

---I U S T I T I A---

Órgano de difusión Departamento de Derecho del ITESM



Ing. Eugenio Garza Sada

Agosto de 2003. Número 7
CAMPUS MONTERREY

CONCEPTOS PARA INSERTAR EN LA PRIMERA PESTAÑA DE FORROS:

Pitágoras como teórico de la educación, partía de una idea medular: *la armonía*. Pretendió realizar en la vida humana, el orden que veía en el Universo. Busca la armonía de cuerpo y alma, de padres e hijos, de familia y estado y de estados entre sí.

Para Sócrates, el fin último de la filosofía, es la educación moral del hombre. De ahí que las ideas generales que le preocuparon, fueron las virtudes éticas.

Para Séneca, la educación debe tener un carácter eminentemente práctico. Decía que no hay que aprender para la escuela, sino para la vida. Defendió siempre la idea de una concentración moral de la enseñanza: Todos los conocimientos han de ponerse en relación con la conducta moralmente orientada.

Para Plutarco, los tres factores esenciales de la educación son: Naturaleza, arte y hábito. Un buen cultivo del campo necesita una buena tierra (naturaleza); un campesino experto (arte) y una simiente fecunda (hábito).

CONCEPTOS PARA INSERTAR EN LA SEGUNDA PESTAÑA DE FORROS

Roger Bacon y Renato Descartes fueron quiénes, en el siglo XVII, crearon a la *didáctica* como la parte de la teoría de la educación, que trata de metodizar el proceso de aprendizaje.

Según John Locke, una educación integral comprende tres vertientes y, consecuentemente, tres grandes fines: Educación física, intelectual y moral; esto es, vigor físico, saber y virtud.

Juan Jacobo Rousseau era partidario de la educación activa: Decía: “Otra ventaja de aprender por nosotros mismos, es la de que no nos acostumbremos a una servil sumisión, a la autoridad de los demás, sino que ejercitando nuestra razón, adquiramos cada día, más ingenio para sorprender las relaciones de las cosas, conexionando nuestras ideas e inventando instrumentos”

Para Pestalozzi el objetivo de la educación es preparar a los hombres para lo que deban ser en sociedad. El individuo entregado al arbitrio de sus instintos naturales no rebasaría el estado de animalidad. Decía que sólo por la obra de la educación se alcanza la naturaleza humana.

IUSTITIA
REVISTA DE INVESTIGACION JURÍDICA
ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
Número 7. Agosto de 2003

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rancel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector del Campus Monterrey

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

Dr. Donato Cárdenas Durán
Director del Departamento de Derecho

Lic. Eloísa Fernández Rancel
Directora de la Carrera de Derecho

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

IUSTITIA
Revista Arbitrada

CONSEJO EDITOR

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

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

INDICE

- *Nuestra portada*
- *Editorial*.....
- El Orden Jurídico Mundial. Del Jus Gentium al Jus Imperium
Por: Dr. Donato Cárdenas Durán
- *Contratos de Alianza Estratégica (Joint Venture.) Segunda parte*
Por: Lic. José Manuel Martínez
- *Impuesto sobre la Renta. Segunda parte*
Por: Dra Doricela Mabarak Cerecedo
- *Contenido Fundamental de la filosofía del derecho*
Por: Centro de Investigación Jurídica
- *Teoría del Derecho . Segunda parte*
Dr. Rogelio Martínez Vera
- *Importancia y jerarquía del aprendizaje teórico en el modelo educativo del Tecnológico de Monterrey*
Por: Doricela Mabarak Cerecedo
- *Temas jurídicos para investigación:*
La mediación como instrumento alternativo de solución de controversias
La copropiedad en el régimen de sociedad conyugal
Evasión de los ordenamientos insertos en la Ley Federal del Trabajo
Por: Dr. Rogelio Martínez Vera
- El activismo electoral del Presidente Fox y la búsqueda de su fundamento jurídico
Por: Fersen Seceñas y Alejandra Bladinieres.....

NUESTRA PORTADA

Admitir el mérito de los demás, y reconocerlo de manera espontánea, pronta y pública, es una de las características del verdadero líder. Esta frase encierra la grandeza de espíritu de un gran hombre: Don Eugenio Garza Sada, quien con honor y por sobrados méritos, engalana hoy la portada de IUSTITIA.

Desde su aparición, hace ya dos años, nos hemos impuesto la tarea de rendir homenaje a un jurista importante, con el fin de enmarcar las investigaciones y estudios jurídicos que se publican en cada número de nuestra revista. Hoy se hace una excepción y no obstante que hablaremos de un ingeniero, por cumplirse en el próximo mes de septiembre SESENTA AÑOS de la creación del Tecnológico de Monterrey y 30 años de la infausta muerte de Don Eugenio, resulta impostergable el deber de rendir homenaje a este gran hombre, declarado Benemérito de la Educación en el estado de Nuevo León.

Nace nuestro homenajeado en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, el 11 de junio de 1892, en el seno de una familia importante, integrada por Don Isaac Garza y doña Consuelo Sada. Don Isaac fue fundador de tres importantes industrias regiomontanas: La cervecera, la vidriera y la fundidora. Ese ambiente de trabajo, esfuerzo y dedicación influyeron grandemente en la formación de los años iniciales del pequeño Eugenio, que se acostumbró a enfrentar retos con profundo sentido humano y con una amplia visión hacia el futuro.

El Colegio San Juan de Saltillo y el Colegio Hidalgo de Monterrey, fueron las instituciones educativas en donde este personaje aprende las primeras lecciones de su larga preparación intelectual. Al término de esta etapa, se traslada a los Estados Unidos de América a realizar sus estudios de nivel medio en la Western Military Academy, de donde egresa con altas calificaciones y distinciones. Los estudios profesionales los realiza el joven Eugenio en el Instituto Tecnológico de Massachussets, el famoso MIT, conocido por su alta exigencia y su extraordinaria calidad académica. Ahí obtiene nuestro hombre el título de Ingeniero Civil.

Regresa a la patria Don Eugenio en 1917, cuando apenas terminaba la cruenta revolución y se iniciaba la reconstrucción de un México moderno en el cual, encontraron amplio espacio, las ideas de este joven profesional, educado en otra cultura y cuyos pensamientos e ideas coincidían con las de algunos otros hombre jóvenes de la época: Hacer de nuestra patria un país justo y próspero, en el que imperara la libertad, la seguridad, la igualdad y un respeto irrestricto a la propiedad y al derecho de los demás.

Don Eugenio, quien para entonces contaba con 25 años de edad, comienza su larga carrera empresarial, aprendiendo los secretos de la dependencia, el sentido de responsabilidad y la lealtad a una institución. Para tal efecto se inicia en la empresa en donde su padre era el Presidente del Consejo, en un modesto empleo de auxiliar en el Departamento de ventas y mercadotecnia. Fue ascendiendo peldaños por propio esfuerzo, hasta llegar al más alto puesto directivo. Durante su gestión empresarial, trajo a Monterrey una nueva concepción del control y manejo de empresas: La estructura corporativa, denominada *Holding*, que ya operaba desde hacía algún tiempo en el

sistema económico del vecino país del norte. Nace así Valores Industriales, S.A. (VISA), como una empresa controladora de aproximadamente 20 empresas que operaban de manera independiente, aunque en todas ellas los accionistas eran casi los mismos.

Don Eugenio señalaba: *A una persona no le regales un pescado; mejor enséñalo a pescar; no repartas riquezas, reparte trabajo, con ello lograrás: Que la persona se sienta útil, que ocupe una parte importante de su vida, y que obtenga un ingreso que sea suficiente para la satisfacción de sus necesidades. De esta forma elevarás el nivel de vida de tus conciudadanos.*

En 1962 Don Eugenio se jubila de sus altas responsabilidades, después de 45 años de fecunda labor, aunque desde luego, en calidad de consejero no dejó un solo día sin laborar en su oficina, hasta 1973 en que ocurrió su lamentable muerte.

No puede dejar de mencionarse en ninguna biografía de este gran hombre, la realización de una de sus grandes ideas: La creación del **Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey**. Nuestro homenajeado soñaba con la existencia en Monterrey, de una institución educativa, con niveles de excelencia, como la tienen las escuelas en donde él realizó sus estudios. Este sueño de Don Eugenio se hizo realidad el 6 de septiembre de 1943, cuando se inauguró esta institución de estudios de nivel medio superior, profesionales y de postgrado, cuyo progreso sigue incesante. El precedente que sentó Eugenio Garza Sada, durante todo el tiempo que fue Presidente del Patronato que representa al Instituto, no sólo se ha mantenido, sino se ha acrecentado a tal grado, que su fundador debe, desde donde nos contempla, sentirse halagado y satisfecho de la enorme proyección nacional e internacional que tiene *nuestro* TEC DE MONTERREY.

La muerte física de Don Eugenio se da en una forma violenta, el 17 de septiembre de 1973, cuando al intentar ser secuestrado por un grupo de delincuentes, nuestro hombre defiende con valor y arrojo, su vida y su libertad y cae víctima de las balas de los malhechores que eran varios y que no tenían ni tuvieron nada que perder. En cambio, el país, la sociedad nuevoleonesa y el Tecnológico de Monterrey perdieron a un hombre, a todo un hombre de ideas, pensamientos y logros extraordinarios.

Mediante Decreto del Congreso, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, se declaró oficialmente a Don Eugenio Garza Sada como BENMÉRITO DE LA EDUCACIÓN, en reconocimiento a su destacada obra educativa y cultural en beneficio de sus semejantes.

Eugenio Garza Sada vive y vivirá espiritualmente, mientras late el corazón de sus empresas y mientras se mantenga viva la llama de su amor por la educación de excelencia en el ITESM.

EDITORIAL

El próximo 6 de septiembre cumple 60 años de una fructífera vida académica, el **Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey**. Sus logros y éxitos, son producto de grandes esfuerzos de los hombres que han integrado sus Patronatos, de quienes han dirigido a la institución durante las diversas etapas de su vida académica, de sus profesores e investigadores, que han puesto el mejor esfuerzo para la consecución de los objetivos y fines y desde luego, para los estudiantes, que han acudido sucesivamente en estos seis decenios a obtener un grado profesional o de postgrado, que les permita enfrentar los retos de la vida económica, industrial, comercial, política o social, con mejores y mayores instrumentos.

Es muy difícil que en una institución joven, se puedan crear *tradiciones*, es decir, actuaciones o formas de conducta ejemplar repetitivas en el transcurso de los años, puesto que ellas requieren de un largo proceso de institucionalización. Sin embargo en el TEC de Monterrey, existen, no obstante su corta existencia, numerosas tradiciones que han hecho de la institución un líder en materia educativa, cultural, social, deportiva y estudiantil.

La primera y desde luego, la más importante de sus tradiciones, es la educativa. De ello dan muestra y soporte, sus TREINTA Y TRES campus ubicados en diversos puntos de la República, que imparten educación a más de OCHENTA MIL ESTUDIANTES, tanto nacionales, como extranjeros, haciendo de este Instituto, el centro educativo privado, más importante del país, no sólo por la cantidad de campus y estudiantes, sino por el nivel de excelencia de sus estudios de lo cual existen evidencias patentes en todos los campos de la vida nacional de México, en donde los ex-A-Tec, destacan y brillan con luz propia.

La segunda gran tradición del TEC, es su afán de mejora continua, aquí la tradición es la consistente en no permanecer inmóvil, sino en moverse constantemente hacia mejores opciones educativas. En el TEC se implantaron por primera vez, entre las instituciones educativas del país, los cursos semestrales, se crearon los profesores de carrera en una institución privada; se implantó la concepción de un campus y se instaló un área de residencias para estudiantes foráneos, a fin de que pudieran vivir dentro del campus en donde estudian. Se ha implantado un nuevo modelo educativo en el que aprovechando los adelantos didácticos y tecnológicos, el estudiante se transforma en el eje y conductor de su propio aprendizaje. Así existen actualmente los cursos rediseñados en plataforma tecnológica, es decir, en una página de computadora, a través de la cual, el alumno recibe instrucciones y envía tareas a sus profesores, que se comentan dentro del salón de clases, al mismo tiempo que los temas de aprendizaje el cual, está enfocado hacia el método de casos, hacia la solución de problemas, la realización de proyectos y sobre un marco de un aprendizaje colaborativo

Dentro de esta segunda tradición no puede dejarse de mencionar a la Universidad Virtual, un sistema de educación a distancia, que llega no sólo a los 33 campus del Sistema, sino a otras universidades del extranjero, de Centro y Sudamérica y a las llamadas aulas virtuales empresariales. A través de cursos virtuales, se imparten materias de licenciatura y de postgrado que han originado una gran vinculación

educativa de todo el Sistema TEC, y un aprovechamiento de los conocimientos que divulga la institución a través de sus extraordinarios académicos e investigadores.

La tercera importante tradición del Tecnológico de Monterrey es la consistente en hacer participar a los estudiantes en actividades extraacadémicas, tanto culturales, como sociales o deportivas. En el espacio cultural, los estudiantes participan activamente en eventos artísticos, tanto de carácter teatral como musical. Son internacionalmente famosos los grupos estudiantiles Ensamble, Raíces y el Conjunto Coral de Cámara. Estos grupos han recorrido una gran parte del mundo, dejando en cada actuación una muestra palpable de su enorme calidad artística.

En el espacio deportivo, se el Equipo de fútbol americano del TEC, el que acabó con la hegemonía en este deporte, de los equipos de la UNAM y del Poli. Por varios años, el equipo representativo del campus Monterrey, ha sido campeón nacional, y en la liga mayor que agrupa a diez muy importantes equipos de este deporte, el TEC se encuentra representado por cinco equipos de diferentes campus. Este deporte es una tradición en la vida extraacadémica del TEC.

En el espacio social, el TEC se distingue por sus *misiones*, las cuales se integran por estudiantes que parten hacia los sitios más apartados de la República en sus días de vacaciones, para llevar sustento, consuelo, alegría y comunicación a grupos marginados de la sociedad mexicana que habitan en lugares aislados y deprimidos. Estas misiones son una tradición que ha inspirado a otros estudiantes de diversas instituciones e hacer lo mismo.

Los simposios y congresos que organizan y ejecutan los propios estudiantes, a través de sus sociedades de alumnos, son un esfuerzo cultural y extraacadémico importante que les aportan a las diversas carreras que se imparten en el TEC, un valor agregado, por las personalidades que asisten como expositores.

Existen otras muchas tradiciones, como la Expotec, El concurso baile de Reinas, el Programa Emprendedor; el de Liderazgo y otras muchas actividades estudiantiles que el TEC organiza y fomenta, pero que por falta de espacio no se comentan.

Finalmente, y como dato anecdótico, no se puede dejar de citar como una tradición: ¡Los chilaquiles que se preparan en sus cafeterías!. Numerosos Ex – A – Tec, asisten al campus Monterrey, entre otras cosas, para recordar su época estudiantil mediante el consumo aunque sea, de una pequeña porción de este *tradicional* y excelente *sostén* alimenticio.

En conclusión, IUSTITIA desea a la Comunidad TEC un 6 de septiembre inolvidable. Seguramente que los festejos que se realicen por su sexagésimo aniversario, estarán a la altura de tan fausto acontecimiento.

EL ORDEN JURÍDICO MUNDIAL DEL JUS GENTIUM AL JUS IMPERIUM

Por Dr. Donato Cárdena Durán*

*El poder no corrompe a los
hombres; los tontos sin embargo,
si llegan a una posición de poder,
corrompen el poder.*

George Bernard Shaw

I. El Imperio Romano

El ideal del estado nación constituido en la modernidad, se ha visto desplazado por el nuevo orden mundial que encuentra su origen y fundamento en el derecho internacional y al que se ha denominado como el nuevo orden global, mediante el cual se pretende constituir y legitimar una nueva forma de imperio.

En una publicación de Richard Bernstein sobre la guerra en Irak, el encabezado dice: “*Preocupa a europeos un EU Imperial.*” En este artículo se destaca como la clave de la nueva forma de imperialismo, la habilidad de los norteamericanos para ofrecer seguridad a las naciones sin violentar su identidad.¹

En el mismo artículo se pretende hacer una analogía del poder imperial norteamericano con el poder que pretendió establecer Roma en la Antigüedad.

Por tal motivo surge este ensayo, tomando en consideración que una de las grandes aportaciones del Imperio Romano al mundo es la tradición jurídica, que se hace a través de la codificación de Justiniano en el *Corpus Iuris*, la que equivale a una forma de legislación mundial, por la recepción que se tuvo en la mayor parte de los países de mundo.

La primera edición del derecho romano es elaborada por Magistrados Patricios y es conocida como la Ley de las XII Tabas. Éstas son consideradas como un conjunto de normas de carácter inflexible, que se originaron hacia el 303-304 *ab urbe* y que tiene como intención establecer una normatividad para la seguridad jurídica de los ciudadanos romanos.

En el derecho romano, como en todos los sistemas antiguos, el derecho de una ciudad y el de ciudadanía se adquirían como parte de la herencia cívica, al que en Roma se denomina derecho *quiritario*.²

* Director del Departamento de Derecho . Campus Monterrey y receptor de la presea “Agustín Basabe Fernández del Valle”, otorgada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, por méritos profesionales y de investigación, el 10 de abril de 2003.

¹ The New York Times. Abril 19, 2003 pág. 2

² Sabine, George H. *Historia de la Teoría Política*. 2ª ed., EFE, 1981, pág. 124.

El derecho *quiritario* es el derecho procedente de las XII Tablas que debido a la aplicación en la ciudad y exclusivo de los ciudadanos romanos fue conocido como el *ius civitas*.

