p. 69.

⁴⁸ Este tipo de consecuencias se puede identificar con lo que se conoce como ‘costo reputacional’ en el Derecho Internacional. Véase Guzman, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2008, p. 73; también, Chinkin, Christine, “Normative Development in the International Legal System” en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Reino Unido, 2000, pp. 23-25.

frente a pandemias a partir de esos anuncios. Así, los gobiernos de múltiples países implementaron medidas más o menos restrictivas de derechos civiles y políticos. Por ende, los efectos de este tipo de declaraciones se manifiestan en más de un nivel, espacio o ámbito de forma simultánea, de ahí que la noción ‘multi-nivel’ de la gobernanza global es útil para analizar los actos institucionales de la OMS y de los gobiernos de los países afectados.

A fin de cuentas, la naturaleza ‘leve’ o ‘moderada’ de la pandemia⁴⁹ condujo a la percepción de que no hubo necesidad de recurrir a medidas más agresivas para hacerle frente. Asimismo, la pronta respuesta de los países condujo a la impresión de que se actuó a tiempo y que la respuesta institucional fue, en su mayor parte, acertada.⁵⁰ Empero, la situación del Ébola refleja un panorama distinto, que si bien justifica la misma visión de gobernanza global que se expuso en párrafos precedentes, se enmarca en una coyuntura peculiar relativa a la situación de desventaja de los países africanos que sufren su azote.

VI.b.- *La crisis del Ébola de 2014 como reto para la comunidad internacional*

Desde Marzo de 2014, la OMS fue notificada de un brote de Ébola en la región de África Occidental.⁵¹ Posteriormente, el 8 de Agosto de 2014, dicha organización emitió una declaración formal de emergencia de salud pública de importancia internacional, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional.⁵²

En el momento en que se escriben estas líneas, el Ébola se ha propagado por varios países de manera consistente, y ha ocasionado la muerte de miles de personas. Sin embargo, de acuerdo con la propia OMS, los casos «reales» son todavía más numerosos, puesto que el fenómeno del «subreportaje» derivado de la precaria condición de monitoreo de los sistemas de salud de los principales países afectados impide contar con una cifra exacta de las personas contagia-das.

⁴⁹ Sanders, Laura, “Of Swine and Men. Scientists study H1N1’s past to predict what the virus has in store”, en *Science News*, 27 de Febrero de 2010, Estados Unidos, p. 23.

⁵⁰ Por supuesto, esto no quiere decir que no se hayan detectado deficiencias. Así se estimó en el *Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con la pandemia por virus (H1N1) de 2009*, presentado en la 64a. Asamblea Mundial de la Salud, A64/10, del 5 de mayo de 2011, especialmente pp. 143-144.

⁵¹ WHO Ebola Response Team, “Ebola Virus Disease in West Africa - The First 9 Months of the Epidemic and Forward Projections” en *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, no. 16, Octubre de 2014, Massachusetts Medical Society, Estados Unidos, p. 1481.

⁵² Véase el contenido de esta declaración en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-20140808/en/>

A simple vista, lo que ocurre con el Ébola podría ser interpretado como una repetición de la coyuntura que estuvo presente en la pandemia de influenza de 2009-2010. Pero es necesario exponer algunas precisiones.

El Ébola, según señalan algunos autores del ámbito de la Medicina, corresponde al rubro de una enfermedad tropical «olvidada». En ese sentido, la reciente crisis pone de relieve que los problemas que originalmente se conciben como limitados a una región particular —de ahí el adjetivo «tropical»— tienen aun así un potencial para convertirse en amenaza global, merced a las dinámicas inherentes a la propagación de enfermedades contagiosas a lo largo de fronteras.⁵³

De manera relevante, y contrario a lo que ocurre con la influenza, en el caso del Ébola tanto la OMS como algunos expertos no sólo consideran que la cuarentena y/o el aislamiento son útiles para hacerle frente, sino que las estiman como medidas necesarias para contener la propagación de la enfermedad, una vez que ésta se manifiesta.⁵⁴

Entonces, la crisis humanitaria del Ébola en África Occidental obedece en gran medida —y de forma muy similar a la región de América Latina— a patrones de desigualdad estructural y de falta de infraestructura por parte de los países de ese continente, para hacerle frente a un brote que ya tiene magnitudes catastróficas.

Por otra parte, las lamentables condiciones socioeconómicas de los países africanos que han sido más afectados por el Ébola, también ha derivado en una desatención por parte de actores no-estatales con visión de Mercado, como lo son las empresas farmacéuticas. En consecuencia, a pesar de que el Ébola había sido identificado desde 1976, no se había diseñado a la fecha vacuna alguna para hacerle frente a esa enfermedad.⁵⁵

⁵³ Véase el comentario Editorial titulado “Neglected tropical diseases: no longer someone else’s problem” en *The Lancet Infectious Diseases*, vol. 14, Lancet Publishing Group/Elsevier Science, Estados Unidos, Octubre de 2014, p. 899.

⁵⁴ Así lo establecen las recomendaciones que emitió la OMS el 8 de Agosto de 2014, al declarar la emergencia de salud pública de importancia internacional. También es útil ver la explicación médica en Dhillon, Ranu S, Srikrishna, Devabhaktuni y Sachs, Jeffrey, “Controlling Ebola: next steps” en *The Lancet*, vol. 384, no. 9952, Elsevier, Estados Unidos, Octubre de 2014, pp. 1409-1411.

⁵⁵ Esta afirmación ha sido confirmada a través del análisis comparativo de Röttingen, John-Arne, y otros, «Mapping of available health research and development data: what’s there, what’s missing, and what role is there for a global observatory?» en *The Lancet*, vol. 382, no. 9900, Elsevier, Estados Unidos, Octubre de 2013, 1301-1306. También se puede observar esta explicación en Uprimny, Rodrigo, “Ébola, ¿tragedia o injusticia?» en *El Espectador*, 11 de Octubre de 2014, consultable en: <http://www.elespectador.com/opinion/ebola-tragedia-o-injusticia-columna-521776>

En cambio, el caso de la Influenza A(H1N1) de 2009 reflejó una dinámica distinta, pues la presencia prácticamente global⁵⁶ de esta enfermedad conlleva, en primer término, que no se le catalogue como ‘tropical’ u olvidada. Esto posibilita e incentiva, pero a la vez complica en otro sentido la respuesta inmediata de la comunidad internacional, puesto que la gran mayoría de los países siente un perjuicio ‘directo’ y puede limitarse más bien a seguir sus propios intereses.