Con el aumento del poder romano y su expansión territorial, también la actividad económica fue creciendo con la circulación de extranjeros que llegaban a Roma con la calidad de comerciantes, artesanos y refugiados. Con la actividad comercial y el intercambio de personas que no tenían la calidad de ciudadanos se generaron nuevos conflictos.

Hacia el 512 se crea la figura del pretor peregrino, una Magistratura para resolver las controversias que se originaron por la actividad comercial entre los ciudadanos romanos y los peregrinos, quienes no podían invocar la protección del *ius civitas*.

Con la actividad de esta magistratura se genera una nueva forma de derecho adecuado a las ideas y a las necesidades del tiempo, al que se le denominó *ius gentium*.

El *ius gentium* es producto de las necesidades comerciales con los extranjeros a quienes no les favorecía la aplicación del *ius civitas*, que estaba reservado exclusivamente a los ciudadanos romanos.

El *ius gentium*, es un derecho *equo* que surge contra el rigor del derecho propio de la tradición de los *quirites*. Con la aplicación de esta nueva forma de derecho, se produce la caída del derecho quiritario por ser riguroso y formalista, el cual es sustituido sobre la base de la *fides* y el *bonum et aequum*, considerado como el derecho para toda la humanidad, con un elemento común que es el *veritas*, que corresponde a la realidad de la vida y que en ocasiones se contraponen al *ius*.

El *aequum* se considera la sabiduría común, la práctica fundada sobre la experiencia, los principios morales e intelectuales comunes a un pueblo en una determinada época que debe observarse como ley. El *aequitas* surge de la naturaleza humana, de las raíces de las costumbres y de los sentimientos comunes profundamente arraigados en los pueblos.

A partir del siglo VI el Imperio Romano pretende tomar características de universalidad, considerando los siguientes elementos:

- a. La unidad política; con la intención de convertirse en una entidad política universal;
- b. La unidad espiritual. Desde el 380, Teodosio I había instaurado en el imperio el cristianismo.
- c. La unidad jurídica; la tradición jurídica esta influenciada por valores espirituales y al otorgarle la ciudadanía a todos los habitantes del imperio se logró la unidad jurídica sobre la base de la *bona fides*. Con la expansión del comercio; el *ius gentium* es adaptado a las necesidades de su desarrollo económico.

Justiniano pretende fomentar el poder imperial en dos aspectos fundamentales: en lo jurídico, mediante el *Corpus Iuris*; en lo territorial a través de campañas militares.

En Roma, la universalidad y la espiritualidad son los dos elementos constitutivos del nuevo derecho imperial.

Por encima de la espiritualidad, la intención de universalidad del Imperio Romano es la razón de la supervivencia de la idea imperial en numerosos países a lo largo de la historia; en Alemania, Gran Bretaña, Francia, Brasil, Japón, Rusia y México entre otros, se ha intentado construir un imperio.

II. El Imperio Americano

En la actualidad, considerándose una república democrática anti-imperialista, Estados Unidos se ha autoproclamado como la única potencia capaz de mantener la estabilidad internacional y por lo tanto generar la sensación de convertirse en una potencia imperial.³

La aspiración de un imperio es extender su lengua, su cultura, su influencia política y económica sobre las regiones que se encuentran bajo poder. ¿Cuáles son los discursos que se proyectan en el mundo e inducen a considerar a los Estados Unidos como la nueva forma imperial que toma la figura de Imperio Americano? A continuación se presentan algunos:

- a. El poder militar; que se traduce en la capacidad para desplegar la fuerza militar, con la intención de mostrarse ante la humanidad como el policía del mundo.
- b. El poder económico global; mantener el capitalismo de mercado y desarrollar el libre comercio.
- c. Poder político; promover un aparato político con características democráticas.

Como puede observarse, el ideal de la nueva forma de imperio, es el poder para imponer su sistema y generar instituciones adecuadas con las cuales se pueda mantener el control y el orden mundial.

Aunque semejante a la construcción del Imperio Romano, el Imperio Americano difiere de aquél en sus intenciones. Los romanos pretendieron establecer la unidad en diferentes órdenes; los Estados Unidos pretenden demostrar su poder; los romanos lograron producir un orden jurídico internacional aún vigente en casi todo el mundo; los Estados Unidos pretenden proponer un orden político, utilizando la utopía de la “*democracia*.”

Con relación al derecho, el imperio americano no tiene la intención de establecer un nuevo orden jurídico, el ideal del imperio tiene como elemento jurídico la legitimación del derecho imperial, que tiene como fundamento la efectividad con el que se usa la fuerza.

El ideal del *ius gentium*, primera forma de derecho internacional de que se tiene noticia en el imperio romano, se utiliza para resolver las controversias entre los individuos de diferentes nacionalidades, tiene su fundamento en el dominio de la equidad, la verdad y de la prevalencia del espíritu de la voluntad humana, ahora se ve

³ Ravinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Romano*. Astrea. Buenos Aires, 2001, pág. 37

ensombrecidos por un derecho considerado como una organización que amenaza con la violencia. Es decir cuando la fuerza es efectiva toma la apariencia de derecho.

Un lema citado por Terencio en una comedia representada en Roma hacia el 591, es ilustrativo de lo anterior: “*Summum ius saepe summa est maletia*” que significa el rigor del derecho a menudo funciona como artificio maligno.

III. El discurso sobre la paz perpetua. La guerra eterna

El discurso sobre la paz ha estado presente en todos los tiempos. En Roma, bajo la autoridad de Justiniano se firmó un tratado para la “paz eterna” con los Persas hacia el 532 d.C.

Kant dice que la paz perpetua es una idea impracticable, porque ésta solo se lograría mediante el establecimiento de una comunidad universal de naciones, que por su extensión y dispersión sería imposible de gobernar. Por otra parte se propone la alianza de algunos estados como una forma de aproximación al estado de paz anhelado.⁴

En la utopía del nuevo orden mundial y la paz perpetua, es necesario encontrar un carácter teleológico para la comunidad universal, proponer la forma en la que se pretende la integración de la multitud dispersa y generar un aparato político que pueda mantener la estabilidad internacional.

La paz perpetua es la aspiración de la humanidad que se puede alcanzar mediante el establecimiento de un derecho fundado sobre la razón inherente a la naturaleza humana, un derecho de gentes (*ius gentium*). Si la modernidad se caracteriza por la crisis, la idea del imperio debería ser el restablecimiento de la seguridad y la liberación de las crueldades de los regímenes modernos mediante el restablecimiento de la paz.

El discurso posmoderno de la guerra preventiva para mantener la seguridad, revela la deficiente efectividad de las organizaciones internacionales formadas para resolver los conflictos del siglo XX.

¿Cuál es la posición de las instituciones internacionales y en particular de la Organización de las Naciones Unidas cuando se violenta el orden y la paz mundial? En un artículo periodístico se escribe lo siguiente: La participación de la ONU en la reconstrucción de Irak debe jugar un papel más activo, con la intención de darle legitimidad al proceso.⁵

Un imperio que no está seguro de su identidad, de sus propósitos y de una justificación moral, es posible que sea un imperio que no pueda trascender.

IV. La Soberanía

⁴ Kant, Emmanuel. Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho. UNAM, México, 1968, pág. 192

⁵ Amendáriz, Alberto. El Norte/Nueva York. 8 de Abril de 2003, pág. 7ª.

La soberanía se puede conceptuar como el poder de autodeterminación de un estado; autodeterminación que no significa necesariamente autonomía, sino más bien la unidad e identidad.⁶

En el nuevo orden mundial la utopía de la soberanía se plantea algunos problemas: 1. identificar ¿quién ejercerá la Soberanía?; 2. ¿cómo alcanzar la unidad? y; 3. ¿cómo mantener identidad? cuando en el orden internacional la soberanía nacional se ve superada.

Frente a la problemática planteada de ¿Quién gobernará?, en un sistema democrático, la respuesta sería, el que elija la mayoría. Pero si la mayoría no elige al mejor, al más sabio, ni al más preparado, la elección debe respetarse y la pregunta entonces deberá sustituirse por la siguiente: ¿Cómo podemos organizar las instituciones políticas, de tal manera que se impida a los gobernantes malos o incompetentes hacer demasiado daño?⁷

La soberanía entendida como el ejercicio del poder de autodeterminación se construye y reconstruye bajo la forma racionalización jurídica del poder para transformarlo de un poder de hecho a un poder de derecho. Así la legitimación cobra un papel preponderante.

La clase gobernante en turno deberá proponerse el restablecimiento del derecho de gentes (*ius gentium*) como forma de *ius imperium*, a partir de principios fundamentales, con la intención de alcanzar la identidad y los valores propuestos por la humanidad, para sustituir la idea de la “guerra justa por el de la “paz eterna.”

La utopía de la modernidad que se presenta como una propuesta para que retroceda la violencia y se instaure el estado de derecho, es también el ideal de la posmodernidad. No es lo mismo legalidad que legitimidad. La legalidad es el atributo de que un acto realizado está conforme a la ley. La legitimidad es hacer que el acto ilegal se considere dentro del marco de la ley.

En el nuevo orden global, es importante identificar la nueva forma de soberanía internacional, determinar los límites del ejercicio de su poder, restringirlo y proponer que su carácter teleológico sea el respeto a la dignidad de la naturaleza humana.

Que el ideal fundamental de la posmodernidad no sea el de la guerra permanente, sino la paz perpetua; que el discurso de la impunidad internacional, no sea el discurso del nuevo orden jurídico supranacional que fundamente la autoridad imperial, sino el del respeto a la dignidad, integridad e identidad de la naturaleza humana.

V. El nuevo orden jurídico y la ciencia

“Cuenta una tradición sufi que el poeta y matemático Amir al-Bubul abrió su corazón al demonio. En

⁶ Abbagnano, Nicola. Diccionario de Filosofía. 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pág. 1085.

⁷ Millar, David. *Popper Escritos Selectos*. EFE, México, 1995, pág. 341

medio de la Noche, penetró en el Jardín de la Delicias y cortó de raíz el Árbol del Conocimiento, cuyo fruto es la inmortalidad. Con su tronco confeccionó la Santa Cruz y con sus espinas- utilizando la Ciencia que poseía- hizo los clavos de la pasión. Satán entonces se sintió seguro de su victoria: seguramente nada podría superar el poder de la ciencia. Pero el amor pudo más, y Cristo resucitó.”⁸

La ciencia formula generalizaciones empíricas basada en principios ya establecidos. Santo Tomás escribe: “En rigor científico toda ciencia aplicada está suponiendo los principios de la ciencia teórica fundamental, en la que se analizan los primeros principios”.⁹

La ciencia, se puede definir como un conjunto de conocimientos racionales, que se obtienen de manera sistemática con relación a un objeto; según la visión inductivista, la ciencia tradicionalmente parte del conocimiento existente. Ahora más que nunca, en el conocimiento científico se ha puesto en duda la certeza de sus predicciones, no obstante la utilidad que ha brindado para conocer y transformar el mundo en el que se vive.

En cuanto al derecho, se considera que el objeto de la ciencia jurídica es el estudio del conjunto de conocimientos sobre los principios y fines fundamentales que explican el fenómeno jurídico de las relaciones de las personas y de la conducta humana en una comunidad.

El Magistrado norteamericano Oliver Wendell Holmes escribe acerca del derecho, que son las profecías de lo que los tribunales harán en la realidad. Mientras que una de las características de la ciencia es la predicción, que se caracteriza por la posibilidad de ser perfectible antes que por la certeza, en la cultura del *common law* y según Holmes el derecho se caracteriza por sus profecías.¹⁰

Como aproximación a las relaciones de la ciencia y el derecho se puede deducir de los conceptos anteriores, que el conocimiento y la predicción son elementos comunes entre ambos.

Alrededor de la producción del y del significado de conocimiento se han formulado múltiples interpretaciones: realistas, racionalistas, idealistas, subjetivistas, objetivistas.

Por mi parte, ahora recorro al diccionario para delimitar su concepto. El conocimiento en latín se expresa como *scientia*. Con esta idea se identifica al conocimiento al que todos debemos aspirar, es decir al conocimiento científico. Sin embargo, esta idea de *scientia*, sólo se aplica al conocimiento de las ciencias empíricas.¹¹

⁸ Revista Nexos. Pasión por la Ciencia. México, Abril, 2003, pág. 56

⁹ De Aquino, Santo Tomás. Opúsculo sobre el ser y la esencia. Segunda edición bilingüe. Editorial Tradición, México 1989, pág. 8

¹⁰ Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 358

¹¹ Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino. 14ª ed. Bibliograf, Barcelona, 1982, pág. 594.

Por otro lado Mario Bunge escribe que la ciencia pertenece a la vida social, en cuanto se aplica al mejoramiento de nuestro medio natural y artificial.¹²

Platón, escribe en la República “que lo que comunica la verdad a los objetos del conocimiento y lo que confiere al sujeto cognoscente la respectiva facultad, es la idea del bien”. El bien, se representa como la causa del saber y la verdad. Así, desde Platón, la idea del bien debe ser la razón que le da origen a la búsqueda del conocimiento y de la verdad.¹³

Platón agrega que la naturaleza del bien es aún de mayor belleza y valor en relación con el saber y la verdad.

Por otra parte Nicola Abbagnano dice que el bien es también la belleza o la dignidad, la virtud humana.¹⁴

En el mismo orden de ideas Wilfredo Pareto 1848-1923, promotor de la Sociología sistemática “*Tarittato di Sociologia Sistemática*”, dice que la finalidad de la ciencia es la formulación de leyes necesarias que señalen el equilibrio social, al que en algunas ocasiones compara con un sistema mecánico y en otras con un organismo viviente.

Hay que observar entre las ideas propuestas por Platón y Pareto acerca del conocimiento lo siguiente: la **causa** que le da origen al conocimiento, es la **idea de bien** y la **finalidad**, es el equilibrio social.

Cuando se habla del conocimiento, se podrá estar hablando de cualquiera de las siguientes formas, aunque en este ensayo, se referirá específicamente el que corresponde al científico, con todas las limitaciones que esta pueda generar:

- a. **Conocimiento espontáneo**: se acepta como verdadero sin probarlo. Se adquiere de manera cotidiana sin planeación y sin instrumentos especialmente diseñados.
- b. **Conocimiento científico**: exige mayor rigor. Su función es encontrar las regularidades en los acontecimientos para explicarlos, conocerlos y predecirlos.
- c. **Conocimiento Filosófico**: reflexiona sobre el producto de la ciencia, su trascendencia y su valoración general para modificar la realidad natural o social.

Las anteriores formas de conocimiento se pueden representar de la siguiente manera:

Conocimiento empírico-espontáneo → **descripción de los fenómenos**



¹² Bunge, Mario.

¹³ Platón. *La República*. 508e-509a. Versión de Antonio Gómez Robledo. UNAM. México, 2000. pág. 236

¹⁴ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía* 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pág. 130



Fig.1

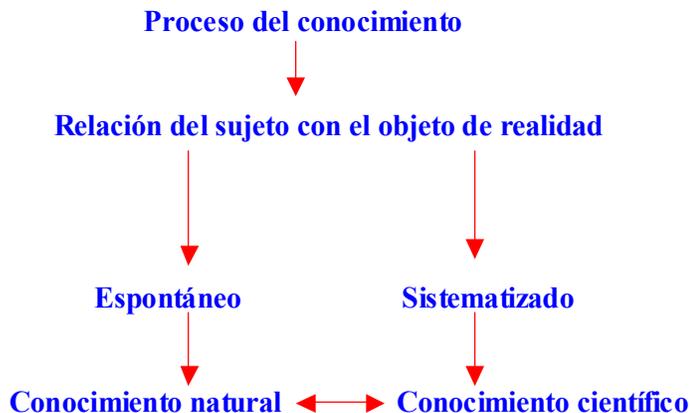


Fig. 2

El conocimiento es buscado como un medio para la realización de fines humanamente deseables y valiosos. En el nivel más fundamental, el conocimiento se genera para promover el progreso social, el bienestar humano y la ilustración.

Por lo que el conocimiento científico y el conocimiento jurídico deben tener un carácter teleológico común: el bienestar de la comunidad.

Sin embargo la búsqueda de un conocimiento puro para la ciencia y para el derecho, ha corrompido los verdaderos fines de una y de otro. El conocimiento puro del derecho pretende eliminar todo elemento no jurídico en su formulación. Para el derecho como para la ciencia pura, su conocimiento y formulación se desasocia de las metas, valores y creencias de la vida social ordinaria.

La investigación pura, teórica, fundamental o básica, es el estudio y explicación de un problema del conocimiento, independientemente del uso que se le puede dar al producto de la investigación.

Felipe Pardini dice que la investigación pura “tiene por objeto el estudio de un problema destinado exclusivamente al progreso o la simple búsqueda del conocimiento”.¹⁵

¹⁵ Pardini, Felipe. *Metodología y técnicas de la investigación en las ciencias sociales*. Editorial siglo XX, Buenos Aires, 1969, p.45

La investigación práctica, aplicada o tecnológica busca confrontar la teoría y la realidad, parte de los conocimientos existentes que son productos de la investigación pura o teórica.¹⁶

Mientras que los seres humanos puedan obtener la cooperación suficiente de algunos para dominar a otros, usarán las formas de derecho como sus instrumentos legitimadores.

Como ejemplo, la invasión de Estados Unidos a Irak, en donde se pretende legitimar una acción ilegal bajo la idea de una doctrina del “ataque preventivo” cuando la seguridad del país atacante se vea amenazado en su seguridad.

Por otro lado, las armas utilizadas por el ejército de Estados Unidos para derrotar al Irak son innovaciones tecnológicas que representan un ideal de progreso armamentista, del que además se jactan solo produce efectos nocivos al objetivo al que van dirigidos.