Dicho todo lo anterior, y más allá de las diferencias entre la gestión de una y otra enfermedad, la naturaleza jurídica de las medidas internacionales justifica la selección de un enfoque de gobernanza para entender por qué son relevantes más allá de su carácter formal y legalmente obligatorio o no.

VI.c.- *Las epidemias y/o pandemias desde una perspectiva de gobernanza global*

Como se dijo en reiteradas ocasiones, los mecanismos internacionales diseñados para hacerle frente a la propagación de epidemias y/o pandemias varían de enfermedad a enfermedad, dadas las características heterogéneas de éstas.⁵⁷ Frente a esta circunstancia, los instrumentos, documentos, protocolos o directrices están diseñados de tal manera que proporcionan discreción a la autoridad coordinadora para definir cuáles herramientas son mejores en cada caso. Esto puede obedecer a dos circunstancias subyacentes:

Por un lado, el conocimiento sobre cuáles son las medidas más eficaces para mitigar la propagación de una enfermedad está en constante evolución. El caso de la influenza A(H1N1) de 2009 sirve como parámetro para observar la efectividad de recursos como el distanciamiento social o recursos médicos no-farmacéuticos como los guantes o el gel antibacterial. Sin embargo, con todo y la experiencia de este evento, los resultados están lejos de ser definitivos o concluyentes.⁵⁸

⁵⁶ Así se explica en STUART Abramson, Jon, *Inside the 2009 Influenza Pandemic*, World Scientific Publishing, Singapur, 2011, pp. 158-159.

⁵⁷ Otro punto de comparación sería la distinción que puede establecerse entre el carácter más o menos contagioso del Ébola frente al Sarampión, en tanto esta última se estima como mucho más difícil de contener, si bien actualmente es menos agresiva y letal. Véase WHO Ebola Response Team, “Ebola Virus Disease in West Africa - The First 9 Months of the Epidemic and Forward Projections”... *cit.*, p. 1489.

⁵⁸ La naturaleza del virus de la influenza ha sido catalogada como ‘impredecible’ y requiere de ulteriores estudios respecto de los medios idóneos para hacerle frente. Para más sobre este punto, véase “Trade, travel and disease: The role of law in pandemic preparedness” in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 5, no. 2, National Taiwan

Por otro lado, la posibilidad del surgimiento de una nueva enfermedad, o bien de una mutación en las enfermedades ya existentes, subraya la necesidad de contemplar esta discrecionalidad, pues no existe tal cosa como una visualización a priori de todos los posibles escenarios en el campo de las enfermedades contagiosas.⁵⁹ Esto obedece tanto a limitaciones conceptuales inherentes a la Medicina, como al carácter inevitablemente incompleto de la información con la que cuentan las autoridades al momento de tomar una decisión —ya sean organizaciones internacionales como la OMS, o bien los distintos órganos sanitarios locales—.⁶⁰

En atención a lo apenas expuesto, la preparación y respuesta a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010 inició formalmente a partir de una coordinación internacional regional, conformada por los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México.⁶¹ Aquí se evidencia por qué la idea ‘multi-nivel’ de la gobernanza resulta útil para explicar estas dinámicas, en la medida en que los distintos niveles —internacional, regional, nacional— juegan todos un papel en el manejo del problema. Por el momento y por cuestiones de tiempo y espacio, se deja de lado lo relativo a los mecanismos nacionales que se utilizaron en México para combatir la epidemia/pandemia de influenza.

En cambio, en el caso del Ébola, cabe resaltar que la detección y notificación del brote se debió a los esfuerzos en el terreno de un actor no-estatal: El organismo sin fines de lucro Médicos sin Fronteras (MSF).⁶² Su partici-

University Press, Taiwán, Septiembre de 2010, pp. 306-308; Fineberg, Harvey, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”... *cit.*, p. 1341.

⁵⁹ Estas propiedades epistemológicas han sido designadas como un ‘estándar dorado’ en el campo del derecho. Véase Cáceres, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with necessary conditions and the Concept of Law” en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2012, pp. 41-42

⁶⁰ Menéndez, Eduardo L. “Las influenza por todos tan temidas o de los difíciles usos del conocimiento” en *Desacatos. Revista de Antropología Social*, CIESAS – Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, número 32, enero-abril 2010, pp. 21 y 28; también, Algarra Garzón, Giovanni Miguel, “Definiendo un escenario de toma de decisiones: El caso de la Influenza humana A(H1N1)” en BRENA Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias Sanitarias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, pp. 70-73.

⁶¹ Campa, Homero, “Preocupación Mundial” en *Proceso. Semanario de información y análisis*, No. 1695, CISA, Comunicación e Información, S.A. de C.V., México, 26 de abril de 2009, pp. 12-13.

⁶² De hecho, los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento Sanitario Internacional contemplan la posibilidad de que la OMS tome en cuenta informes provenientes de ‘otras fuentes’ además de los Estados Parte, lo que alude a un papel más activo de actores no-estatales en el procedimiento formal de notificación de un evento de salud relevante. Véase también Fidler, David P. y Gostin, Lawrence O., “The New International Health Regulations: An Historic

pación fue determinante para lo que eventualmente sería la declaración formal emitida por la OMS, dado que la presencia continua de MSF en el continente africano le permitió observar un patrón anómalo en la propagación del virus del Ébola. La cadena de reacciones que se suscitó llegó incluso hasta el nivel de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la que declaró que la emergencia ocasionada por el Ébola constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales.⁶³

De esta manera, el enfoque de gobernanza global se relaciona también en otro sentido con la crisis del Ébola, pues se trata de un escenario en el que la participación de actores no-estatales se erige en una pieza indispensable de la maquinaria. Esto puede aludir, en un sentido más general, a la presencia de numerosos entes internacionales que no pertenecen a una estructura intergubernamental y que, no obstante, contribuyen en ocasiones a gestionar los problemas considerados como «públicos»,⁶⁴ como en lo tocante a la propagación transfronteriza de enfermedades contagiosas, e inclusive a la creación de normas de Derecho Internacional a ese respecto.⁶⁵

En suma, el (los) esquema(s) de gobernanza global contribuye(n) a comprender por qué es útil recurrir a medidas no-vinculantes en el ámbito internacional, para hacerle frente a problemas como las epidemias y/o pandemias. Tanto el carácter incierto del amplio espectro del fenómeno de las

Development for International Law and Public Health” en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 34, no. 1, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Primavera de 2006, p. 90.