Con la idea de progreso y la emancipación de la humanidad que se desarrolla después del Renacimiento, se pensaba que el conocimiento científico beneficiaría a la humanidad. Desde el Renacimiento y hasta el siglo XIX, se tenía una visión de la ciencia como fuente y ejemplo de progreso.

La necesidad de dar al derecho el carácter de ciencia, basado en el desarrollo que hasta entonces habían tenido los principios de las ciencias naturales, en el siglo XIX surge el positivismo como movimiento ideológico determinado por el empirismo; el cual no admite más conocimiento que el que se inicia y termina con la experiencia sensible.

El positivismo jurídico afirma que sólo serán válidas las normas de derecho, si el estado les ha dado ese reconocimiento y no porque sean dictados de la razón y de la conciencia individual o colectiva.

Alain Touraine escribe que la modernidad está construida sobre la base de que “el hombre es lo que hace”, por lo que se establece una relación cada vez más estrecha entre la producción científica y la organización de la sociedad mediante la ley; se pretende remplazar la arbitrariedad y la violencia mediante la instauración de un Estado de Derecho.¹⁷

La ciencia ha generado innumerables contribuciones al progreso y al conocimiento del mundo y este conocimiento ha llevado a soluciones prácticas prodigiosas que han afectado y producido cambios en los principios jurídicos y en los valores. Sin embargo el derecho debe hacerse cargo de la regulación de las prácticas científicas que se alejen de su carácter teleológico: el progreso y el bienestar.

Después de la segunda guerra mundial ya no se tiene la certeza de que el positivismo jurídico y la ciencia benefician a la humanidad. En relación con la ciencia existe una gran preocupación por grupos institucionales sobre la amenaza de destrucción.

¹⁶ Tamayo y Tamayo, Mario. *El proceso de la investigación científica*. Editorial Limusa, 3a. edición, México 1999, p. 51

¹⁷ Touraine, Alain. *Crítica de la Modernidad*. 2ª ed, FCE, México, 2000, pág. 9

Se tiene la percepción de que los científicos son meros buscadores de conocimiento y de logros técnicos amorales e irresponsables.¹⁸

En cuanto al positivismo jurídico que se expresaba en la fórmula “la ley es la ley” le otorgó a los gobernantes del momento, la potestad para otorgarle a todas aquellas crueldades y arbitrariedades la forma de ley.¹⁹

Ante los resultados, es necesario orientar la producción científica para que su investigación no se aleje de su ideal de progreso de la humanidad. En cuanto al derecho, deberá retomar el ideal que encontraba su fundamento en los principios generales del *ius gentium* del derecho natural.

De lo anterior surge la siguiente pregunta: ¿A qué propósito debe servir el derecho? Dworkin responde: “el derecho debe servir al bienestar de la comunidad.”²⁰

Se puede preguntar también ¿A qué propósito debe servir la ciencia? Considero que debe estar al servicio y bienestar de la humanidad.

Entendida la humanidad como aquella que se proyecta en tres diferentes sentidos: como el amor al hombre, contra todo lo que sea crueldad inhumana; como la dignidad humana, en contra de toda inhumana humillación; como la formación del hombre, en contra de toda aniquilación inhumana de la cultura.

VI. Los principios de la Ciencia y del Derecho

Khun dice que en los primeros momentos del desarrollo de una ciencia, las necesidades y los valores sociales son el determinante principal de los problemas en los cuales los científicos se concentran.

La información encontrada en las historias de la ciencia inducen a pensar que entre la conformación de una teoría pura de la ciencia y una ciencia influenciada por una serie de valores y principios fundamentales, como los propuestos por Platón, provocan una lucha por encontrar respuestas a las preguntas sobre la forma en la que se genera el conocimiento científico.

Para Poincaré no hay duda de la existencia de un conjunto de ideas inmutables que invisten de algún modo, de necesidad a las leyes científicas; tal es el caso del principio inercial, el cual puede ser considerado, según él como una convención.²¹

De la misma manera se han generado una serie de principios generales de derecho que fundamentan a la ley a los que se denomina derecho natural.

Veamos en el siguiente texto obtenido de la Gaceta de los Negocios:²²

¹⁸ Kaplan, Marcos. *Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución*. UNAM. México, 2000, pág.17

¹⁹ Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 178

²⁰ Ridall, J.G. *Teoría del Derecho*. Gedisa. Barcelona, 1999, pág. 137.

²¹ Losse, John. *Introducción Histórica a la Filosofía de la Ciencia*. Alianza Universidad. Madrid, 2001, pág. 176

Tras los debates en Alemania, acaban de adoptarse decisiones en varios países para encauzar las cada vez más insospechadas posibilidades de la investigación científica. No se trata sólo de una investigación ética o ideológica: están en juego grandes intereses de la industria farmacéutica y de compañías del ámbito de la reproducción humana.

El año pasado el Parlamento Europeo aprobó una resolución que instaba a los Estados Unidos a introducir Leyes para sancionar penalmente la clonación humana; a la vez establecía la prohibición de que las empresas que llevan a cabo investigaciones directas en ese campo fueran subvencionadas desde Bruselas.

La decisión de Estrasburgo se tomaba poco después de que el Parlamento Británico autorizase la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos, Para mucho no conceder un estatuto jurídico a se al embrión, será un paso inevitable a la clonación reproductiva. Haciéndose eco de este temor, la famosa Royal Society ha pedido en un informe dirigido a los Lores Británicos, una moratoria internacional.

El gobierno Francés, por su parte, ha renunciado a la clonación, atendiendo el dictamen negativo del Consejo de Estado al proyecto que actualiza la ley de Bioética de 1995. Lionel Jospin acepta así también las reservas manifestadas por Jacques Chirac y elimina un posible obstáculo a la carrera presidencial de 2002.

En fin la administración Bush se dispone ha ir mucho más lejos que Clinton, en su negativa a dar fondos federales para la investigación. Además dos representates republicanos promueven un proyecto para convertir en delito federal cualquier tipo de clonación.

La conclusión se impone: proteger los derechos fundamentales de la persona nunca será un freno al avance científico; al contrario, frente a aberraciones no lejanas en la historia, encauzará las investigaciones por caminos que sean de veras humanos.

Del texto anterior se puede identificar, principios fundamentales de la sociedad y valores éticos que influyen en la promoción del conocimiento científico, adicionalmente normas positivas dotas de fuerza estadual que permiten o prohíben y derechos fundamentales de la persona.

La existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana por el solo hecho de ser persona, permiten deducir la existencia de un derecho natural. El derecho natural está constituido por una serie de instituciones, principios y fundamentos que son comunes a todos los hombres. El derecho natural llama al ser humano con sus mandatos

²² La Gaceta de los negocios. Madrid, España, del 28 de Junio de 2001, pág 4.

y lo aleja del mal con sus prohibiciones. El auténtico derecho es el derecho natural, aquél que se descubre por la razón pura.²³

La concepción Aristotélica con validez hasta nuestros días, de que el hombre es un animal racional, conduce a demostrar la existencia del derecho natural a partir de una experiencia interna: ignorantes o cultos, inteligentes o no, todos tenemos un criterio para discernir entre lo justo de lo injusto, la culpabilidad de la inculpabilidad.²⁴

A partir de los principios fundamentales, el razonamiento forma sus conceptos, categorías y juicios prácticos que le permiten actuar acertadamente y distinguir lo que es bueno y verdadero y lo que es malo, lo que debe hacer y lo que debe omitir.²⁵

La idea de derecho tiene su fundamento natural en la razón humana, la cual está por encima de la norma dictada por la voluntad del gobernante. (La idea de un derecho natural VS la idea de un derecho puro)

El derecho natural ha existido en todos los tiempos y en todas las civilizaciones. En cualquier pueblo, puede haber diferencias de raza, religión, cultura, pero en cualquiera de ellas, el hombre puede ser considerado como un sujeto de relaciones sociales en las que aspira al bien común y la justicia.

Algunos de estos principios se pueden expresar de la siguiente manera:

1. Vivir honestamente,
2. No dañar a otro,
3. Dar a cada quien lo suyo,
4. Seguridad de la ley
5. Distribución en la propiedad,
6. La buena fe.
7. La igualdad ante la ley,
8. La fidelidad ante los compromisos,
9. La equidad,
10. La protección de los carentes de capacidad jurídica,
11. Los derechos basados en el parentesco consanguíneo,
12. Libertad intelectual,
13. Honestidad en los tratos,
14. Limitación de los poderes del estado,
15. Tolerancia religiosa.

De la misma manera, la idea de un conocimiento científico reconocido, está constituida por un conjunto de normas y valores que forman parte de la cultura de los hombres de ciencia. Al igual que el derecho natural los valores de la ciencia no están codificados, porque son inferidos de los principios generales sobre los que descansa la convivencia social.

²³ Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Novena Edición. Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 433

²⁴ Basave Fernández del Valle, Agustín. Meditación sobre la pena de muerte. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pág 114

²⁵ Basave Fernández del Valle, Agustín. Teoría del Estado. Cuarta Edición. Editorial Jus, S.A, México, 1976, pág. 169.

Los progresos del conocimiento y los avances de la técnica en el campo de la biología molecular, la genética y la fecundación artificial han hecho posibles, desde hace tiempo, la experimentación y la realización de clonaciones en el ámbito vegetal y animal.

Por lo que atañe al reino animal se ha tratado, desde los años treinta, de experimentos de producción de individuos idénticos, obtenidos por escisión gemelas artificial, modalidad que impropriamente se puede definir como clonación.

La práctica de la escisión gemelar en el campo zootécnico se fue difundiendo en las granjas experimentales para incentivar la producción múltiple de ejemplares escogidos.

En el año 1993 Jerry Hall y Robert Stilmann, de la universidad George Washington, divulgaron datos relativos a experimentos de escisión gemelar (splitting) de embriones humanos de 2, 4 y 8 embrioblastos, realizados por ellos mismos. Se trató de experimentos llevados a cabo sin el consentimiento previo del Comité ético competente y publicados -según los autores- para avivar la discusión ética.

Sin embargo, la noticia dada por la revista Nature -en su número del 27 de febrero de nacimiento de la oveja Dolly llevado a cabo por los científicos escoceses Jan Vilmut y K.H.S. Campbell con sus colaboradores del instituto Roslin de Edimburgo, ha sacudido la modo excepcional y ha provocado declaraciones de comités y de autoridades nacionales e internacionales, por ser un hecho nuevo considerado desconcertante.

La novedad del hecho es doble. En primer lugar, porque no se trata de una escisión gemelar, sino de una novedad radical definida como clonación, es decir, de una reproducción asexual y ágama encaminada a producir individuos biológicamente iguales al individuo adulto que proporciona el patrimonio genético nuclear. En segundo lugar, porque, hasta ahora., la clonación propiamente dicha se consideraba imposible. Se creía que el DNA de la células somáticas de los animales superiores, al haber sufrido ya el imprinting de la diferenciación, no podían en adelante recuperar su completa potencialidad original y, por consiguiente, la capacidad de guiar el desarrollo de un nuevo individuo.

Superada esta supuesta imposibilidad, parecía que se abría el camino a la clonación humana, entendida como réplica de uno o varios individuos somáticamente idénticos al donante.

El hecho ha provocado, con razón, agitación y alarma. Pero, después de un primer momento de oposición general, algunas voces han querido llamar la atención sobre la necesidad de garantizar libertad de investigación y de no condenar el progreso.²⁶

²⁶ Academia Pontificia para la Vida: Reflexiones sobre la clonación.

La pregunta sería ¿El ideal de progreso científico implica violentar los principios inherentes a la condición del ser humano?

Con relación al derecho ¿Se debe obedecer la norma sólo porque es un dictado por la autoridad?

La teoría de la obediencia parte de la idea de que el derecho, siendo derecho aunque sea injusto debe ser obedecido. Obedecer significa aceptar la realización de una norma de conducta como vinculante, es decir existente en determinado ordenamiento jurídico, y por lo tanto, debe ser considerada como válida. Con la negación de la realización de una orden del derecho se comete una infracción jurídica y como consecuencia se deberá imponer una sanción.

Francois Geny promotor de la escuela libre, hacia 1914, sostenía que el derecho positivo era insuficiente para solucionar todas las situaciones jurídicas. De las realidades sociales y la vida misma es donde espontáneamente rigen criterios de moralidad, conveniencia y utilidad. Ni la ciencia ni el derecho pueden olvidar su carácter teleológico: el bienestar de la comunidad.

Conclusiones

Sin pretender ser pesimista, dejar de ser crítico o realista, creo que es importante en el nuevo orden mundial se pueda identificar la brújula que permita redefinir el orden jurídico supranacional.

Que el nuevo orden jurídico tome la figura del *ius gentium* para darle valor y respeto a la diversidad, para mantener la ideología de la paz perpetua y el respeto a los valores universales y nacionales del ser humano.

Que no se pretenda imponer un orden jurídico nacional acorde al orden jurídico internacional, con la amenaza de la guerra permanente con la intención de restablecer la paz internacional

Que la imposición de la Soberanía Internacional respete de la identidad y los valores de cada pueblo.

CONTRATOS DE ALIANZA ESTRATÉGICA (JOINT VENTURE) Segunda parte

Por: Lic. José Manuel Martínez*

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA ALIANZA ESTRATÉGICA

A) Concepto de empresa.

Para poder conceptuar la figura económica estratégica es necesario primero estudiar el concepto de *empresa*, puesto que las alianzas estratégicas son precisamente alianzas entre empresas.

Fue el francés Juan Bautista Say, importante economista británico, el primer autor que reconoció la importancia del empresario. Señaló que éste es quien se encarga de combinar el trabajo, el capital y la tierra, es decir los factores clásicos de la producción para generar ganancias. Una vez ocurrido esto, el empresario reparte a cada quién sus ganancias: el salario al trabajador, el interés al capitalista y la renta (en sentido estricto) al terrateniente, quedándose con una parte en concepto de ganancia, *renta* o utilidad. Es así que teóricamente se distingue por primera vez, entre el beneficio que le corresponde al empresario como coordinador económico, del interés propio del capitalista.

En ese sentido cabe recordar cuáles son los factores de la producción. Samuelson los define como *los recursos necesarios para producir bienes y servicios*²⁷. Es importante tomar en cuenta que los autores clásicos consideraron que existían tres factores de la producción: *tierra* (recursos naturales), *trabajo* (recursos humanos) y *capital* (recursos previamente creados por el hombre).

Algunos autores, como Rangel Couto han considerado a la empresa como uno más de los factores de la producción, junto con la *tecnología*. Al respecto cabe afirmar que la *tecnología*, aún tomando en consideración su actual importancia, forma parte del capital, por ser susceptible de apropiación. Inclusive, los recursos naturales mismos, pueden ser considerados como parte del capital, puesto que también son susceptibles de apropiación. En cuanto a la empresa, más que un factor de la producción, es la organización misma de esos factores es decir, es la manera en que se conjugan el esfuerzo humano, los recursos materiales y los recursos naturales con el objetivo de producir bienes y servicios.

Según Scott *la empresa implica siempre una cierta combinación de factores productivos, para sacar de ellos el mayor partido posible*²⁸, con lo cual se comprueba la afirmación de la idea anterior. Samuelson define a la empresa en los siguientes términos: *Unidad de producción privada básica en una economía capitalista o mixta. Contrata trabajo y compra otros factores con el fin de hacer y vender mercancías*²⁹. También en esta definición se esboza la idea de que es la empresa la que contrata, por

* Abogado consultor internacional.

²⁷ Samuelson, Paul A., et al. *Economía*. 14ª. Edición, Editorial Mc Graw Hill. Traducción: Rabasco, Esther, et. Al. Madrid, 1993. Pág. 889.

²⁸ Astudillo Ursúa, Pedro. *Elementos de Teoría Económica*. 2ª. Edición, Editorial Porrúa. México, 1994. Pag. 99

²⁹ Samuelson, Paul A., et al. Opcit. Pag. 897.

un lado, el trabajo y adquiere otros factores, tales como la naturaleza y el capital, con el objetivo de producir y obtener ganancias.

Mantilla Molina habla de la empresa, llamándole *negociación mercantil*, y la define como *el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes y servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro*³⁰. Sin embargo, es conveniente aclarar que el concepto de empresa no es un concepto esencial y exclusivamente jurídico, sino económico.

La empresa es un fenómeno que se da en la realidad social; en tanto que el derecho, al regular la conducta humana, también se encarga de regir las actividades empresariales del ser humano a través de las normas mercantiles, y particularmente a través del derecho corporativo, es decir, el derecho de las sociedades. Además, la legislación mexicana sólo define indirectamente a la empresa.

Por lo tanto, parece mejor tomar la definición de Astudillo Ursúa, quien señala que la empresa es: *el conjunto unitario de bienes y derechos que combinados por el empresario (individual o social) con el esfuerzo humano, están destinados a producir u ofrecer en el mercado, bienes y servicios, de manera permanente y con carácter lucrativo*³¹.

Como ya se había mencionado, en la legislación mexicana la empresa sólo es definida indirectamente. La Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 16 que para efectos de las normas laborales, empresa es *la unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios*, en tanto que el Código Fiscal de la Federación hace una enumeración de las actividades empresariales en su artículo 16, que son las siguientes:

I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes”.

II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformaciones de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.

III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos.

IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda del ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de sus productos que no hayan sido objeto de transformación industrial.

VI. Las silvícolas que son las de cultivo de bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

³⁰ Astudillo Ursúa, Pedro. Opcit. Pag 99.

³¹ Ibidem, Pág. 100

Posteriormente, este mismo precepto llega a la definición de empresa, señalado: *Se considerará empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo.* Aunque todas estas actividades encuadran dentro de la definición de Astudillo previamente citada, este precepto nos da una clasificación de los tipos de actividad empresarial que puede haber: comercial, industrial, agrícola, ganadera, de pesca y silvícola, desde luego, incluyendo en el rubro de empresa comercial, a las prestadoras de servicios.

B) Concepto de alianza estratégica.

El nombre que recibe generalizadamente esta figura en idioma inglés es el de *joint venture*. Este término nació en Escocia. George Joseph Bell en su obra *Principles of Scotland Law of Edimburgh* publicada en 1832, citada por Colaiácovo, define al *joint venture* como *una sociedad confinada a un negocio, especulación comercial o viaje, en la cual los socios ocultos o conocidos no usan una sola denominación social y no incurren en responsabilidad fuera de los límites de la operación*³². Esta es históricamente la primera definición del término.

Para entender gramaticalmente el concepto de *joint venture* es necesario aclarar lo siguiente: *Joint significa común o conjunto, mientras que venture, procede de adventure, es decir una aventura, un proyecto, una empresa. Ello implica que hay esfuerzos y riesgos por delante, pero también la posibilidad de un resultado positivo, una utilidad, un beneficio*³³.

El término *alianza estratégica* no es el único para designar en idioma español la figura conocida en inglés como *joint venture*. Otros nombres que ha recibido son: *contrato de coinversión, consorcio, agrupamiento, red y acuerdo de cooperación*.

En España, por ejemplo, existen dos términos con los que se designa a las alianzas entre empresas. Uno es el de *empresas conjuntas*. Cabe al respecto señalar que España es un Estado miembro de la Unión Europea y ésta, a través de uno de sus órganos, como lo es el Tribunal de Justicia Europeo, ya ha emitido jurisprudencia específica sobre el tema. En la traducción que se ha hecho al idioma español de tal jurisprudencial el término usado para designar a la figura de la alianza estratégica es el de *empresas conjuntas*. El otro vocablo usado en España es el de *agrupación temporal de empresas*. Más adelante se tratará la diferencia entre ambos términos. En Francia se les llama *asociación de empresas* o *agrupamiento de interés económico*. Sin embargo, el término más usado para referirse a esta figura económica en México es el de *alianza estratégica*, por lo cual, este es el que será utilizado en el presente estudio.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, aliar quiere decir *poner de acuerdo y reunir para un fin común*³⁴. Entonces, a este fenómeno económico se le llama *alianza* porque es un acuerdo que se da entre empresas con el objetivo de complementarse entre sí para cumplir con una finalidad en común.

³² Colaiácovo, Juan Luis. Et al **Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional**. Editores Macci. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 82

³³ Ibidem, Pág. 161.

³⁴ Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la Lengua Española**. 20ª. Edición. Madrid, España, 1984. Pág. 67.

Según el mencionado Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra *estrategia* significa: *arte, traza para dirigir un asunto*³⁵. A estas alianzas se les conoce como estratégicas puesto que están pensadas intencionalmente como una combinación de los puntos claves que tengan las empresas, como el plan de un equipo que busca complementarse.

Badarocco explica que la palabra estrategia, usada para calificar a las alianzas, se refiere a *los objetivos básicos a largo plazo de una compañía y las formas en que sus directivos desarrollan acciones y acopian recursos para alcanzarlos*³⁶.

Este autor define a las alianzas estratégicas como *acuerdos organizativos en el seno de los cuales organizaciones independientes comparten la autoridad administrativa, establecen vínculos sociales y aceptan la propiedad conjunta*³⁷.

Otra definición que podemos citar es la de Barto Roig Amant, quien a su vez, es citado por Chuliá: *Las Empresas Conjuntas (Joint Venture es terminología inglesa) son aquéllas que se forman como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades, y cuya finalidad es realizar una operación de negocio distinta, y generalmente complementaria, de la que desempeñan las empresas constituyentes*³⁸.

Según el profesor Bradley, de acuerdo con su definición publicada en la Harvard Law Review de 1982, la alianza estratégica es: *una integración de operaciones entre dos o más empresas independientes donde se encuentran las condiciones siguientes: el Joint Venture está sujeto al control común de las sociedades matrices, que no se hallan sujetas a un control relacionado; cada empresa matriz hace una contribución importante al Joint Venture; el Joint Venture existe como una empresa comercial independiente de sus sociedades matrices y finalmente el Joint Venture crea una nueva capacidad de empresa importante y nueva, por lo que se trata de una nueva capacidad de producción, nueva tecnología y nuevo producto, o una nueva entrada a un mercado nuevo.*³⁹

En la anterior definición encontramos que una de las características de las alianzas estratégicas, es que se constituya una empresa comercial independiente de las partes que forman la alianza estratégica, pero que se encuentre bajo el control de éstas. No todos los autores coinciden en este punto de vista.

Tomando en cuenta la definición que sobre el particular ha hecho el Tribunal de Justicia Europeo, ésta coincide con el criterio citado inicialmente: *El Joint Venture es una empresa sujeta al control conjunto de dos o más empresas que son económicamente independientes la una de la otra.*⁴⁰

Sobre este mismo aspecto señala Chuliá: *Aunque es una característica típica al establecer una sociedad legal independiente hay algunos estudios sobre el tema que no es imprescindible, sino que basta con una mera asociación*⁴¹ Es preciso insistir en que

³⁵ Ibidem, Pág. 609

³⁶ Badarocco, Joseph L. **Alianzas Estratégicas**. 1ª. Edición, Editorial McGraw Hill. Traducción: Real Gutiérrez, José. Madrid, España, 1992. Pág. XXI.

³⁷ Ibidem, Pág. XVIII.

³⁸ Chuliá, Vincent, et al. **Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos**. 1ª. Edición, J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1996. Pág. 74.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

no es lo mismo una figura económica que la normatividad que le dé el derecho. Es preferible, tratándose de una figura económica que jurídicamente constituye, un contrato atípico o innominado, como se verá mas adelante que es el caso del contrato de alianza estratégica, primero buscar una definición para el fenómeno económico y después elaborar un concepto jurídico que se adecue a la figura en cuestión, en este caso a la alianza estratégica.

Ahora bien, respecto de que si es o no necesario el hecho de que se constituya una empresa distinta de la partes que la forman, cabe tomar en cuenta que al no estar definido en México el contrato de alianza estratégica en texto legal o jurisprudencia alguno, como sí sucede en la Unión Europea, es mejor dejar abiertas ambas posibilidades dentro de la definición: que se forme una empresa distinta a las que integran la alianza estratégica, estando la primera bajo el control de las segundas, o bien, de que tal empresa no llegue a formarse. Estos nos llevará, posteriormente, a una clasificación de las alianzas estratégicas.

Bueno señala: *Las alianzas consisten en un conjunto de transacciones y en la puesta en común de recursos intelectuales y/o materiales que darán lugar a una variedad de estructuras organizativas mediatizadas por el tipo de acuerdo señalado.*⁴² Además, este autor enfatiza que las alianzas generalmente son concretadas para una larga duración.

Tomando en cuenta estos factores y para fines de un análisis tanto económico como jurídico, es posible conceptualizar a la alianza estratégica como un acuerdo que se da entre dos o más empresas, generalmente a largo plazo, conservando cada una de ellas su autonomía, tanto empresarial como jurídica, en el cual las empresas se comprometen a aportar recursos materiales y/o intelectuales con el objetivo de llevar a cabo un proyecto empresarial y compartir tanto los beneficios como las pérdidas del mismo.

C) Características de la alianza estratégica.

1°. Es un proyecto empresarial único o bien, un conjunto de proyectos empresariales relacionados entre sí que se han de realizar conjuntamente por dos o más empresas independientes entre sí, las cuales conservan su autonomía tanto empresarial como jurídica.

2°. Generalmente estas alianzas se dan a largo o, por lo menos mediano plazo, ya que no se trata de un proyecto que consista en una operación única, sino de un conjunto de operaciones. Recordemos que la empresa, de acuerdo a su definición, busca operar en el mercado de manera permanente. Las empresas pueden constituir o no una empresa nueva como resultado de la alianza estratégica; de cualquier forma, se trata de un proyecto empresarial que no tiene una terminación a corto plazo. Es debido a lo anterior que las alianzas entre empresas suelen tener varias etapas, primero de prueba, y luego de consolidación.

3°. Una característica fundamental de las alianzas estratégicas, y que las distingue de cualquier otro sistema, es que a todas las partes involucradas comparten tanto los

⁴² Bueno Campos, Eduardo, *et al.* **Fundamentos de Economía y Organización Industrial**. 1ª. Edición, Editorial McGraw Hill. Madrid, 1994. Pag. 316.

beneficios como el riesgo del negocio en cuestión. Cabe recordar el término anglosajón *joint venture*, que significa *aventura conjunta*, lo cual nos da una idea de la característica anteriormente mencionada. Lo ideal es que se compartan equitativamente tanto los beneficios como los riesgos, de acuerdo con la aportación de cada una de las partes.

4°. De la misma manera, lo usual es que la dirección del proyecto sea conjunta, es decir, las empresas suelen compartir la autoridad administrativa. Es por esta razón que es muy importante determinar en el contrato respectivo las obligaciones y responsabilidades de cada parte en el proyecto. Este es el punto que suele causar más conflictos en la práctica y más inconvenientes a las empresas. Esto puede evitarse con una adecuada estructuración del contrato escrito respectivo. En algunos casos, sin embargo, la dirección y ejecución del proyecto se encuentra en manos de una sola de las partes. Esto es algo que se estudiará más adelante.

5°. Como se trata de un trabajo en conjunto es necesario que las empresas cuenten con un sistema adecuado de comunicación entre ellas, puesto que es indispensable que la circule oportunamente para llevar a cabo el proyecto empresarial en común. De esta forma es como se establecen vínculos sociales entre las partes.

D) Clasificación de las alianzas estratégicas

La naturaleza de las alianzas estratégicas, de acuerdo a lo que ya se trató previamente, no es Uniforme. No todas tratan sobre una misma materia, pueden revestir numerosas formas y, además, pueden darse con diversos grados de intensidad. En algunos casos se trata de acuerdos breves e informales. En otros, la interacción es tanta que no es posible distinguir a la ligera si las empresas siguen siendo independientes o no. Por ello es mejor estudiar, aunque sea de un modo genérico, las diferentes formas en que pueden darse las alianzas estratégicas.

1. Como ya se había tratado el punto, en algunas definiciones sobre la alianza estratégica se incluye la característica de que, como resultado de la celebración de esta, se creará una nueva empresa bajo la forma de una nueva sociedad. Esto no es así en todos los casos, por lo cual cabe hacer la siguiente clasificación, de acuerdo con su estructura jurídica y organizacional:

- a) Alianzas estratégicas contractuales, llamadas en inglés *non-equity joint ventures*. En este caso la alianza estratégica quedará documentada jurídicamente por un contrato base y varios contratos adicionales o *satélites*. Friedman y Bequin, citados por Colaiácovo, definen a la alianza estratégica contractual como *una empresa en que se comparten riesgos pero no se forma una sociedad conjunta con personalidad separada, en la cual los socios tengan acciones de capital proporcionales a su inversión*⁴³.

Las alianzas estratégicas contractuales suelen ser la forma más común de las alianzas en los Estados Unidos de América. De acuerdo con la opinión de algunos expertos, este tipo de alianzas ofrecen ventajas a las empresas si se trata de inversiones fuertes con la perspectiva de recuperación a corto plazo.

⁴³ Colaiácovo, Juan Luis. Et al. Opcit. Pag 163

- b) Alianzas estratégicas societarias, conocidas en inglés como *equity joint ventures*. En este tipo de alianzas, las empresas participantes forman una nueva empresa que reviste la forma jurídica de una sociedad de acuerdo con las leyes del país en que va a operar. Las acciones de la nueva sociedad se suscriben con las empresas que la forman como titulares, de manera proporcional a su grado de participación.

Este tipo de alianzas es la más común en Europa. Como ya se había señalado previamente, el criterio de la Unión Europea sobre las alianzas estratégicas exige que se forme una nueva sociedad. Esto no quiere decir que en Europa no existan alianzas estratégicas, sino que estas revisten formas jurídicas diferentes. Como es el caso de la agrupación temporal de empresas en España. Los especialistas de la materia suelen recomendar este tipo de alianzas si se trata de un objetivo a cumplir a largo plazo, puesto que así existen mejores criterios respecto del control de las operaciones de la alianza y sobre el reparto de sus beneficios.

2. Existe otra clasificación de las alianzas estratégicas, de acuerdo con el tipo de integración que esta representa. Como se verá a continuación, las alianzas estratégicas pueden darse entre empresas que pertenecen al mismo o a diferentes ramos. De acuerdo a este criterio, encontramos las siguientes clases de alianzas estratégicas:

- a) *Alianzas estratégicas verticales*, en las cuales las partes integrantes de la alianza no se dedican al mismo giro, sino que cada una se especializa en una de las fases de la cadena de valor. Es decir, este tipo de alianzas versa sobre diferentes eslabones de la mencionada cadena. Este tipo de alianzas ofrece como ventajas menores costos y mayor eficacia. Sólo existe el problema de que el grupo pueda no tener mucha flexibilidad para adaptarse a los cambios del mercado. De cualquier forma, este sistema representa una mayor flexibilidad que si se tratara de una fusión
- b) *Alianzas estratégicas horizontales*, en las cuales cada integrante de la red tiene el mismo núcleo competitivo y comparte la misma capacidad hacia atrás y hacia delante en la cadena de valor. En este caso, todas las partes participan en el mismo giro, y la alianza versa sobre una misma fase de la cadena de valor. Aquí las alianzas estratégicas ofrecen incremento en la productividad, así como un mejor manejo sobre la oferta. Como es posible apreciar, este tipo de alianza puede llegar a tener implicaciones de tipo monopolico, porque tiende a eliminar la competencia. Además, pueden darse con mayor facilidad problemas de gestión interna. Este tipo de alianzas se han dado especialmente dentro de la industria textil y del vestido.
- c) *Alianzas estratégicas concéntricas*, las cuales consisten en acuerdos entre empresas que, si bien no pertenecen a un mismo rubro, utilizan los mismos canales de distribución o se dirigen a un mercado convergente. Esto quiere decir que se trata de varias cadenas de valor que tienen algún eslabón en común. Como ejemplos de este tipo de alianzas tenemos a empresas fabricantes de alimentos que las celebran para que sus productos se vendan conjuntamente con los de otras empresas que son fabricantes de bebidas. De

esta forma se pueden ahorrar costos y se establecen canales comunes de distribución.

- d) *Alianzas estratégicas conglomerales*, son las que se celebran entre empresas que no son ni del mismo ramo ni comparten algún eslabón en la cadena de valor. Se llevan a cabo este tipo de alianzas buscando la diversificación, convirtiéndose así las empresas que las firman en multisectoriales. De esta manera, se pretende repartir los riesgos entre varias actividades, otorgándole flexibilidad a la compañía que ingresa en un nuevo sector. La desventaja es que puede tratarse de un ramo completamente desconocido para la empresa en cuestión, además de que una política de diversificación no permite desarrollar una estrategia global aplicable para todas sus actividades.

3. Por otro lado, estas alianzas entre empresas pueden darse en cualquiera de las fases de la cadena de valor previamente mencionadas. En consecuencia, son concebibles tres tipos de alianzas estratégicas en relación al objetivo que persigan dentro de la cadena de valor:

- a) *Alianzas estratégicas que versan sobre la fase de investigación, desarrollo y diseño*. Este tipo de alianzas suele ser conocido también como *integración hacia atrás*. Claro que ese es el punto de vista de una empresa que se dedica a la fabricación y manufactura: una integración retrocediendo hacia la primera fase de la cadena de valor.

Tenemos como ejemplo de esto algo que cada día es más común en la moderna industria farmacéutica: pequeñas compañías biotécnicas que sostienen importantes lazos con las universidades celebran alianzas con las grandes empresas farmacéuticas internacionales. Así, las grandes compañías farmacéuticas no tienen que estar preocupando por generar nuevas patentes, algo que se da muy naturalmente como resultado de la actividad de las pequeñas empresas que se dedican a la investigación, las cuales sostienen una estrecha relación con las universidades, puesto que muchos de los fundadores de estas compañías son investigadores universitarios. A su vez, estas últimas obtienen recursos para continuar con sus investigaciones.

- b) *Alianzas estratégicas que versan sobre la fase de manufactura y fabricación*. Estas alianzas pueden tratar o no, sobre la elaboración de bienes, puesto que igualmente pueden versar sobre la prestación de servicios. La ventaja que ofrecen, tanto este tipo de alianzas, como el anterior es que ya se presupone que existen los canales de distribución para llegar al consumidor final. Este segundo tipo de alianzas se da cuando una empresa celebra con otra, algún acuerdo para fabricar conjuntamente componentes o alguna de sus líneas de productos.

En esta fase también se dan alianzas con el objetivo de desarrollar relaciones estratégicas entre clientes y proveedores. Por ejemplo, la famosa corporación McDonald's tiene celebrado un acuerdo con la compañía de productos de limpieza Key Química. De esta forma, McDonalds recibe un producto más económico y especialmente empaquetado, y la otra famosa firma tiene garantizado un importante volumen de ventas.

- c) *Las alianzas que se hacen con el objetivo de completar adecuadamente la fase de mercadotecnia, ventas y distribución; generalmente se dan para tener acceso a nuevos mercados.* Estas alianzas estratégicas suelen ser las más comunes en nuestro país. Grandes compañías de otras latitudes buscan aliarse con empresas mexicanas, las que generalmente son grandes empresas, aunque comparativamente pequeñas al lado de las extranjeras, con la finalidad de tener acceso al mercado mexicano.