⁶³ Véase la resolución 2177 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 18 de Septiembre de 2014.

⁶⁴ Esta tendencia que se asume como una consecuencia para el Estado frente al proceso de globalización, puede observarse en SERRA De la Garza, José María, *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano...* cit., pp. 67-68; de igual manera, LÓPEZ-Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pp. 6-7; también HELD, David, y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la Reconstrucción del Orden Mundial*, Editorial Paidós, España, 2003. Asimismo, es útil retomar lo expuesto en BECERRA Ramírez, Manuel, et al., “La soberanía en la era de la globalización”, en BECERRA Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y Juridificación en las Relaciones Internacionales*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Facultad de Estudios Superiores Acatlán, México, 2010, pp. 56-57.

⁶⁵ Para un vistazo más detallado a la notoria participación de distintos actores en el combate de enfermedades contagiosas, véase Lee, Kelley, “Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape” en KAY, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, p. 27 y ss.; AGINAM, Obijiosor, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World* University of Toronto Press Inc., Canadá, 2005, especialmente p. 88 y ss.

enfermedades contagiosas, como la discrecionalidad que se le otorga a los organismos encargados de hacerles frente, vuelven necesaria una flexibilidad en la respuesta a las contingencias imprevisibles como las ocasionadas por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS, por sus siglas en inglés), la influenza A(H1N1), el poliovirus salvaje, el Ébola, o bien enfermedades hasta ahora inauditas. La flexibilidad que otorga ese carácter no-vinculante permite que la respuesta se calibre o ajuste a las circunstancias que pueden ser muy diferentes entre una y otra epidemia o pandemia.

VII. CONCLUSIÓN

A manera de comentario final, vale la pena subrayar la utilidad de la idea de gobernanza global a lo largo de este análisis, en la medida en que se trata de un puente conceptual que permite ligar fenómenos que no encuadran en las categorías jurídicas tradicionales de vinculante/no vinculante, obligatorio/no obligatorio. De esta manera, la idea de gobernanza y específicamente la relativa a que algunos actos considerados como no-vinculantes *de facto* obligan a los países más allá de su carácter jurídico formal. Esto, a su vez, remite a la necesidad de emprender la búsqueda en las teorías jurídicas de conceptos que puedan servir para comprender la proliferación de estos documentos, estándares o instrumentos que, a pesar de no tener un carácter jurídico obligatorio-formal, aun así tienen efectos relevantes sobre, por ejemplo, los Estados y los individuos.

Dicho lo anterior, fenómenos de suma gravedad como lo serían las emergencias sanitarias y las pandemias pueden eventualmente ser gestionados en buena medida a través de actos no-vinculantes, como sucedió en la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010 y como está ocurriendo actualmente en la crisis del Ébola de 2014. Resulta meritorio aspirar a encontrar el aparato conceptual que pueda dar explicaciones más o menos satisfactorias a las dinámicas internacionales, y la gobernanza global parece ser adecuada para este propósito.

GLOBALIZACIÓN, GOBERNANZA GLOBAL Y DERECHO PENAL

Arturo VILLARREAL PALOS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El sistema acusatorio-oral en América Latina.* III. *La agenda de las convenciones internacionales.* IV. *El Derecho penal del enemigo como reacción ante la criminalidad organizada.* V. *El establecimiento de la justicia internacional penal.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la globalización no es un fenómeno nuevo —ya la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) ha advertido que al menos desde el siglo XIX se le tiene documentado—, lo cierto es que durante los últimos tiempos ese fenómeno se ha acelerado, a lo cual ha contribuido enormemente la revolución en las comunicaciones y en la información¹.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I.

¹ De acuerdo con la CEPAL, si bien la globalización no es un proceso nuevo, los cambios en términos de espacios y tiempos provocados por la revolución en las comunicaciones y la información le han dado nuevas dimensiones, que representan transformaciones cualitativas con respecto al pasado. Los historiadores modernos —de acuerdo con CEPAL— reconocen tres etapas que se destacan en el proceso de globalización de los últimos 130 años. La primera fase abarca de 1870 a 1913 y se distingue por una gran movilidad de capitales y mano de obra, junto con un auge comercial debido a la notable reducción de los costos de transporte. Esta fase es interrumpida por la primera guerra mundial, pero después de la segunda se inicia una nueva etapa que comprende de 1945 a 1973 y en la que priman un gran esfuerzo por desarrollar instituciones internacionales de cooperación técnica, financiera y comercial y una notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, junto con la existencia de una gran variedad de modelos de organización económica y una limitada movilidad de capitales y de mano de obra. “En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyos principales rasgos son la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de

La globalización (globalismo, en términos de Keohane y Nye), es un estado del mundo que implica redes de interdependencia a distancias multicontinentales. Estas redes pueden vincularse a través de flujos e influencias de capitales y bienes, información e ideas, personas y fuerzas, así como sustancias medio ambiental y biológicamente relevantes².

Pero el proceso de globalización —y esto es probablemente lo mas nuevo—, parece llevar aparejado el surgimiento de un gobierno o gobernanza global.

La gobernanza global, conceptualizada como un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos que proporcionan estándares de comportamiento público aceptable y que no necesita ser conducida por los gobiernos³, involucra, de acuerdo con Serna de la Garza, complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales y actores no estatales de diversa índole, como empresas transnacionales y organizaciones no gubernamentales internacionales⁴.

Ahora bien, adentrados en el proceso de globalización, me gustaría explorar algunas de las rutas donde creo que la gobernanza global ha impactado al Derecho penal, tanto en un aspecto positivo como negativo, al menos en la esfera del mundo occidental y particularmente en nuestra región.

Son cuatro los aspectos que me gustaría considerar: 1) Las acciones desplegadas para el establecimiento de un sistema procesal penal acusatorio y oral en América latina; 2) La agenda de las convenciones internacionales como modeladoras del derecho interno; 3) El surgimiento y caracterización del *Derecho penal del enemigo* para enfrentar la criminalidad organizada y el

empresas transnacionales que funcionan como sistemas internacionales de producción integrada, la expansión y la considerable movilidad de los capitales unida a la persistencia de las restricciones al movimiento de mano de obra, y el acceso masivo a la información en ‘tiempo real’, gracias al desarrollo de tecnologías de información y comunicaciones. Asimismo, se advierte una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo”. Véase: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA, CEPAL. *Globalización y Desarrollo. Vigésimonoven Periodo de Sesiones*. Brasil, 2002, págs. 13, 18 y 19, Disponible en Internet [citado 15/01/2014]: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S2002024.pdf>

² Vid. KEOHANE, Robert O. y NYE Jr., Joseph S. “Introduction: Governance in a Globalizing World”. En: NYE, J.S. y DONAHUE, John D. (eds.). *Governance in a Globalizing World*. United States of America, Brookings Institution Press-Visions of Governance for the 21st Century, 2000, pág. 2. Es importante hacer notar que estos autores hablan de la “globalización” como el proceso por el que el “globalismo” se hace cada vez mas espeso

³ Vid. Vid. KEOHANE, Robert O. y NYE Jr., op. cit. pág. 10.

⁴ SERNA DE LA GARZA, José María. “Reflexiones sobre el concepto de ‘Gobernanza Global’ y su impacto en el ámbito jurídico”. En: DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coordinador). *V Jornadas. Crisis y Derechos Humanos*. 1^a edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, pág. 26.

terrorismo; y 4) El establecimiento de la justicia internacional penal, como un fenómeno atípico del Derecho Internacional Público.

II. EL SISTEMA ACUSATORIO-ORAL EN AMÉRICA LATINA

Un primer aspecto de la globalización en materia penal no es de orden sustantivo, sino procesal: Se refiere a la introducción paulatina en nuestra región, desde finales de los años noventa, del sistema de procedimiento penal acusatorio y oral, en detrimento del viejo sistema predominantemente inquisitorio y escrito, según lo demuestran los casos de Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y las provincias Argentinas de Buenos Aires, Córdoba y Rosario⁵.

El fracaso del modelo anterior, se ha evidenciado de muchas y diversas maneras en América Latina, pero de manera particular por los altos índices de impunidad, la corrupción endémica, la desprotección de las víctimas y las violaciones a los derechos humanos de los acusados.

Me parece pues que aquí la agenda de la gobernanza global, particularmente impulsada por agencias y organizaciones estadounidenses, ha sido determinante para este cambio de paradigma, que, estimo, es cualitativamente muy trascendente .

México se ha incorporado mas bien con tardanza a este nuevo modelo, cuyo punto desencadenante es la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. Se trata, desde mi perspectiva, de la reforma en materia de justicia penal más importante desde la expedición de la Constitución Mexicana de 1917, pues a través de ella se instaura en todo el país un modelo acusatorio oral en materia de procedimiento penal, a la par de establecer la obligatoriedad de ofrecer medios alternos en materia de solución de controversias y facultar al Ministerio Público para considerar criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

Sabemos que el moderno sistema debe estar operando en todo el país a partir de junio de 2016, pero se aplica ya total o parcialmente en los estados de Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Morelos, Oaxaca, Puebla, Yucatán y Zacatecas y, a partir del segundo semestre de 2014, habrá de iniciar en Nayarit, Jalisco y Sinaloa.

⁵ Un seguimiento muy puntual de este proceso, es el que realiza el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con sede en Santiago de Chile. Su muy importante acervo puede consultarse en su pagina electrónica: <http://www.cejamerica.org/>

Este nuevo modelo será regulado por un (solo) Código Nacional de Procedimientos Penales, que se expidió por Congreso de la Unión el 5 de marzo de 2014, conforme a la facultad que se le otorgó en octubre de 2013, al adicionarse la fracción XXI del artículo 73 Constitucional.

III. LA AGENDA DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Una segunda vertiente de la influencia de la gobernanza global en el Derecho interno de las naciones, es el ritmo que marcan las convenciones internacionales.

A manera de ejemplo, puedo mencionar que a fines de 2013, México había suscrito 750 tratados bilaterales y 638 tratados multilaterales, con diversos compromisos para nuestro país. Pero me referiré mas detalladamente a los 59 tratados internacionales multilaterales y 6 bilaterales que contienen disposiciones de orden sustantivo penal, los cuales sirven al propósito de darnos un panorama introductorio a esta temática.

Hago hincapié en la expresión “Derecho penal sustantivo”, lo que significa que aludo solo a instrumentos internacionales relacionados con el delito y sus consecuencias jurídicas, lo que deja de lado aquellos otros que tengan que ver con disposiciones del Derecho procesal penal o del Derecho ejecutivo penal.

Son cuatro los rubros en los que podemos agrupar estas disposiciones:

a) Aquellas en donde los Estados parte se comprometen a abolir penas, en este caso, la pena de muerte.

b) Aquellas donde los Estados asumen el compromiso de crear delitos, en materias tales como genocidio y desaparición forzada de personas; tortura; represión y el castigo del crimen de apartheid; sanción y erradicación de la violencia contra la mujer; crímenes de guerra; protección de bienes culturales; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; corrupción y cohecho a funcionarios públicos; delincuencia organizada; tráfico ilícito de migrantes; trata de personas; venta de niños, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía; fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego; terrorismo; violación a leyes del trabajo; falsificación de moneda; derechos de autor y propiedad industrial y protección de procedimientos aduaneros sobre el origen de mercancías.

b) Aquellas por las que se establecen delitos, en materia de apoderamiento ilícito de aeronaves, toma de rehenes, violencia en aeropuertos y seguridad de la aviación civil, la navegación marítima y las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

c) Aquellas que contienen disposiciones sustantivas de orden penal, veracidad, imprescriptibilidad de ciertos delitos (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y desaparición forzada de personas) o causas de exclusión del delito (justificaciones o permisiones), como por ejemplo, en los casos que se actúe para proteger la seguridad aérea o marítima.

Como vemos, hay una agenda muy amplia modeladora de nuestro derecho interno que deriva de las convenciones internacionales, cuyo cumplimiento, por cierto, se ve comprometido por el rezago legislativo que observamos en las entidades federativas en las materias que son de su competencia⁶.