Uno de los casos más famosos sobre este supuesto es el de la alianza entre la empresa norteamericana Wal-Mart y el mexicano Grupo Cifra, lo cual ha permitido a la corporación norteamericana tener un mejor acceso al mercado mexicano.

4. De acuerdo con el rol de participación de las empresas, puede darse la siguiente clasificación:

- a) *Alianzas estratégicas dominadas*, en las cuales uno de los socios es el que controla las actividades empresariales que se dan como resultado de la alianza, ya sea por razones de ubicación, por desempeñar la mayor parte de las actividades, por ser la parte más capacitada para dirigirla o por tener la mayoría de las acciones de la nueva empresa que se haya creado como resultado de la alianza estratégica. La otra o las otras partes desempeñan un papel pasivo, limitándose a ser meros inversores (inversión de portafolios) y a recibir los beneficios de su aportación.

Esto ocurre generalmente cuando la parte dominante es la única que se encuentra ubicada en el país donde se desarrollan las operaciones, y el otro o los otros participantes son extranjeros. También suele darse cuando una de las partes es la que conoce la tecnología o el tipo de negocio que se va a desempeñar como resultado de la alianza estratégica, y el otro o los otros son simplemente inversionistas.

- b) *Alianzas estratégicas independientes*. En este caso se ha creado una nueva empresa, generalmente bajo el supuesto de una nueva sociedad mercantil, como resultado de la alianza estratégica que se ha celebrado entre las partes. Esta empresa trabaja prácticamente independientemente, siendo el papel de las compañías que la formaron el de ser meros inversionistas. Esto es factible cuando el personal de esta nueva empresa trabaja satisfactoriamente de acuerdo con los intereses de las empresas que las formaron.

- c) *Alianzas estratégicas participativas*, en las cuales todas las partes involucradas están directamente implicadas en las operaciones y en la dirección de las actividades de la nueva empresa. La relación entre las empresas que participan en la alianza debe ser muy equitativa en cuanto al capital como a la participación en cuanto a la dirección del proyecto.

5. En relación a los sujetos que participan en tales alianzas tenemos que las alianzas estratégicas pueden darse de acuerdo con los siguientes modelos:

- a) *Entre grandes y pequeñas o medianas empresas.* En este caso las pequeñas o medianas compañías tienen la oportunidad de obtener grandes ganancias y un crecimiento acelerado sin perder su autonomía, y las grandes corporaciones pueden completar adecuadamente la cadena de valor para así competir mejor en el mercado.
- b) *Otro es el caso de las alianzas estratégicas que se dan exclusivamente entre grandes compañías.* En estas ocasiones, las empresas que forman partes de las alianzas buscan combinar sus ventajas competitivas de una forma tal que les permita competir contra otras grandes empresas.
- c) Parecería, sin embargo, menos aventurado el hablar de fusión entre pequeñas y medianas empresas que de alianzas estratégicas, puesto que estas alianzas suelen darse para competir en los mercados internacionales o hasta globales, entendiendo por mercado global todos los países del orbe.

Esta apreciación no es correcta ya que, en algunos casos, especialmente en Italia, las pequeñas y medianas compañías se han aliado con la finalidad de poder competir en el exterior y a nivel global. Estos casos son especialmente comunes en el norte de Italia, y están constituidas por pequeñas empresas que terminan formando grandes grupos. Cabe tomar en cuenta que la empresa promedio en Italia tiene alrededor de cuarenta y cinco empleados. Por ello, agruparse implica la ventaja de que estas pequeñas compañías usan regionalismo y su proximidad cultural como una gran ventaja. Son usuales en joyería, vestido y agricultura.

6. Como consideración final a las diferentes clasificaciones que se han hecho de las alianzas estratégicas cabe señalar que éstas pueden darse entre empresas de uno o más países, así como entre empresas públicas, privadas y mixtas.

E) **Mecanismos del sistema**

Si bien es cierto que el sistema de alianzas estratégicas ofrece ventajas para las empresas, existen ciertas mecánicas que deben llevarse a cabo para obtener resultados favorables. El sistema de alianzas estratégicas exige un manejo diferente al sistema tradicional. Ciertamente muchas empresas occidentales crecieron y prosperaron, especialmente en las décadas de los cincuenta y sesentas, siendo completamente autosuficientes. Confiaban en sus productos y en el desarrollo de su propia tecnología. De esa forma aumentaron su tamaño y su desenvolvimiento administrativo se fue haciendo lento y pesado, por lo que finalmente no pudieron competir con las compañías orientales, tales como Toyota, Sony, NEC o Panasonic.

Cabe destacar que todavía hoy en día la mayor parte de las compañías trabajan de acuerdo con el sistema tradicional, empleado los siguientes mecanismos:

- a) Sacar el mayor partido de sus proveedores.
- b) Encontrar proveedores que sean fácilmente subordinados y dominados.
- c) Limitar la cantidad de información que se les proporciona a los proveedores.
- d) Evitar lazos con los proveedores o acuerdos a largo plazo.
- e) Comprarle los insumos a sus proveedores mediante órdenes individuales cada vez, estableciendo así competencia entre varios de sus proveedores.

Por su parte, el sistema de alianzas estratégicas tiene mecánicas esencialmente distintas con respecto a sus proveedores. La meta no es que simplemente obtener de ellos las mayores ventajas posibles, sino desarrollar una relación más o menos duradera. Así tenemos que los mecanismos a seguir, de acuerdo con este sistema, son:

- a) La formación de una red con el objetivo de integrar consumidores y proveedores en diferentes etapas de la cadena de valor.
- b) Fabricación conjunta, no solo en lo que se refiere a la elaboración de bienes, sino también en el diseño del producto, y en la manufactura de componentes claves y tecnologías.
- c) Reducción en el número de proveedores para pasar a ser sólo unos cuantos, estrictamente integrados al negocio, los cuales ofrezcan una drástica reducción de los precios.
- d) Creación de un sistema común de información usado para operaciones, desarrollo, diseño, planeación y cambios administrativos.
- e) Apoyo externo para que sus procesos administrativos sean llevados por compañías especialistas.

De acuerdo con esta estrategia, el rol del proveedor ha sido modificado con miras a ser un fabricante conjunto prácticamente asociado, aunque no se fusione con la empresa a la cual provee.

Cabe aclarar que existen puntos intermedios entre un sistema y otro. De acuerdo con McHugh⁴⁴ hay cuatro niveles de integración entre las empresas desde el convencional hasta una alianza estratégica completa, lo cual nos trae una nueva clasificación de las alianzas. Estos cuatro niveles de integración son:

- I. *Convencional*, en el cual el proveedor es responsable de suministrar lo requerido de acuerdo con las especificaciones de calidad, y el cliente realiza constantes inspecciones para vigilar la calidad. Por otra parte, los pedidos, generalmente telefónicos, los realiza el cliente por una cantidad específica y el momento de la entrega queda previamente determinado, por lo que es prácticamente indispensable que el proveedor cuente con reservas, es decir, con un *stock*. El producto así como sus componentes son diseñados exclusivamente por el cliente, y el criterio con el que se elige al proveedor el precio al cual le vende los componentes o, en su caso, la materia prima.
- II. *Asociados*, en el cual el proveedor autocertifica la calidad y el cliente simplemente realiza programas conjuntos de calidad total en mancuerna con el proveedor. Se realizan contratos a largo plazo. Se sincroniza la producción de acuerdo con las entregas, por lo que no es necesario tener reservas o *stock*, o por lo menos hay una sensible reducción de éste. Los requerimientos técnicos de los componentes y de la tecnología en general son definidos por el cliente, pero en conjunto con el proveedor, y el criterio para elegir a este último es el costo total, no simplemente el precio al que el proveedor le vende los insumos.

⁴⁴ McHugh, Patrick. **Beyond Business Process Reengineering**. 1ª. Editorial, Editorial John Wiley & Sons. West Sussex, Inglaterra, 1995. Pag. 19.

- III. *Socio*, en el cual el proveedor es también responsable de la calidad los componentes para con el consumidor final. Hay un desarrollo conjunto de la calidad y un diseño conjunto de los requerimientos de la misma. Por otro lado, el proveedor se encuentra integrado en los mismos procesos logísticos, tales como documentos y sistema operativos. Se comparte información y sistema de planeación, principalmente a través de una red electrónica. El proveedor se encuentra envuelto en los procesos de desarrollo, comenzando con la concepción del producto, así como también se involucra con el proceso de planeación. El criterio para elegir proveedor, en este caso, es la velocidad global de la red y el costo total del producto o servicio de que se trate.
- IV. *Nodo*, siendo esta ya una etapa en que es difícil separar a una compañía de la otra, puesto que existe un diseño conjunto de los procesos de negocios y se manejan los mismos sistemas de información. El proveedor se encuentra comprometido a desarrollar productos y a la planeación de procesos. Por otra parte, los criterios para la elección de proveedor, en este nivel, están dados por la innovación en el mercado, el soporte que ofrezca, la ganancia conjunta y la flexibilidad.

Ahora bien, para poder trabajar conjuntamente, proveedores y clientes necesitan coordinarse. Por esta razón en específico, en la Unión Europea se ha buscado reglamentar las relaciones entre clientes y proveedores de la industria automotriz. Las asociaciones de la industria automotriz formalizaron su compromiso para fomentar sus relaciones de fabricación conjunta. El 12 de abril de 1994 firmaron en la ciudad de Bruselas un documentos en este sentido, conocido como “Principios Europeos para la Cooperación entre Fabricantes Automotrices y sus Proveedores” (European Guidelines for Cooperation between Automobile Manufacturers and their Suppliers). Este documento no establece una definición específica de lo que una relación de esta naturaleza debe ser, tan sólo recomiendan algunos principios básicos. Sin embargo, el estudio del mismo nos podrá facilitar el estudio, tanto de las mecánicas de este sistema como de la incipiente regulación que existe al respecto.

Este documento tiene como finalidad lograr la unión de fuerzas por parte de los fabricantes automotrices y de sus proveedores en el marco de la globalización, en el cual la competencia cada vez es más estricta y los requerimientos de calidad, mayores. Y es debido a tal competencia global que las compañías automotrices que son fabricantes y sus proveedores han reconocido la necesidad de aliarse, de asociarse, dialogando e intercambiando información a través de una cadena de proveedores.

Se sugiere que debe haber cooperación en el diseño así como en la planeación de la manufactura, estableciendo adecuados canales de información y alentando a los proveedores a participar en estas actividades. De la misma manera, a través de los canales de información mencionados se evitará que exista una innecesaria duplicación de esfuerzos. Además se sugiere delegar responsabilidades fijando reglas entre ambos asociados (proveedor y cliente) y las diferencias deberán de resolverse con miras a un beneficio mutuo.

Ambos asociados habrán de establecer un método para analizar la relación precio–costo, las modificaciones en los precios debido a cambios en las especificaciones o requerimientos adicionales, y sobre las mejoras respecto de la calidad y la reducción de los costos. Además, tanto el uno como el otro deberán gozar de los beneficios que resulten de la reducción de los costos, basándose en un sistema equitativo respecto del origen de dicha reducción.

A los fabricantes de vehículo se les recomienda asistir técnicamente a sus proveedores para que desarrollen nuevos métodos de producción con la finalidad de incrementar la productividad. Además, ambos habrán de adoptar procesos de ingeniería simultáneos para aumentar la competitividad.

En lo referente a la calidad, tanto a los fabricantes de la industria automotriz como sus proveedores se les recomienda desarrollar un mínimo de calidad para toda la Unión Europea. De la misma forma, el esfuerzo por incrementar la calidad deberá darse por conducto de ambas partes, es decir, tanto por el lado de los fabricantes como por el de sus proveedores.

A los fabricantes automotrices se les recomienda adoptar un sistema electrónico común con sus proveedores para intercambiar así información con ellos. Cualquier cambio que realicen los fabricantes se recomienda que sea notificado a sus proveedores, usando dicho sistema electrónico de información.

Todos los anteriores principios son sólo recomendaciones que se hacen en el citado documento. Sin embargo, éste contiene verdaderas reglas en un apartado especial, reglas que regulan los contratos de alianza estratégica entre los fabricantes de automóviles de la Unión Europea y sus proveedores. Esto constituye un importantísimo avance en lo que se refiere a la regulación de las alianzas estratégicas.

F) Figuras afines

Paralelamente al sistema de alianzas estratégicas se han desarrollado otros tantos sistemas de negocios más, que guardan cierta semejanza con el primero. Estas figuras son el resultado de los mismos factores que la alianza estratégica: globalización y tecnología, además de que igualmente han estado provocando cambios en la estructura del capitalismo.

1. *Empresas transnacionales y multinacionales.* Desde mediados del siglo pasado se han consolidado empresas que poseen importantes activos en el exterior. Existe controversia entre diferentes autores respecto al término “multinacionales”. Muchas veces se les llama indistintamente empresas multinacionales o transnacionales. Sin embargo existe una sutil diferencia entre ambas denominaciones.

Las empresas multinacionales constituyen grandes consorcios organizados internacionalmente por medio de empresas matrices, que generalmente tienen su domicilio en países altamente industrializados y de gran poderío económico que controlan empresas subsidiarias o filiales, las cuales operan con la misma denominación y con el mismo objeto social en diferentes países, constituyéndose como sociedades de acuerdo a las leyes de cada país. Por ejemplo, Volkswagen de Alemania controla a

diferentes empresas las cuales están constituidas de acuerdo con las leyes de diferentes países, como Volkswagen de México. Las transnacionales, por su parte, ciertamente realizan operaciones y controlan importantes activos en el exterior, pero no se constituyen de acuerdo con las leyes de cada país. Como este último tipo de empresas (transnacionales), presentan serias dificultades tanto legales como fiscales a sus filiales, se recurre de manera preferente a la figura de empresa multinacional.

De acuerdo con Casson⁴⁵, cada vez es mayor el número de empresas multinacionales pequeñas, por lo que no todas éstas son congruentes con el concepto tradicional de corporaciones gigantes.

Es clara la diferencia que existe entre las alianzas estratégicas, siendo éstas acuerdos entre varias empresas, y las empresas transnacionales y multinacionales, las cuales son esencialmente una única empresa con activos en el exterior. Cabe aclarar en este sentido que cada vez es mayor el número de empresas multinacionales y transnacionales que operan a través de alianzas estratégicas en diferentes países.

2. *Trust*. Estos se formaron en Estados Unidos debido a la competencia entre empresas análogas. Astudillo define a los *trust* como *organizaciones de empresas que constituyen una empresa que controla las acciones representativas de su capital y en cuyo seno se determinan los programas de producción y comercialización de todas ellas como si se tratara de una sola*⁴⁶. Se trata de concentraciones horizontales de empresas independientes en una sola para eliminar la competencia y dominar el mercado. La finalidad, como es posible observar es de carácter eminentemente monopolístico, por lo que se ha buscado combatirlos en las diferentes legislaciones. A pesar de ello, especialmente en Estados Unidos se han consolidados grandes *trusts*, como por ejemplo General Motors, debido particularmente a las dimensiones de su mercado y a su sistema económico.

El *trust*, por ser una concentración horizontal de empresas se asemejaría a una alianza estratégica societaria de concentración horizontal. Las diferencias radicarán en la finalidad: si la alianza estratégica en cuestión busca eliminar la competencia en el mercado a través de la formación de una empresa que controle los programas de producción y comercialización de todas ellas, se tratará de un verdadero *trust* y podrán aplicársele las normas relativas a la competencia económica de acuerdo con la legislación de cada país. En México existe al respecto la Ley Federal de Competencia Económica que se estudiará más adelante.

3. *Empresas controladora*. Se trata de organizaciones empresariales que igualmente tienen características eminentemente monopólicas. Se trata de una *sociedad financiera que participa en el capital de varias empresas y las controla parcial o totalmente aunque cada empresa mantenga su independencia jurídica*⁴⁷. Los conjuntos de empresas que son dominadas por una sola de ellas son conocidos en inglés como *holdings*. En el *trust* la empresa que se forma controla lo relativo a la producción y comercialización; en tanto que el dominio

⁴⁵ Deane, Phyllis, et al. **Vocabulario Básico de Economía**. 1ª edición, Editorial Crítica. Traducción: Pascual, Jordi. Barcelona, 1992. Pág. 307.

⁴⁶ Astudillo Ursúa, Pedro. Opcit. Pag. 109

⁴⁷ Chuliá, Vincent, et al. Opcit. Pag. 102

de la empresa controladora cubre, no solo la producción y comercialización, sino todos o cualesquiera de los demás aspectos de las empresas.

Esta forma de organización empresarial es también típica de los Estados Unidos de América y se ha generalizado entre grandes grupos industriales del mundo entero. Efectivamente en un *holding* las empresas conservan su independencia jurídica, pero son controladas en su conjunto por una sola, que es llamada empresa controladora. Esto se debe a que la empresa controladora es dueña de la mayoría de las acciones de las empresas controladas, lo que le permite tomar decisiones de una manera unilateral. Por ello es que, aunque las compañías que toman parte en un *holding*, conservan su autonomía jurídica, no es así su autonomía empresarial, puesto que forman parte de un solo conglomerado.

Esta figura se asemeja a las alianzas estratégicas societarias, donde también se forma una empresa que reviste la forma de una sociedad. La diferencia con el *holding* radica en que en este último, la empresa controladora es la que asume el dominio sobre las demás, en tanto que en las alianzas estratégicas societarias las empresas que la forman son las que controlan a la nueva empresa.

En México están contempladas en la legislación las empresas controladoras en la Ley del Impuesto sobre la Renta, en su artículo 64, el cual establece que una sociedad se considerará controladora si posee más del 50% del total de acciones con derecho a voto de otras sociedades, si más del 50% de sus acciones con derecho a voto no pertenecen a otra u otras sociedades y si es residente en México.