Parece por tanto necesario insistir en el tema de la codificación penal única, como un camino útil que puede ayudar a resolver el desfasamiento existente entre la legislación nacional y a cumplir los compromisos contraídos en los tratados internacionales.

IV. *EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO REACCIÓN ANTE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA*

En el ámbito de la lucha contra la criminalidad han surgido expresiones teóricas que modelan el derecho penal en una determinada dirección. Una de ellas es la adjetivización del Derecho penal como un Derecho penal del *enemigo* frente a un Derecho penal del *ciudadano*, lo que implica un trato diferenciado en la lucha contra el delito: restrictivo y de menos garantías para los delincuentes “enemigos” y liberal y amplificador para los delincuentes “ciudadanos”. Esta diferenciación cobra notoriedad a raíz de su propagación y difusión por el Profesor Emérito de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, y ha tenido efectos prácticos en el plano legislativo.

De acuerdo con el pensamiento de Jakobs, podemos extraer que el Derecho penal del enemigo presenta como mínimo tres características: a) es un Derecho penal de autor (se pena por lo que se es) en oposición a un Derecho penal de acto (se pena por lo que se hizo); b) adelanta la barrera de la punición a los estados previos (preparatorios) a la ejecución del delito, es decir, no se “espera” a que el delincuente actué, por lo que es proclive a sancionar la “asociación” y la “conspiración” para delinquir; y c) sanciona los “esta-

⁶ Un estudio más detallado de estas cuestiones puede encontrarse en mi libro: *Introducción al Derecho Penal de los Tratados Internacionales en México*. 1^a edición, México, Editorial Porrúa, 2011.

dos previos” casi como si el delito se hubiera cometido, lo que quiere decir que contempla punibilidades desproporcionadas⁷.

Ahora bien, este Derecho penal para enemigos en principio se viene aplicando con rigor para los casos de terrorismo y criminalidad organizada, con la necesaria flexibilización también de garantías básica del debido proceso y un régimen especial de ejecución penal⁸.

Nadie es conforme con la existencia de un Derecho penal para enemigos, en tanto, como dice Ferrajoli, “se piense lo que se piense sobre el terrorismo y en general de los fenómenos criminales de gravedad excepcional, sólo las dos respuestas apuntadas son compatibles con la lógica del estado de derecho, la cual excluye que se pueda considerar la razón de estado como razón jurídica. La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas —si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los medios, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles...”⁹.

Con ello quiere decirse lo insostenible de ir mas allá del límite de los Derechos Humanos, en la persecución del Delito y crear leyes y situaciones de excepción conforme a la razón de Estado. Algunos ejemplos tenemos aquí en la Ley federal sobre delincuencia organizada y en los términos en que está planteado el arraigo constitucionalmente.

Ello no significa desconocer la necesidad de enfrentar a la criminalidad organizada y al terrorismo con medidas penales acordes a la magnitud y gravedad del hecho, pero dentro del cauce del Estado de Derecho, pues como dice Schünemann la justicia penal necesariamente debe ser colocada

⁷ Vid. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1^a edición, España, Editorial Thomson-Civitas, 2003, págs. 33, 40, 42 y 43.

⁸ Ya antes, en el régimen Nazi, según nos recuerda Daniel Erbeta, el que fuera un gran penalista, Edmund Mezquer, para fundamentar el proyecto de ley de “extraños a la comunidad”, en lo que se considera un desatinado razonamiento, sostuvo que en el futuro habría un derecho penal para la generalidad (que mantendría el sistema de garantías) y un derecho penal especial para un determinado grupo de personas como los delincuentes por tendencia, quienes debía derivarse a campos de concentración. Vid. ERBETA, Daniel. “Postmodernidad y Globalización: ¿Hacia donde va el derecho Penal? En: ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (Directores), HERNÁNDEZ, Carlos A. (Coordinador). *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. 1^a edición, Argentina, 2005, pág. 81.

⁹ Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 7^a edición, España, Editorial Trotta, 2005, pág. 830.

en condiciones de mantener la vigencia del Derecho y la protección de los bienes jurídicos frente a la forma específica de amenaza del terrorismo moderno, pero ello no supone que pueda existir un enemigo como no-persona, sino que se trata de un problema de modernización de la justicia penal como respuesta a la modernización del delito¹⁰.

Pero, con todo, el modelo del Derecho penal del enemigo es un “Derecho” en sentido formal, es decir, surge de un procedimiento propio de un Estado de Derecho, a través del acto legislativo: se trata de normas que, equivocadas o no, son creadas por el legislador.

Sin embargo, alarmantemente constatamos que en los últimos tiempos ha surgido un Derecho penal del enemigo administrativo o delegado al Poder Ejecutivo, como ha ocurrido en los Estados Unidos de América después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y, en donde, podemos hablar mas que de un “Derecho penal del enemigo” de un “no Derecho para el enemigo” y que incluso ha posibilitado actos que podemos clasificar como de ejecución extrajudicial, en tanto no derivan de un conflicto armado en sentido estricto, como lo fue la publicitada muerte de Osama Bin Laden por un comando de las fuerzas armadas estadounidenses el 1 de mayo de 2011, luego tomar por asalto su domicilio en territorio de Paquistán¹¹.

Esta concepción, desarrollada en la administración del Presidente George W. Bush, se basa en las ideas de la oficina de Consejo legal del Departamento de Justicia y han sido explicadas muy detalladamente por John Yoo, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de California en Berkeley y quien como *Deputy Assistant* de la oficina del Abogado General de los Estados Unidos, formó parte muy destacada de esa oficina.

En su libro “Guerra por otros medios” el profesor Yoo explica que a los miembros de Al Qaeda —con los que se supone que Estados Unidos se encuentra en guerra— no le son aplicables los Convenios de Ginebra, toda vez que no constituyen una nación, no han signado dichos convenios y tampoco los obedecen, argumentación que también puede extenderse a los Talibanes en Afganistán. Conforme a este razonamiento tanto los Talibanes como los miembros de Al Qaeda tendrían entonces el carácter de “combatientes ilegales” o “combatientes enemigos” y, por tanto, quedan excluidos

¹⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho Penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligros y límites. 1^a edición, Argentina, Editorial Hammurabi, 2010, págs. 147, 149, 150, 165 y 166.

¹¹ Un análisis detallado de esta cuestión podemos encontrarlo en: AMBOS, Kai y ALKATOUT, Josef. “¿Se hizo justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el Derecho internacional”. En: Cuadernos de Política Criminal, España, Número 104, II, Época II, Octubre de 2011, págs. 5 a 26.

de la protección de los Convenios de Ginebra y, por ejemplo, en caso de ser capturados, no serían considerados como prisioneros de guerra ¹².

La figura del “combatiente ilegal” o “combatiente no privilegiado” no es desconocida en el Derecho internacional humanitario y se refiere a una persona que en un conflicto armado internacional participa directamente en las hostilidades sin estar autorizada para hacerlo y por tanto no puede ser considerado como prisionero de guerra cuando cae en poder del enemigo. En contrapartida serían combatientes (legales) los miembros de las fuerzas armadas o milicias de una de las Partes en conflicto, quienes no pueden ser enjuiciados por actos cometidos en combate, a menos que se trate de un crimen de guerra y en caso de ser capturados, deben recibir el trato de prisioneros de guerra ¹³.

Sin embargo, una diferencia toral del “combatiente ilegal” de la administración Bush y el “combatiente ilegal” del Derecho internacional humanitario, es que, en el primer caso, este combatiente queda excluido de cualquier protección jurídica, es decir queda fuera del Derecho, y, en el segundo, si bien no puede ser protegido conforme al Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, sí queda cubierto por el Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, lo que supone, como mínimo, el Derecho a ser tratado con humanidad, a no ser objeto de tortura, a ser informado sin demora de los motivos de su detención y a ser juzgado por un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario ¹⁴.

Sin embargo, las medidas gubernamentales estadounidenses adoptadas para combatir a estos “combatientes ilegales” o “combatientes enemigos”, carentes de derechos, han sido, de acuerdo con Campderrick, en lo funda-

¹² Vid. YOO, John. *War by other means. An insiders's account if the war on terror*. First edition. U.S.A., Atlantic Monthly Press, 2006, págs. 20-22, 24-26 34-35, 39, 43 y 45.

¹³ Sobre estas cuestiones, con mayor amplitud, véase: DÖRMANN, Knut. “La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, editada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 31 de marzo de 2003, Disponible en Internet (citado 15/01/2014): <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfg.htm>

¹⁴ A este respecto Dörmann observa que las protecciones del artículo 75 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra “se aplican a todas las personas que hayan participado en las hostilidades, pero que no tengan derecho a recibir el estatuto o el trato de prisionero de guerra, y que no reúnen las condiciones para recibir un trato mas favorable en virtud del IV Convenio”. Véase, op. cit. supra, pág. 15.

mental tres: “reclusión por tiempo indefinido en bases militares (sobre todo, Guantánamo), enjuiciamiento con exclusión de cualquier clase de recurso judicial por comisiones militares nombradas, reguladas y supervisadas por el poder ejecutivo (distintas de los tribunales militares legalmente previstos) y sujeción a ‘técnicas de interrogatorio agresivas’, esto es, a formas más o menos sutiles de tortura inadmisibles en la investigación criminal policial”¹⁵.

Como vemos la globalización ha traído también enemigos del Derecho, lo que es necesario revertir, me parece, a través de la agenda de los convenios internacionales.

V. EL ESTABLECIMIENTO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL

Otro aspecto relevante de la gobernanza global es la creación de la justicia penal internacional permanente, cuestión que se había aplazado desde el fin de la segunda guerra mundial y que apenas tuvo momento propicio en 1998 con la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Este paso es relevante no solo porque culmina el sueño de poder enjuiciar los crímenes mas graves contra la humanidad cuando los Estados no puedan o no quieran hacerlo, sino también porque termina el ciclo de los tribunales ad hoc, que se fueron creando y sucediendo conforme a las circunstancias, ya sea de facto, como en los casos de los tribunales militares de Núremberg y Tokio, ya por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como sucedió con los tribunales para ex Yugoslavia y Ruanدا, ya por acuerdo entre las Naciones Unidas y un Estado, como aconteció con los tribunales de Sierra Leona, Camboya y Líbano o ya creados por Misiones de Paz de las Naciones Unidas, como en los casos de Kosovo y Timor Oriental.

¹⁵ CAMPDERRICH, Ramón. “Ciudadano persona versus enemigo no-persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo”. Ponencia presentada en las IV Jornadas de Filosofía Política: Ciudadanía posible, ciudadanía deseable. 19 al 22 de noviembre de 2007. Seminario de Filosofía Política. Universidad de Barcelona, España, pág. 7. Disponible en Internet [citado 23/01/2014]: <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/> Campderrich advierte que el radicalismo de la postura de la Administración Bush suscitó finalmente una reacción decidida del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que ha accedido a atender recursos relacionados con los “combatientes ilegales” y ha declarado en sus sentencias la inconstitucionalidad de la prohibición de recurso judicial dirigida en contra de estos, así como de las comisiones militares sin las garantías judiciales básicas presentes en los procedimientos ante los tribunales civiles y los tribunales militares ordinarios, pero no ha cuestionado la detención por tiempo indefinido de “combatientes ilegales” mientras prosiga la “guerra contra el terrorismo”.

La suscripción de un convenio o tratado internacional para dar potestad a un ente supranacional para juzgar a un individuo o súbdito de un Estado, es un caso atípico del Derecho internacional público, en tanto este regula relaciones entre Estados o entre estos y las organizaciones internacionales u otros sujetos del Derecho internacional. Pero sin embargo, ésta atipicidad, ésta sesión de soberanía, es necesaria es un mundo globalizado, que no puede ser ajeno a la sanción de las grandes tragedias humanas.

Sabemos que son muchos los retos y desafíos que enfrenta la justicia penal internacional; sabemos que ha sido criticada la intervención que en ella tiene el Consejo de seguridad de Naciones Unidas en dos puntos muy sensibles: la posibilidad de iniciar procedimientos investigatorios y la facultad de detenerlos, pero en esta cuestión comparto la afirmación del Doctor Sergio García Ramírez, en el sentido de que es preferible contar con un tribunal así, que prescindir de él¹⁶. Además, no debe perderse de vista que por ahora, la única posibilidad que existe de que se aplique el Estatuto de Roma a un Estado no miembro, es precisamente por una petición del Consejo de Seguridad, lo cual no es algo que pueda verse con desdén desde la perspectiva de la justicia.