Por su parte, las sociedades controladoras de índole financiera tienen un tratamiento especial en la legislación mexicana. Existe una ley al respecto que se llama Ley para regular las Agrupaciones Financieras. Un grupo financiero se da cuando una sociedad es propietaria de la mayor parte de las acciones de instituciones de crédito, organizaciones auxiliares de crédito, instituciones de finanzas, instituciones de seguros y casas de bolsa.

4. *Cártel*. Es una forma de organización empresarial muy similar al *trust*, igualmente con características monopólicas. Samuelson la define como *una organización de empresas independientes que producen artículos similares y trabajan juntas para elevar los precios y limitar la producción*⁴⁸. Astudillo, por su parte, las conceptúa como: *organizaciones de empresas que celebran convenios a virtud de los cuales conservan su independencia jurídica pero se sujetan a una política general de ventas, precios, territorios de operación, compras de materias primas, uso y traspaso de tecnología, planes de producción*⁴⁹.

Existen varios grados en los que puede manifestarse un *cártel*. En un principio varias empresas pertenecientes a un mismo ramo comienzan a tener reuniones periódicas para repartirse el mercado y determinar precios. Posteriormente llegan a un acuerdo para realizar sus ventas aun precio único y a través de una agencia de ventas en común. Más adelante la agencia de ventas ha de asignar cuotas de producción a cada empresa componente del *cártel*. Finalmente cada miembro se compromete a reunir un

⁴⁸ Samuelson, Paul A., et al. Opcit. Pag. 889.

⁴⁹ Astudillo Ursúa, Pedro. Opcit. Pag. 109

fondo común para repartirlo en proporción previamente establecida. Esto último ha ocurrido particularmente en la economía alemana.

Así como el *trust* se asemeja a la alianza estratégica societaria de concentración horizontal, el *cártel* se asemeja más bien a la alianza estratégica contractual de concentración horizontal. La diferencia entre ambas, al igual que en el caso anteriormente citado radicará en la finalidad que tenga la alianza. Si esta busca controlar los precios, el monto de la producción o cualquiera de los fines del *cártel*, la alianza en cuestión será un verdadero *cártel* y podrán aplicársele las leyes respectivas.

5. *Franquicia*. Es un sistema de comercialización y distribución en el cual, a un empresario (el franquiciatario) se le concede – a cambio de una contraprestación – el derecho de comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo con ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia.

En México existe ya una definición legal del contrato de franquicia, según el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial: *Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede puede producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue*⁵⁰.

De esta definición se desprende una de las características esenciales de la franquicia, que es la concesión de una licencia de uso de una marca al franquiciatario, marca de la cual es el titular el franquiciante. También es muy posible que el franquiciatario opere bajo el mismo nombre comercial que el franquiciante.

Igualmente se desprende otra característica más de la franquicia de acuerdo con la definición legal anteriormente referida: la uniformidad, la cual guarda estrecha relación con los conceptos de marca y de nombre comercial. El citado artículo señala que el franquiciatario habrá de producir o vender bienes o prestar servicios de *manera uniforme*. *Esta uniformidad de productos y servicios, unidos a un control de calidad y a una producción en gran escala, es un típico resultado de las economías del siglo veinte*⁵¹. El cliente de una empresa que opera bajo la forma de franquicia espera recibir los mismos estándares de calidad por parte de cualquier franquiciatario que los que recibiría por parte de un franquiciante.

Otra característica más que no está mencionada en el mismo precepto, pero cuyo uso es generalizado, es el de la contraprestación por parte del franquiciatario. Esto resulta lógico tomando en consideración que la franquicia, así como la alianza de contratos eminentemente mercantiles, y por lo tanto onerosos, como se verá más adelante. El monto de contraprestación en la franquicia muchas veces esta ligado al resultado de la operación. Usualmente esta contraprestación se lleva a cabo por dos

⁵⁰ Arce Gargollo, Javier. **El contrato de Franquicia**. 2ª. Edición, editorial Themis. México, D.F., 1992.

Pág. 3

⁵¹ *Ibidem*. Pág 10

conceptos : *el pago inicial o cuota que dan derecho a la franquicia (franchise fee) y las regalías (royalties) como pagos periódicos*⁵².

Al igual que en la alianza estratégica, el pago de la contraprestación que debe pagar el franquiciante suele estar ligada al resultado de la operación. Sin embargo, la franquicia es un sistema muy particular, sobre el cual ya se ha legislado, inclusive. La alianza estratégica constituye en México un contrato meramente atípico que comprende innumerables supuestos. La franquicia, de acuerdo con el criterio de especialidad, excluye a la alianza estratégica, por lo tanto. También es preciso recalcar en virtud de la alianza estratégica se incorporarán otros elementos, además de la licencia de uso de marca, como se estudiará más adelante. Es posible, inclusive, que dos o más empresarios formen una alianza para obtener una franquicia o para ponerla a funcionar

⁵² *Ibidem*

IMPUESTO SOBRE LA RENTA (segunda parte)

Por: Dra. Doricela Mabarak Cerecedo *

En el número 5 de *IUSTITIA* se estudiaron los aspectos fundamentales del sistema impositivo a la renta. Se vieron sus antecedentes históricos y se hizo un importante estudio de la legislación vigente en esta materia, desde los conceptos generales, hasta los más importantes aspectos del régimen aplicable a las personas morales. La sección final de la primera parte de este estudio se dedicó al análisis de los regímenes simplificados para el pago del impuesto, que se aplican en favor, tanto de las personas morales como de las personas físicas con actividades empresariales. Se hará a continuación una síntesis de las personas (ya sean físicas o morales) en cuyo beneficio el legislador ha contemplado diversos regímenes de simplificación para el pago del ISR.

En primer lugar, quedan sujetas a esos regímenes las siguientes personas morales:

- a) Las dedicadas a la agricultura, ganadería, pesca o silvicultura (que se dediquen exclusivamente a estas actividades).
- b) Las empresas dedicadas exclusivamente al autotransporte de terrestre de carga o de pasajeros, bajo determinadas condiciones de exclusividad en el servicio directo a pasajeros y no a ninguna otra empresa, así como las sociedades cooperativas dedicadas a esta actividad.
- c) Aquellas persona morales que se encuentren operando como empresas integradoras (artículo 79 LISR).

Para que las personas morales a que se hizo referencia en los puntos a) y b), tengan derecho a tributar bajo un régimen simplificado, deberán obtener un mínimo de ingresos por la actividad referida. Actualmente la LISR menciona un 90%, esto es con el propósito de que no se desnaturalice el fin por el cual se le coloca en un régimen simplificado.

En el caso de las llamadas *empresas integradoras*, para que una empresa pueda quedar colocada en este rubro, será necesario que la misma se ubique dentro de los extremos establecidos por los decretos de 7 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1995. Recibe el nombre de *empresa integradora*, aquellas que, dedicada a procesos industriales, realiza alianzas contractuales con otras empresas (llamadas *integradas*), a fin de que participen en algunos procesos de producción de la *integradora* y realicen para ella, actividades industriales, produciendo o maquilando parte del proceso industrial de bienes, cuya parte toral es a cargo de la citada empresa *integradora*.

Este modelo económico se presenta por ejemplo, en la industria automotriz en la cual la empresa integradora fabrica vehículos, pero contrata con otras empresas (integradas), la fabricación de parabrisas, cristales, asientos, tapicería, volantes, manijas y cerraduras u otros artefactos que se ensamblen al citado vehículo.
--

* Profesora Asociada del Departamento de Derecho. Campus Monterrey.

El objetivo que persigue el legislador en materia del ISR para ubicar en regímenes simplificados a determinadas personas, ya sean éstas físicas o morales, se debe a que estos contribuyentes, por razones fundamentalmente económicas, no deben ser sometidas al cumplimiento de todas las obligaciones establecidas para un contribuyente normal o bien, a pagar un tributo menor que el que se aplica a las personas afectas a un llamado *régimen general*.

En relación con las personas morales dedicadas a actividades primarias (agricultura, ganadería, pesca o silvicultura), tienen una importante ventaja, consistente en que por los ingresos que obtenga la persona moral que no excedan de 200 veces el salario mínimo elevado al año, no pagarán ninguna cantidad por concepto del impuesto sobre la renta. Esta exención se distribuye entre cada uno de los miembros asociados, en un límite que no exceda de 20 veces el salario mínimo anual. (artículo 81 LISR).

Otro elemento importante para este grupo de personas morales con actividades primarias, es el consistente en que no obstante que el excedente de la cantidad equivalente a 200 salarios mínimos elevados al año queda gravado con la tasa general del ISR, se establece dentro del propio artículo 81, que la cantidad que resulte a pagar en la declaración correspondiente, se reducirá ésta en una proporción del 50% y lo que resulte será en definitiva el impuesto a cargo de la citada persona moral. En el caso de estas personas morales (agricultores, ganaderos, pescadores y silvicultores), los pagos provisionales serán semestrales.

También es importante señalar que de conformidad con lo previsto por citado artículo 81, las personas morales dedicadas a actividades primarias, pero organizadas como comunidades o ejidos, no están afectas al pago de este impuesto, lo cual significa que este tipo de organizaciones no tiene el carácter de contribuyente del ISR, situación a todas luces inequitativa, frente a las personas morales o inclusive, personas físicas organizadas en otras formas jurídicas diferentes a los ejidos y comunidades. Las razones por las que se exentan del pago del impuesto a los ingresos obtenidos por ejidos y comunidades, no son de carácter económico, -partiendo del supuesto real de que existen ejidos y comunidades que obtienen importantes ingresos-, sino que la razón es de carácter estrictamente político y esta actitud distorsiona en forma importante, el objetivo de equidad que debe perseguirse en todo tipo de tributos.

Por lo que respecta a los contribuyentes afectos al pago del ISR, el tratamiento fiscal que se da a este tipo de personas morales, encuentra las justificaciones siguientes:

Se pretende manejar una baja contribución y un tratamiento fiscal formal muy simple, con el propósito de que estas personas, en las que su margen de rentabilidad no es amplia y que además, poseen pocos conocimientos sobre la materia tributaria, y generalmente no tienen a su alcance a profesionales que los apoyen en el cumplimiento de sus obligaciones, estén realmente en posibilidades de cumplir con sus obligaciones de pago. A través del tiempo estas facilidades legales se han ido modificando y seguramente se seguirán ajustando, con el fin de encontrar mejores opciones de cumplimiento con equidad tributaria para las personas dedicadas al cultivo del campo.

En síntesis: Las personas morales dedicadas a actividades primarias tiene las siguientes facilidades fiscales:

- a) Los ingresos equivalentes a 20 salarios mínimos de cada una de las personas asociadas, estarán exentos del pago del impuesto, siempre que dicha cantidad no exceda de 200 salarios mínimos, tomados en su conjunto.
- b) En la declaración final del ejercicio se aplicará, al resultado fiscal (el excedente de los citados 200 salarios mínimos anuales), la tasa general existente para las personas morales. Una vez obtenida la cantidad a pagar, ésta se reduce en un 50%, que, menos el importe de los pagos provisionales, será el impuesto a pagar para estos contribuyentes.
- c) Los pagos provisionales serán semestrales.
- d) Para las personas físicas con estas mismas actividades, se seguirá el mismo procedimiento, excepto el consistente en que en lugar de la tasa del impuesto para las personas morales, se les aplicará la tarifa anual de las personas físicas (contenida actualmente en el art. 177 de la ley.
- e) Cuando los ingresos anuales de este tipo de persona morales no hubiere excedido de cierta cantidad (actualmente, diez millones de pesos), se podrán sujetar al régimen simplificado que tiene establecido la ley para las personas físicas con actividades empresariales de *régimen intermedio*.

En la legislación fiscal de los diferentes países pertenecientes a la Unión Europea, las personas morales dedicadas a actividades primarias tienen en principio, las mismas obligaciones de todos los contribuyentes, es decir, no existe un régimen especial para el pago del ISR a cargo de dichas personas, aunque éstas gozan de una serie de subsidios que tienen como objetivo final, neutralizar el pago del impuesto.

En el caso de las empresas integradoras, la que funcione como tal, tendrá obligación de presentar las declaraciones fiscales correspondientes a las empresas integradas, así como dar cumplimiento a las demás obligaciones formales que corran a cargo de aquellas. El artículo 82 de la ley, tiene establecidos una serie de requerimientos mediante los cuales se regula fiscalmente a las empresas integradoras y a las integradas.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 81 y 82 de la LISR, las empresas integradoras asumirán por cuenta de las empresas integrantes todas las obligaciones, tanto sustanciales como formales. Las empresas integradoras presentarán por sí y por cuenta de las integradas, las declaraciones provisionales y definitivas; harán los pagos y en su caso, los enteros de los impuestos que se hubieren causado, y llevarán la contabilidad de ellas y de las empresas integradas, obligándose a presentar los avisos y manifestaciones que exijan la ley o las autoridades. Asimismo, en caso de una revisión fiscal, las empresas integradoras asumirán las responsabilidades que eventualmente pudieran existir a cargo de las empresas integradas.

Las personas físicas con actividades empresariales o profesionales que se encuentran ubicadas dentro de un régimen simplificado, son las siguientes:

- a) Las de *Régimen Intermedio*. Son aquellas personas individuales cuyos ingresos anuales oscilan entre un millón y medio y cuatro millones de pesos.
- b) Las personas físicas sujetas al *Régimen de Pequeños Contribuyentes (REPECOS)*, cuando sus ingresos no son superiores a un millón y medio de pesos en el ejercicio.

- c) Las personas físicas que presten *servicios profesionales en forma esporádica* y que no perciban ningún otro ingreso gravado por la ley

Por lo que respecta a las personas físicas dedicadas a actividades primarias (agricultura, ganadería, pesca o silvicultura), la LISR vigente, consigna en primer lugar una exención para estas personas, consistente en un no pago de impuesto, cuando sus ingresos no rebasen el equivalente a cuarenta salarios mínimos. Por el excedente, esas personas pagarán el impuesto que corresponda. A esos contribuyentes se les colocará dentro de algunos de los regímenes especiales o dentro del régimen general, dependiendo del volumen de los ingresos que excedan del límite exento.

Ejemplo: Si una persona dedicada al cultivo del campo en cualquiera de los sectores a que se refiere la legislación que ahora se estudia, obtiene en un ejercicio fiscal ingresos brutos por la cantidad de UN MILLON DE PESOS, por estar ubicada esta suma dentro de límite de exención o no afectación al pago, no surgirá la obligación de pagar un sólo centavo de ISR, aunque sí estará obligada a cumplir con el resto de las obligaciones fiscales.

En algunos países, las personas físicas con actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas, se encuentran específicamente sujetas también a un régimen simplificado de pago. Así sucedió en México con este tipo de contribuyentes hasta el año de 2001. En efecto, bajo la vigencia de la anterior Ley del Impuesto sobre la Renta, estas personas también quedaban sujetas a un régimen especial de tributación. Actualmente, las personas físicas que se dedican a esta actividad, quedan exentas de pago del impuesto, si sus ingresos no exceden, como ya se indicó, de 40 salarios mínimos elevados al año. Si los ingresos de estas personas exceden de tal cantidad, quedarán colocadas según proceda, dentro del régimen de pequeños contribuyentes, dentro del régimen intermedio por actividades empresariales o bien, dentro del régimen general. No se contempla en la actual ley, ninguna exención para las personas físicas que tengan el carácter de ejidatarios. En este caso, si comercializan por su cuenta y no por conducto del ejido sus productos, quedarán sujetos a las reglas fiscales establecidas para las personas físicas.

En relación con las personas físicas que presten servicios profesionales en forma esporádica, y siempre que en el ejercicio no perciban ningún otro ingreso gravado por la ley, estos contribuyentes pagarán al presentar su declaración del ingreso percibido, una cantidad equivalente al 20% del ingreso, sin deducción alguna. No están obligados a llevar contabilidad ni comprobantes de ninguna clase.

En tomo a las personas físicas que obtengan en forma esporádica ingresos por servicios profesionales como única fuente, el legislador no indicó si esta forma esporádica es una o son tres o veinte, en el ejercicio. Por consecuencia, queda en este caso, una duda razonable en cuanto a la diferencia entre lo esporádico y lo habitual. En cualquier forma, estos contribuyentes se encuentran obligados a presentar la declaración anual del ejercicio; estarán facultados para hacer las deducciones generales existentes para todas las personas físicas. A la cantidad que resulte, se le aplicará la tarifa del artículo 177 y al resultado, se le restarán el importe del pago o de los pagos provisionales, y simultáneamente, al presentar la declaración definitiva, se pagará el saldo a cargo o se solicitará la devolución a favor.

DE LAS SOCIEDADES CONTROLADORAS

Quedan sujetas a un régimen específico de tributación en el ISR, a las empresas o sociedades controladoras o holdings, por las utilidades que perciban procedentes de la sumatoria de ingresos gravables del total de sus empresas controladas, a lo que se le denomina específicamente: *Resultado Fiscal Consolidado*. La Ley del ISR en su artículo 64 establece los requisitos que deben llenarse para que se pueda dar la figura jurídica de *empresa controladora*. Se indica que una sociedad controladora, es aquella:

- a) Residente en México, que sea propietaria del 50% o más de acciones con derecho a voto, de otras sociedades, que reciben el nombre de controladas.
- b) Se requiere además que el otro 50% de las acciones con derecho a voto, en ningún caso sean propiedad de otra u otras sociedades, excepto en el caso de que esas sociedades propietarias de las acciones residan en algún país con el cual México tenga celebrado un convenio de intercambio amplio de información fiscal. En casos como éste, las acciones que se coloquen entre el gran público inversionista, no se computarán, de acuerdo con las reglas que al efecto emita la autoridad fiscal mexicana. Esto se hace con el fin de posibilitar y facilitar algunos tipos de alianzas estratégicas entre las sociedades residentes en México y en otros países.
- c) En el caso de sociedades cuyo capital no esté representado por acciones, se tomará como base el valor de las partes sociales. Son acciones con derecho a voto, aquellas que no tengan limitado a éste o que no sean acciones de goce.