Pero no es esta la única debilidad que pudiera tener la Corte Penal Internacional. Al carecer de mecanismos propios de coerción, se requiere el apoyo decidido de los Estados tanto para desarrollar los procedimientos como para el cumplimiento de sus resoluciones. No sería, desde luego, nunca deseable que tuviera que acudirse a los mecanismos de coerción previstos en la Carta de las Naciones Unidas y que corresponde ejecutar al Consejo de Seguridad.

En este aspecto el panorama no es todavía alentador. Para octubre de 2013, habían ratificado el Estatuto 122 países de los cuales, según la contabilidad de la Corte Penal Internacional, 34 son Africanos, 27 de Latinoamérica y el Caribe, 25 de Europea occidental y oros países, 18 de Europa del este y 18 de Asia y el Pacífico. Es decir, se cuenta con el apoyo de Europa, incluyendo Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y España, de una parte significativa de África, de los principales países latinoamericanos y de una menor parte de Asia. Sin embargo, hasta la fecha los países árabes, salvo Jordania, la Federación Rusa, China, Japón, India, Pakistán, Irán y Turquía, entre otros de relevancia internacional, han permanecido al margen. Estados Unidos e Israel, dos de los Estados participantes en la Conferencia

¹⁶ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La propuesta de Reforma Constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nueva Serie, año XXXVI, número 108, septiembre-diciembre de 2003, página 1071.

y que firmaron el Estatuto, oficialmente han comunicado a las Naciones Unidas que no ratificarán el tratado y que por tanto ninguna obligación legal puede derivarse de su firma.

En ese tenor, el mayor desafío que deberá enfrentar la Corte Penal Internacional para su consolidación, es el de lograr el apoyo del más amplio conglomerado de naciones.

No obstante hay que destacar la intervención de la Corte en los casos que hasta ahora le han sido puestos en consideración: los de Darfur, Sudán y Libia, a petición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; los de Uganda, República Democrática del Congo, República Centro Africana y Mali, a petición de sus propios gobiernos; y los de Kenia y Costa de Marfil, por una petición oficiosa del Fiscal de la Corte.

Los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, según reza el artículo 1 del Estatuto de Roma, son aquellos “mas graves de trascendencia internacional”, dentro de los cuales se han considerado hasta ahora el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Algunos autores, por ejemplo Ferrajoli, creen que este catálogo debería aumentarse e incluir, por ejemplo, delitos de carácter trasnacional como el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico ilícito de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, los delitos que afectan al medio ambiente y la salud, los golpes de Estado y tentativas golpistas, desde luego siempre y cuando estos delitos no sean perseguidos en el territorio en donde son cometidos¹⁷.

En mi opinión la Corte Penal Internacional no puede convertirse en un sistema subsidiario de los sistemas judiciales del mundo y acoger un indeterminado número de causas y un sin número de delitos. Ello desnaturaliza su función de ser el organismo internacional que se encargue de sancionar los crímenes mas graves contra la humanidad, cuando los Estados no puedan o no quieran hacerlo.

Pero naturalmente, en el futuro pueden considerarse competencias adicionales, siempre y cuando pasen por el tamiz arriba señalado, pues como observa Joachim Vogel, el hecho de que existan una criminalidad trasnacional, no necesariamente implica que se trate de una criminalidad global¹⁸. No obstante, me parece importante reflexionar sobre el caso del terrorismo

¹⁷ Vid. FERRAJOLI, Luigi. “Criminalidad y Globalización”. En: *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Núm. 1, Tercera Época, Agosto-Septiembre de 2005, pág. 83.

¹⁸ Vid. VOGEL, Joachim. “Derecho Penal y Globalización”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel (Editor). *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9, 2005, pág. 115.

internacional sin localización geográfica precisa o de ubicación geográfica múltiple, que puede causar gran devastación humana y los daños ambientales de gran magnitud, que bien podrían pasar a formar parte del catálogo de delitos competencia de la Corte Penal Internacional.

En este último sentido, se ha pronunciado Adán Nieto Martín, quien considera que los delitos de *ecocidio* (daño ambiental provocado para exterminar una raza o etnia o provocar su desplazamiento), *geocidio* (daños al medio ambiente extendidos y duraderos, realizados sin justificación alguna y con una dimensión internacional) y *patrimonicidio* (expoliación de los recursos naturales como consecuencia de actos de abuso de poder), deberían ser sometidos al principio de justicia universal y ser competencia de la Corte Penal Internacional o un tribunal medioambiental internacional¹⁹.

Quiero finalizar estos breves apuntamientos con una reflexión sobre el dialogo que surge entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo, que por disposición del artículo 36.8 del Estatuto de Roma, deben estar representados en el seno de la Corte y del surgimiento consecuente de una teoría del delito para el Derecho Internacional penal y que, por ello, también se imbrica dentro del proceso de globalización y gobernanza global.

Ya Gerhard Werle observa, que frente al sistema cuatripartita del delito del sistema romano germánico, la práctica de los Tribunales penales internacionales desde la segunda guerra mundial se orientó hacia un concepto bipartita del delito propio del *common law*. Sin embargo, advierte Werle, El Estatuto de la Corte Penal Internacional acentúa la autonomía del Derecho penal internacional y sigue un concepto propio del delito. Este toma elementos de la teoría del delito del *common law* y del sistema jurídico continental, para crear un concepto de crimen específico para el Derecho penal internacional, el cual distingue entre crímenes, circunstancias que fundamentan la responsabilidad penal individual y circunstancias que la excluyen²⁰.

Asimismo, ese dialogo entre sistemas jurídicos configura y modela también la jurisprudencia penal internacional, que impacta e impactará en muy diversas y fructíferas direcciones, no solo en el ámbito de la justicia penal internacional, sino también en el Derecho internacional humanitario²¹.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. “Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”. En: *Revista Internacional de Derecho Penal*, Editada por la Asociación Internacional de Derecho Penal, con sede en Pau, Francia, Volumen 82, 3º y 4º trimestres de 2011, pág. 495.

²⁰ Cfr. WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Traducción del alemán por Claudia Cárdenas Aravena, Jaime Couso Salas y María Gutiérrez Rodríguez). 2ª edición, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 241 a 243.

²¹ Sobre esta última cuestión, puede verse, por ejemplo: GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la

VI. CONCLUSIONES

En un mundo de comunicación e información constante, parece imposible permanecer ajeno e, incluso, los conceptos de soberanía e independencia se relativizan, en tanto surgen fuerzas modeladoras visibles e invisibles que marcan tendencias en una u otra dirección.

Eso es precisamente la gobernanza global, producto de las enmarañadas interacciones entre Estados, organizaciones internacionales, empresas trasnacionales y organizaciones no gubernamentales, entre otras.

El campo del Derecho penal no ha sido ajeno a esas interacciones y en este trabajo he destacado cuatro aspectos que me parecen relevantes, en tanto tienen una incidencia sobresaliente en la vida de las personas.

La promoción y existencia de un sistema acusatorio y oral en materia procesal penal en América Latina, es un producto innegable del mundo globalizado, que arroja una indudable luz en la obscuridad que ha sido el sistema penal latinoamericano. Un gran avance, podemos verlo así, de la gobernanza global en la región.

Otro aspecto modelador del Derecho interno, lo es la agenda de las convenciones internacionales, que presionan por un Derecho global, o al menos unificado, en temas que son muy sensibles para la comunidad internacional. Parece, pues, otro producto positivo y propositivo de la gobernanza global.

Punto certero de esta gobernanza, lo es también el establecimiento de una justicia internacional penal permanente para juzgar a quienes cometan los crímenes más graves contra la humanidad y que, hasta ahora, se han contabilizado en cuatro: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, a los que en un futuro cercano —al menos desde mi perspectiva— podrían agregarse el crimen de terrorismo internacional y los daños ambientales de gran magnitud.

Ahora bien y si bien todo lo anterior puede verse como un saldo positivo de la gobernanza global, habría que buscar la forma de dar marcha atrás a sus saldos negativos, que, al menos en el rubro penal, se materializan en el *Derecho penal del enemigo*, tanto en su vertiente formalizada como informalizada. En resumen, hay que encontrar la manera de detener a los enemigos del Derecho, que, en momentos de crisis, aparecen por doquier.

evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal individual". En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, editada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 1 de febrero de 2001, Disponible en Internet [citado 15/01/2014]: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm>

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai y ALKATOUT, Josef. “¿Se hizo justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el Derecho internacional”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, España, Número 104, II, Época II, Octubre de 2011.
- CAMPDERRICH, Ramón. “Ciudadano persona versus enemigo no-persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo”. Ponencia presentada en las *IV Jornadas de Filosofía Política: Ciudadanía posible, ciudadanía deseable*. 19 al 22 de noviembre de 2007. Seminario de Filosofía Política. Universidad de Barcelona, España, pág. 7. Disponible en Internet [citado 23/01/2014]: <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/>
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL). *Globalización y Desarrollo*. Vigésimonoveno Periodo de Sesiones. Brasil, 2002, Disponible en Internet [citado 15/01/2014]: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S2002024.pdf>
- DÖRMANN, Knut. “La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, editada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 31 de marzo de 2003, Disponible en Internet [citado 15/01/2014]: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfg.htm>
- ERBETA, Daniel. “Postmodernidad y Globalización: ¿Hacia donde va el derecho Penal? En: ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (Directores), HERNÁNDEZ, Carlos A. (Coordinador). *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. 1^a edición, Argentina, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 7^a edición, España, Editorial Trotta, 2005.
- . “Criminalidad y Globalización”. En: *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Núm. 1, Tercera Época, Agosto-Septiembre de 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La propuesta de Reforma Constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nueva Serie, año XXXVI, número 108, septiembre-diciembre de 2003.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal indi-

vidual”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, editada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 1 de febrero de 2001, Disponible en Internet [citado 15/01/2014]: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misic/5tdpfn.htm>

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1^a edición, España, Editorial Thomson-Civitas, 2003.

KEOHANE, Robert O. y NYE Jr., Joseph S. “Introduction: Governance in a Globalizing World”. En: NYE, J.S. y DONAHUE, John D. (eds.). *Governance in a Globalizing World*. United States of America, Brookings Institution Press-Visions of Governance for the 21st Century, 2000.

NIETO MARTÍN, Adán. “Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”. En: *Revista Internacional de Derecho Penal*, Editada por la Asociación Internacional de Derecho Penal, con sede en Pau, Francia, Volumen 82, 3º y 4º trimestres de 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligros y límites*. 1^a edición, Argentina, Editorial Hammurabi, 2010.

SERNA DE LA GARZA, José María. “Reflexiones sobre el concepto de ‘Gobernanza Global’ y su impacto en el ámbito jurídico”. En: DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coordinador). *V Jornadas. Crisis y Derechos Humanos*. 1^a edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

VILLARREAL PALOS, ARTURO. *Introducción al Derecho Penal de los Tratados Internacionales en México*. 1^a edición, México, Editorial Porrúa, 2011.

VOGEL, Joachim. “Derecho Penal y Globalización”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel (Editor). *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9, 2005.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Traducción del alemán por Claudia Cárdenas Aravena, Jaime Couso Salas y María Gutiérrez Rodríguez). 2^a edición, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2011.

YOO, John. *War by other means. An insiders's account if the war on terror*. First edition. U.S.A., Atlantic Monthly Press, 2006.

GLOBALIZACIÓN, DERECHO ECONÓMICO Y GOBERNANZA

Jorge WITKER¹

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. GLOBALIZACIÓN Y RUPTURA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Witker Jorge. Ibídem

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

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

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

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

¹¹ Witker Jorge, Ibídem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. DE LA GLOBALIZACIÓN 01 A LA 02

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONSIDERACIONES FINALES

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

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

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

ACERCA DEL COORDINADOR

José Ma. SERNA DE LA GARZA. Doctor en derecho por la UNAM y en Gobierno por la Universidad de Essex, Inglaterra; investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor de asignatura en la Facultad de Derecho de la propia universidad; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores (nivel III); ha sido profesor visitante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas (Austin) e investigador visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg (Alemania).

Es autor de las siguientes obras: *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el derecho público (contribución para una Interpretación del caso de la Guardería ABC)*, e *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*; además, coordinó, junto con el profesor Armin von Bogdandy, el libro *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*.