En consecuencia, aunque lo usual es que el sistema de consolidación fiscal sea utilizado por sociedades mercantiles cuyo capital se encuentra representado por acciones, como es el ejemplo típico de las *sociedades anónimas*, también es posible que se ubiquen dentro de este régimen, a sociedades mercantiles en la que ese capital se encuentre representado por partes sociales, como acontece en las *sociedades de responsabilidad limitada*.

En forma categórica, se establece en el artículo 67 de la LISR, que no pueden quedar comprendidas dentro del régimen de consolidación fiscal, como controladoras o controladas, a las siguientes sociedades:

- a) Las sociedades con fines no lucrativos, comprendidas en el Título III de esta propia ley.
- b) Las sociedades que forman parte integrante del Sistema Financiero, tales como instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, e inclusive, las sociedades controladoras de grupos financieros.
- c) Las sociedades residentes en el extranjero, aún cuando tengan establecimiento permanente en el país.
- d) Las sociedades que se encuentren en liquidación.
- e) Las asociaciones o sociedades civiles y las cooperativas.
- f) Las personas morales de régimen simplificado y,
- g) Las asociaciones en participación.

Se indica que en estos casos, cada sociedad controlada se obliga a inscribirse en el RFC, presentar avisos, declaraciones y manifestaciones, así como llevar su contabilidad y pagar sus impuestos, como si fuera una empresa independiente. Para poder acogerse al beneficio del resultado fiscal consolidado, consistente en presentar una declaración final de los ingresos de la controladora y de las empresas controladas, es necesario tramitar y obtener previamente una autorización, de parte de las autoridades fiscales, para realizar este procedimiento (artículo 70 LISR). Las sociedades controladas, así como la controladora, deberán presentar declaraciones provisionales y definitivas dentro de los plazos legales, como si no fueran sociedades independientes, para posteriormente proceder a hacer la consolidación fiscal. En la ley que se estudia se señala la forma de integrar el resultado fiscal consolidado, a fin de determinar saldos a favor o en contra, en la presentación de esta declaración fiscal de la empresa controladora.

Después de realizado todo esto, la empresa controladora, presenta una declaración consolidada, en la cual hace una sumatoria de todos los ingresos declarados por las controladas, y acumula todas las deducciones legales. Hecho esto, calculo el impuesto consolidado. Si hubiere saldo a cargo lo cubrirá, si existiere saldo a favor, gestionará su devolución o en su caso, compensará los saldos a favor en los pagos de impuestos del o de los ejercicios siguientes.

Existen para las empresas ventajas económicas importantes en un sistema de consolidación fiscal, puesto que los grupos empresariales pueden llevar un mejor control de sus resultados y aprovechar en el mismo ejercicio, las utilidades generadas por algunas de las controladas, compensándolas con las pérdidas que se hubieren generado en otras. En esta forma, no requieren esperar a que transcurran varios ejercicio para amortizar las pérdidas.

Para el fisco, el sistema de consolidación fiscal ofrece mejores expectativas de control fiscal, puesto que las empresas que se manejan en este sistema, se encuentran obligadas a dictaminar sus estados financieros (artículo 32, fracción I del Código Fiscal de la federación), y además, el sistema de consolidación permite mayor transparencia en la operación de esas empresas.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Tanto las personas físicas como morales, tienen para el control del pago de las prestaciones fiscales señaladas en este importante renglón tributario, una serie de obligaciones formales, todas ellas muy importantes. El objetivo de estas obligaciones señaladas por las disposiciones fiscales, es el de someter a estos contribuyentes a un control riguroso, tanto desde el punto de vista técnico como administrativo, que le permitan al fisco una razonable certeza de que el deber jurídico fundamental o de pago del impuesto, se está cumpliendo cabalmente. También, la exigencia y satisfacción de estas obligaciones formales le dan a las autoridades fiscales los instrumentos necesarios para llega a efectuar, en los casos y situaciones que estas consideren conveniente, actos de revisión y verificación de la situación fiscal específica de cada contribuyente o sujeto obligado. Las obligaciones fiscales de carácter formal a que son sometidos estos

contribuyentes, no sólo en el sistema fiscal mexicano, sino en todo sistema impositivo a la renta, son entre las más importantes, las siguientes:

- a) Llevar un sistema contable en la forma y términos que lo exijan las disposiciones fiscales aplicables, efectuando en dichos registros, cada una de sus operaciones. En el caso de contribuyentes sujetos regímenes simplificados, éstos deben llevar un control contable de mayor sencillez que los contribuyentes comprendidos dentro del régimen general de la ley.
- b) Expedir comprobantes de cada actividad que realicen con otras personas y conservar en su contabilidad una copia de cada uno de estos documentos. En algunos casos y situaciones, las autoridades fiscales establecen reglas mediante las cuales liberan a determinados contribuyentes de esta obligación o bien, expiden reglas que facilitan el cumplimiento de ella.
- c) Expedir o poseer constancias en las que se identifiquen pagos efectuados a personas residentes en el extranjero o ingresos provenientes del exterior, las cuales deberán quedar incorporadas a sus operaciones contables en forma evidente y circunstanciada.
- d) Llevar un control documental sobre los impuestos retenidos y enterados por cuenta de terceros, si la contribuyente está obligada a efectuar dichas retenciones.
- e) Si se trata de contribuyentes con actividades empresariales, éstos deben formular estados de posición financiera con la periodicidad que determinen las disposiciones fiscales aplicables, así como practicar a finales de cada ejercicio, inventarios de existencias, debidamente documentados.
- f) Presentar declaraciones de préstamos recibidos del extranjero en los que se informe al detalle de cada uno y el estado en que se encuentren dichos préstamos.
- g) Presentar declaraciones provisionales y definitivas, en las fechas en que lo señalen las disposiciones fiscales.
- h) Cuando los contribuyentes tengan establecimientos en el extranjero con ingresos atribuibles a dichos establecimientos, deberán llevar asientos contables debidamente especificados y conservar la documentación comprobatoria correspondiente.
- i) Llevar un registro de inversiones, en el que se anoten las inversiones efectuadas en el ejercicio, y las realizadas en otros ejercicios, que se encuentren en proceso de amortización, describiendo en particular a cada bien.
- j) Si se trata de personas morales que sean contribuyentes del ISR, deberán llevar registros especiales sobre dividendos repartidos entre los socios de la persona, con el fin de verificar el pago de las contribuciones a cargo de éstos.
- k) Presentar un informe anual sobre impuesto a la renta retenido a otras personas a las que conforme a la ley exista esta obligación.
- l) Las personas morales deberán llevar una cuenta de utilidad fiscal neta, en la que se asienten los datos relativos a las utilidades de cada ejercicio, más los dividendos que reciban de otras sociedades y empresas, de las cuales la contribuyente sea socia o accionista.
- m) Las personas morales deberán informar, cuando las autoridades lo requieran, de las operaciones con clientes y proveedores con quienes hubieren operado en el ejercicio de que se trate el requerimiento, cuando estas operaciones fueren de cierta consideración. La ley actual se refiere a operaciones mayores de cincuenta mil pesos (artículos 86 y 133 de la LISR)

Estas son algunas de las obligaciones formales más importantes que contempla la LISR para los contribuyentes, tanto personas morales como en lo conducente, personas físicas con actividades empresariales. A las personas físicas con actividades profesionales les son aplicables las exigencias referidas a algunas de estas obligaciones, cuando las mismas sean compatibles con la actividad del profesionista.

En México existen para estos contribuyentes, numerosas obligaciones de carácter formal. Como se ha visto de manera muy breve y en forma general, en los trece incisos contenidos en un párrafo anterior, y como se expresó, se enunciaron sólo las obligaciones más importantes y frecuentes. Esta situación de exceso de información y controles que exige el fisco mexicano se debe fundamentalmente, a la desconfianza que éste tiene frente a los contribuyentes. Es indudable que una gran parte de esta información carece realmente de utilidad y se pierde en los archivos de las autoridades. Algunas de estas informaciones le son útiles al fisco para normar sus criterios de fiscalización o comprobación de obligaciones, a través de revisiones de gabinete o de visitas domiciliarias.

No obstante, a los contribuyentes, se les somete a la realización de una serie de complejas actividades contables y administrativas que originan que las empresas se vean precisadas, en detrimento de sus utilidades, a gastar a veces significativas sumas de dinero, en la contratación de personal dedicado exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que imponen, tanto las disposiciones fiscales, como las autoridades mismas.

En las disposiciones fiscales similares de otros países, como sucede en las legislaciones estadounidense y europea, este tipo de obligaciones se le imponen a los contribuyentes para que las registren y conserven en sus sistemas contables, pero estas obligaciones no llegan al grado de que en ciertos plazos, les presenten informes y manifestaciones a la autoridad fiscal, en forma independiente a las declaraciones provisionales y definitivas.

DE LAS FACULTADES DE LAS AUTORIDADES FISCALES

En materia de ISR, las autoridades fiscales cuentan con un número importante de atribuciones, con el propósito de lograr un adecuado control sobre las personas afectas no solo al pago del impuesto, sino al cumplimiento de las diversas obligaciones que se imponen en la ley de la materia.

Dentro de las facultades más importantes atribuidas a las autoridades fiscales, están:

- a) Las referentes a revisión de informes, manifestaciones y declaraciones, las cuales pueden hacerse en el domicilio de las autoridades o en el de los contribuyentes, con los datos presentados en las declaraciones, manifestaciones y avisos, o con los informes adicionales o registros contables que les puedan requerir o inspeccionar directamente las citadas autoridades (artículos 41 a 42-A del Código Fiscal de la Federación).
- b) Las autoridades fiscales están facultadas también para determinar presuntivamente los ingresos y en su caso, las utilidades fiscales de los contribuyentes cuando dichas autoridades no posean la plena convicción de que los ingresos o las utilidades declaradas sean correctas. En las diferentes leyes impositivas a la renta, existen

distintos supuestos bajo los cuales las autoridades llevan a cabo los procedimientos de investigación y conclusión que los lleva a la citada determinación presuntiva.

En el sistema impositivo mexicano, los motivos fundamentales por los cuales las autoridades pueden acudir al procedimiento de estimación presuntiva, son los siguientes:

- *Cuando se opongan u obstaculicen el inicio o el desarrollo de las facultades de comprobación u omitan la presentación de una o más declaraciones fiscales.
- *Cuando no presenten registros contables o comprobantes en una proporción de más del 3% de los ingresos declarados.
- *Si no proporcionan los informes relativos al cumplimiento de obligaciones fiscales, que deban presentar por obligación legal o a exigencia de las autoridades tributarias competentes.
- *Si no cumplen con la obligación de valuar sus inventarios o no lleven el control de los mismos.
- *Si no tienen en operación los equipos o sistemas electrónicos de registro fiscal autorizados o los destruyan o alteren o impidan en alguna forma su correcta utilización y,
- *Cuando exista alguna otra irregularidad que imposibilite a las autoridades el claro cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes.

En estos casos, la autoridad comenzará por realizar una serie de actividades encaminadas a la comprobación de los ingresos del contribuyente, por virtud de que o no se tuvo acceso a la contabilidad, o ésta presenta situaciones tan graves para el fisco, que se hace necesaria una reestructuración de los datos encaminados a la comprobación de ingresos brutos del contribuyente. Para tal fin, las autoridades podrán utilizar indistinta o conjuntamente, las informaciones contenidas en:

- a) La contabilidad del contribuyente.
- b) Las declaraciones del ejercicio o ejercicios revisados.
- c) Los informes proporcionados por terceros con los que el contribuyente haya tenido relación de negocios (compulsas).
- d) La utilización de información obtenida por las autoridades o utilizando medios indirectos de investigación económica *o de cualquier otra clase* (artículo 56 del CFF).

Lo artículos 57 a 59 del CFF establecen con claridad, las fuentes de información a las que pueden acudir las autoridades fiscales para integrar los elementos conducentes que la lleven a la determinación presuntiva de los ingresos del contribuyente. Así se tiene por ejemplo:

- a) Que en la contabilidad y documentación que tenga en su poder el contribuyente, pertenece a operaciones realizadas por él, aún cuando aparezcan sin su nombre o a nombre de otras personas. Bastará que se compruebe que el contribuyente realizó al menos una operación de las contenidas en esos documentos, para que se estime que las otras operaciones fueron también realizadas por él.

- b) Que las operaciones localizadas en los sistemas de contabilidad de otras personas a nombre del contribuyente, fueron ingresos obtenidos por él.
- c) Que los depósitos en cuentas bancarias del contribuyente que no correspondan a sus registros contables, son ingresos propios de él.
- d) Que los depósitos en cuentas bancarias personales de los gerentes, administradores o terceros, cuando hubieren sido utilizadas para la expedición de cheques destinados a pagar deudas de la empresa, son ingresos propios de ella, todos los depósitos que se hubieren efectuado en dichas cuentas.
- e) Que las salidas registradas por el contribuyente sean superiores a sus entradas.
- f) Las diferencias entre los activos registrados en la contabilidad y los reales, son ingresos propios del contribuyente.
- g) Los cheques librados por la empresa, con cargo a terceros, no registrados en la contabilidad, se traducen en adquisición de mercancías, que la empresa enajenó o en servicios que la empresa prestó, por los cuales obtuvo ingresos.
- h) Las diferencias en inventarios no registrados en la contabilidad, se traducen en ingresos del contribuyente.
- i) Cualquier otro bien que esté en sus activos, no registrado en su contabilidad, se valúa, y esa cantidad se transforma en ingresos no declarados por el contribuyente.
- j) La sumatoria de sueldos y salarios pagados en el ejercicio, que no coincida con los impuestos retenidos y enterados, cuando la empresa tenga más de 20 trabajadores, será un dato que haga presumir omisión de pago de cuotas obrero-patronales para efectos del seguro Social y del INFONAVIT, así como para estimar omisión de entero de impuestos retenidos por parte del contribuyente.

También existe facultad para la autoridad fiscal, para determinar presuntivamente el precio con el cual el contribuyente adquirió o enajenó una mercancía o recibió la contraprestación de un servicio cuando se den alguna de las situaciones siguientes:

- a) Cuando las operaciones en cuestión se pacten a precio menor que el de mercado o el costo de adquisición sea mayor que el precio citado.
- b) Cuando la citada enajenación se efectúe al costo o a menos del costo, excepto que el contribuyente compruebe que la venta se hizo a precio de mercado en la fecha de la operación, o que los bienes enajenados sufrieron demérito o bien existieron circunstancias por virtud de las cuales el contribuyente se vio obligado a efectuar las enajenaciones en las circunstancias anteriores.
- c) Cuando se hagan operaciones de importación o exportación o pagos al extranjero en las condiciones señaladas en los dos incisos anteriores (artículo 91 LISR).

Como claramente puede desprenderse del contenido de estos dispositivos legales, las autoridades fiscales gozan de las más amplias atribuciones para investigar los ingresos brutos del contribuyente que se coloque en alguno de los supuestos de determinación presuntiva. Desde luego, y en tomo a éste tema surge una cuestión que es muy importante dilucidar dos importantes cuestiones:

1.- ¿Estas facultades que tienen las autoridades fiscales son aplicables a todo tipo de contribuyentes del ISR?,

La respuesta a esta primera pregunta es la consistente en que efectivamente, las autoridades pueden determinar presuntivamente los ingresos de las personas, tanto

físicas como morales, sin importar la actividad por la cual perciban ingresos gravados, con la única condicionante consistente en que estén obligados a llevar una contabilidad. Consecuentemente, si como sucede con las personas físicas que perciben exclusivamente ingresos por la remuneración del trabajo personal prestado bajo la dirección y dependencia de un tercero, estas personas no deben llevar registros contables, evidentemente no es legalmente aplicable para este grupo de contribuyentes, la estimación presuntiva que ahora se estudia.

2.- ¿La estimación presuntiva de ingresos sólo es aplicable a contribuyentes del ISR, o por el contrario, también es aplicable a otras contribuciones federales?

Desde luego que la respuesta debe darse en el sentido de que en virtud de que los preceptos legales contenidos en el CFF que regulan estas atribuciones no hacen alusión expresa a ningún grupo de contribuyentes en particular, debe considerarse que el sistema es aplicable a cualquier contribuyente, ya sea persona física o moral, ya sea que perciba ingresos gravados en cualquier ley tributaria, independientemente de su denominación. Los únicos requisitos que en todo caso se exigen para llegar a efectuar una estimación presuntiva, son los siguientes: a) Que el contribuyente perciba ingresos gravados; b) Que estos ingresos sirvan como base para el pago de contribuciones mediante declaraciones periódicas; c) Que el contribuyente esté obligado a llevar contabilidad y, d) Que se den los demás supuestos ya estudiados. En consecuencia, las atribuciones pueden ejercer en cualquier otro renglón tributario que se ajuste a los requerimientos antes enunciados, y no sólo en materia del ISR.

Ahora bien, en el caso de personas físicas afectas al pago del ISR y no obstante la existencia del procedimiento de determinación presuntiva de ingresos aplicable a la inmensa mayoría de contribuyentes afectos al pago del ISR, el legislador contempla un modelo alternativo para las personas físicas que obtengan ingresos gravados dentro de este renglón impositivo, que al parecer, no se opone a la estimación presuntiva de ingresos que se ha estudiado, sino que en su caso, lo complementa. Este modelo es conocido en otras legislaciones con la denominación de: *Signos externos de riqueza*. La LISR mexicana (artículo 107), señala a este respecto que: Cuando en un ejercicio fiscal aparezca que una persona física ha realizado erogaciones mayores a los ingresos declarados, la autoridad procederá a hacer la notificación correspondiente al afectado quien, si después de haber sido notificado este hecho, no comprueba las razones justificadas que existan al respecto o no hubiere tratado ni siquiera de desvirtuar esta situación, las autoridades presumirán que las erogaciones realizadas corresponden a ingresos no declarados y procederá estimar dichos ingresos como omitidos, y se cobrarán las diferencias de impuestos causadas.

Se repite, en virtud de que el legislador no distinguió los casos en que aplica uno y otro procedimiento para las personas físicas, debe entenderse que la autoridad tiene opción para aplicar uno u otro a dichas personas, para efectos de la determinación y pago del ISR. Desde luego, este segundo procedimiento de determinación presuntiva de ingresos, no se puede por razones obvias, extender a las personas morales, ni mucho menos a ningún otro renglón tributario como el IVA, el impuesto al activo o cualquier otro gravamen fiscal.

En el caso de los contribuyentes personas morales o personas físicas con actividades empresariales o servicios profesionales, en la legislación del ISR se encuentra contenida una especie de tabla en la que se agrupan las actividades similares de los contribuyentes sujetos a determinación presuntiva, y para cada actividad el legislador le estimó los gastos que probablemente tuvo que efectuar el contribuyente para obtener el ingreso, y con base en ello, estimó un porcentaje de utilidad, tomando en cuenta fundamentalmente el precio y la naturaleza de los bienes o servicios enajenados o prestados.

Resulta muy importante hacer resaltar que la estimación de utilidad efectuada por el legislador es hasta cierto punto arbitraria, por virtud de que no es posible sostener de manera científica los porcentajes de utilidad señalados como base para el cálculo del impuesto, ya que es indudable que en la práctica, estos porcentajes se encuentran apoyados en los costos y en los gastos efectuados los cuales suelen tener diferentes montos y cuantías en cada empresa. En efecto, si se consulta el artículo 90 de la LISR, se encontrará cómo estos porcentajes van desde un 6% para ciertos giros comerciales, hasta un 50% para la prestación de servicios profesionales. Estos porcentajes se aplican a los ingresos determinados presuntivamente por las autoridades fiscales, lo cual da como resultado el impuesto a pagar por el contribuyente para el correspondiente ejercicio fiscal. Resulta importante señalar que de los porcentajes de utilidad contenidos en la tabla inserta en la ley, los correspondientes al 15 y 23%, son las más comunes, por aplicarse al mayor número de actividades económicas.

Si un contribuyente dedicado a una actividad empresarial mediante la venta al público de diferentes bienes, como sucede con un establecimiento de autoservicio en el que se expendan diversas mercancías, comprendidas en diferentes rubros señalados en el citado artículo 90 de la LISR, se atenderá a la influencia mayoritaria de los bienes enajenados, y sobre el ingreso determinado, se aplicaría el porcentaje de utilidad del 15% (porcentaje promedio), y la cantidad que resulte, será la base presuntiva gravable. Por ejemplo: Si a este contribuyente se le estimó presuntivamente un ingreso de DIEZ MILLONES DE PESOS para un ejercicio fiscal, la utilidad presuntiva sería de UN MILLÓN Y MEDIO DE PESOS.

Cuando en alguna de las situaciones estudiadas, el afectado no estuviera conforme con la estimación presuntiva de ingresos y en su caso, con la utilidad fiscal determinada por la autoridad fiscal, deberá impugnar la resolución por los medios legales a su alcance, pero es importante señalar, que como la determinación efectuada por la autoridad se presume válida, la carga de la prueba es para el contribuyente inconforme. Esta persona deberá probar por todos los instrumentos de prueba idóneos y pertinentes, que la autoridad no estuvo en lo justo en la determinación presuntiva efectuada es decir, que los ingresos estimados no son ciertos y que los ingresos reales han quedado debidamente comprobados por el contribuyente. En este caso, las autoridades jurisdiccionales que conozcan del asunto, serán las que, a luz de los citados elementos probatorios, determinen si el contribuyente pudo probar o no su pretensión. En caso contrario, la resolución de la autoridad quedará firme.

OPERACIONES FINANCIERAS DERIVADAS

En general, y en los casos que se sujetarán a estudio, para efectos fiscales, reciben el nombre de operaciones financieras (financial transactions), todas aquellas contrataciones en numerario, de recursos económicos que en alguna forma se encuentren relacionadas con las finanzas de la empresa tales como: Obtención u otorgamiento de créditos, emisiones de obligaciones, operaciones de descuento de documentos, de factoraje financiero, compraventa de valores y otras transacciones semejantes.

La legislación fiscal divide para efectos impositivos estas operaciones en dos grandes partes: *Operaciones financieras principales*, cuando el objeto directo de la actividad empresarial de un contribuyente, son este tipo de operaciones, como acontece en el caso de una institución bancaria, una casa de bolsa, una arrendadora financiera o una de factoraje. *Operaciones financieras derivadas*, que son aquellas que se llevan a cabo por empresas, cuyo objetivo es financiar su operación principal, colocar excedentes financieros en el mercado de dinero y capitales, o cualquier otra operación que tenga como objetivo dar mayor productividad a su capital invertido o a los excedentes, así como obtener en dicho mercado los faltantes que se registren en sus movimientos financieros. Estas operaciones pueden ser concertadas en moneda extranjera, cuando participen directamente instituciones financieras del exterior, o en moneda nacional, cuando las operaciones se realicen con instituciones mexicanas. El artículo 16-A del CFF enumera de manera exhaustiva, cuáles operaciones financieras, para efectos fiscales, se consideran como derivadas.

Así por ejemplo, son operaciones financieras derivadas, la adquisición o enajenación de futuros, la adquisición de acciones, títulos, valores, divisas y otros bienes fungibles, las operaciones referidas a un indicador o a una canasta de indicadores, de índices de precios, tasas de interés, tipo de cambio de una determinada moneda, las enajenaciones de derechos y obligaciones que se encuentren asociadas a las operaciones anteriores, efectuadas en *mercados reconocidos*.

Todas estas operaciones corresponden a las que conforme a prácticas comerciales generalmente aceptadas, se llevan a cabo con instrumentos mercantiles que son conocidos con las siguientes denominaciones: *Futuros, opciones, coberturas y swaps*. Un concepto también muy importante que maneja la legislación fiscal para las operaciones financieras derivadas, es el consistente en que estas operaciones deben ser realizadas en *mercados reconocidos*.

Dentro de las disposiciones fiscales aplicables (artículo 16-C del CFF, se consideran mercados reconocidos:

- a) La Bolsa Mexicana de Valores y el Mercado Mexicano de Derivados;
- b) Las bolsas de valores y los sistemas equivalentes de cotización de títulos, contratos o bienes que cuenten al menos, con cinco años de operación y de haber sido autorizados para funcionar con tal carácter, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes del país en que se encuentren, y donde los precios que se determinen sean efectivamente del conocimiento público y exista la certeza de que no pueden ser manipulados por las partes en las correspondientes operaciones.

En el caso de los índices de precios, éstos deberán ser publicados por el banco central o por la autoridad monetaria equivalente, para que se considere al *subyacente* como determinado en un *mercado reconocido*.

Cuando se trate e *operaciones financieras derivadas* referidas a tasas de interés, al tipo de cambio de una moneda o a otro indicador, se deberá entender que los instrumentos *subyacentes* se negocian o determinan en un *mercado reconocido*, cuando la información respecto de dichos indicadores sea del conocimiento público, por virtud de que dicha información se ha publicado en un medio impreso cuya fuente sea una institución reconocida en el mercado de que se trate (artículo 16-C del CFF).

Los diferentes términos o vocablos, así como algunos conceptos utilizados por el legislador aplicables a la materia financiera, requiere para los no expertos, ciertas explicaciones y comentarios, a fin de hacer entendible esta terminología.

Futuros: Son los productos derivados en el mercado de operaciones financieras mediante los cuales se fijan los precios de las *subyacentes*. También constituyen un medio de protección o cobertura de riesgos para las citadas operaciones derivadas.

Para Catherine Mansell Carstens* los *futuros* son una especie comprendida dentro del género denominado: *Contratos adelantados*, llamados también *forwards* y son instrumentos de administración de riesgos que desde hace mucho tiempo se usan en los mercados financieros internacionales.

Estos contratos adelantados se constituyen entre dos empresas, una de las cuales está legalmente facultada para otorgar financiamientos en los mercados de dinero y capitales. Los contratos adelantados pueden ser de *divisas*, de *tasas de interés* o bien, los típicos contratos adelantados de *futuros*. En este caso concreto, el legislador mexicano cometió el error de darle a estos contratos la denominación aplicable a uno de ellos (*futuros*), en lugar de haberse referido al género, cuya denominación correcta es la de *contratos adelantados o forwards*.

Mercado financiero: Es un sistema no localizado necesariamente en un espacio físico concreto por medio del cual, ciertas empresas ofrecen bienes y servicios que son demandados por los consumidores con base en el precio fijado libremente por la adecuación de la oferta y la demanda*. Para conseguir una aproximación mayor a este concepto, es importante señalar que su objeto está constituido por la negociación de los llamados activos financieros (*financial assets*), que son activos intangibles (*paper claims*) que dan derecho a uno o más pagos futuros. Sobre este mismo concepto, Bercovitz expresa que *mercado financiero* es el conjunto de instituciones, medios e instrumentos cuyo objetivo más importante es el consistente en canalizar el ahorro que

* Las Nuevas Finanzas en México. Editorial IMEF. México, 1998. pp. 263 a 275.

* Paolantonio Martín, Esteban.- Operaciones Financieras Internacionales. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 1997. p. 12

generan las unidades de gasto con superávit, hacia los prestatarios o unidades de gasto con déficit**.

Es evidente que la función primordial de los mercados financieros consiste en la realización de una serie de actividades encaminadas a transferir recursos económicos de empresas superavitarias a empresas deficitarias: Los mercados financieros pretenden establecer un enlace entre las decisiones de ahorro y las decisiones de gasto.

Mercados reconocidos: Son aquellos que reúnen las características siguientes:

- a) La capitalización bursátil resulta superior a un porcentaje determinado de la capitalización global;
- b) El volumen de los negocios es superior a una suma determinada;
- c) Cuentan con una estructura que es standard a parámetros internacionales en materia de custodia, depositaria o restricciones en materia de control de cambios u otras limitaciones de la inversión internacional. Son por el contrario, *mercados emergentes*, los que no reúnan estas características.

Opciones: Son operaciones financieras derivadas en las que no hay obligaciones mutuas entre el comprador y el vendedor, sino que una de las partes tiene derecho de vender o comprar, según el tipo de operación financiera de que se trate, sin que en ningún caso, esto constituya una obligación legal.

En efecto, *la opción* es un derecho pero no una obligación de comprar o vender determinada cantidad de bienes, derecho que puede consistir en una acción, una mercancía plenamente identificada, una cantidad de divisas o cualquier otro instrumento financiero a un precio previamente establecido, dentro de un período determinado. Las opciones parecen ser los instrumentos financieros más sencillos, pero también los más sensibles para administrar riesgos. Estos instrumentos son cada vez más utilizados por las empresas, e inclusive, por entidades públicas para resguardar su superávit o financiar sus operaciones.

Coberturas: Son aquellas operaciones financieras derivadas que tienen por objeto proteger las obligaciones de una empresa, pactadas en moneda extranjera. Dentro de las *coberturas* más utilizadas en los mercados financieros internacionales se encuentran los *swaps*. Literalmente hablando: *Swap* es un vocablo inglés que se traduce al español por : *Una cosa por la otra*.

Los *swaps* se conceptúan como aquellas transacciones financieras en las cuales, las partes que intervienen, están de acuerdo en cambiar flujos monetarios en cierto tiempo, cuyo objetivo será el de mitigar las consecuencias derivadas de las oscilaciones de precios, tanto de las divisas, como de las tasas de interés.

** Bercovitz, Alberto.- Revista de Derecho Mercantil. Buenos Aires, Argentina, 1987. P. 73, citado por Paolantonio, op. cit. p. 13

Los *swaps* en consecuencia, son propiamente contratos, mediante los cuales se generan entre las partes obligaciones y derechos de intercambiar recursos monetarios por divisas, intereses producidos o una combinación de ambos, por uno o más tomadores de fondos, aunque no necesariamente quede comprendida la permuta legal de deudas reales, sino que simplemente es un acuerdo para cumplir con determinados flujos de fondos que han sido producto de un acuerdo contractual en operaciones financieras. Un swap es decir, un contrato, ya sea sobre divisas o sobre tasas de interés, se refiere necesariamente a la transformación de una corriente de flujos de fondos futuros, en otras operaciones con diferentes características. Los *swaps* son realmente *contratos adelantados* hechos a la medida de los partes que intervienen en la operación, los cuales no involucran necesariamente la entrega de divisas o de los instrumentos de deuda, sino de compensaciones en efectivo.

Subyacente: Adjetivo calificativo que significa: Lo que está oculto, lo que está debajo. En tales condiciones, un instrumento *subyacente* es aquél, en el que se encuentra apoyada una operación financiera derivada o referida a una o unas situaciones determinadas.

Todos estos conceptos e instrumentos de las finanzas, son importantes en el mercado de derivados y desde luego, en las operaciones financieras derivadas que pueden realizar las empresas contribuyentes del ISR, y que en alguna forma modifican la base impositiva. En consecuencia, cuando las antes citadas operaciones financieras derivadas, son contraídas o celebradas por las empresas con sujeción a las normas fiscales mexicanas, obligan a éstas, a acumular o a deducir en su caso, los ingresos o los gastos generados con motivo de la concertación de dichas operaciones las cuales, frecuentemente se celebran en mercados del exterior.

En este caso es importante señalar que las operaciones financieras derivadas que señala en diversos preceptos el CFF, y que se encuentran mencionadas en la LISR, para que los contribuyentes con actividades empresariales puedan efectuar deducciones por obligaciones pactadas o bien, acumular ingresos por operaciones financieras derivadas, resultan no muy claras en la práctica, y se vuelven cuestionables en cuanto a los momentos en que se generan dichos gastos o ingresos, provocando con ello incertidumbre no sólo entre los contribuyentes residentes en el país, sino también entre las empresas residentes en el exterior y participantes con las mexicanas, en este tipo de operaciones.

Así por ejemplo, el artículo 23 de la LISR señala que los ingresos obtenidos con motivo de la celebración de operaciones financieras derivadas, con *subyacentes* que no coticen en *mercados financieros reconocidos*, se deben acumular en el momento en que dicho ingreso sea exigible o cuando el sujeto activo ejerza la *opción*, lo que ocurra primero. Asimismo se indica que las erogaciones relacionadas con ese ingreso, se deducirán hasta que se liquide o venza la operación, puesto que ese es el momento en que se conoce el resultado neto, desde un punto de vista financiero.

En conclusión: Las llamadas operaciones financieras derivadas, independientemente de la complejidad propia de ellas, se toman fiscalmente hablando, en verdaderos crucigramas, debido a la confusión que es manifiesta en el legislador fiscal. Falta desde luego, un buen tramo técnico que recorrer en esta materia, a fin de que la legislación sea más clara en estos aspectos, y que el fisco encuentre más y mejores formas de control, sobre los ingresos y gastos que se generan en este tipo de operaciones.

DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

El fenómeno globalizador en los instrumentos de la economía, ha traído como consecuencia la integración de las actividades, sobre todo industriales, comerciales y de servicios, en ciertos grupos de empresas, cuya base de control se ubica en un país determinado, pero que presenta *ramificaciones* empresariales en otros países. Este fenómeno es el que ha dado como consecuencia, la multiplicación de *empresas multinacionales*.

En consecuencia, una *empresa multinacional* es aquella que teniendo ubicada su principal estructura económica, administrativa y política en un país determinado, extiende su actividad a otros países en los cuales se constituyen o integran empresas filiales, que se organizan de acuerdo con las leyes y ordenamientos jurídicos en general de los estados soberanos en donde operen, pero que en cuanto a su inversión de capital, políticas económicas, tecnológicas, e inclusive administrativas, dependen de la empresa principal, ubicada en el extranjero. El control externo de las inversiones de capital, los ingresos y las utilidades, son factores importantes que determinan la estructura y funcionamiento de las llamadas *empresas multinacionales*.*

Las leyes impositivas de un país determinado como es el caso de México, han tenido que hacer planteamientos específicos para este tipo de empresas, puesto que tanto sus ingresos como sus inversiones, gastos y utilidades se encuentran interrelacionadas con los ingresos, inversiones, gastos y utilidades obtenidos en otros países, incluyendo a aquél en donde se encuentra ubicada la empresa principal, que ejerce funciones de dirección y control. Los planteamientos son generalmente, desde el punto de vista fiscal, favorables para este tipo de empresas, por virtud de que han venido, en la mayoría de los casos, a favorecer el posicionamiento económico de los países en desarrollo, como es el caso de México, y por consecuencia, el trato fiscal que se les da, para el pago, sobre todo del ISR, es de excepción y muy favorable para estas empresas, aunque desde luego, se ha ido evitando en lo posible la impunidad fiscal con la que operaban hasta hace relativamente poco tiempo. Desde luego, es importante señalar que existen *empresas multinacionales* no sólo de capital extranjero, sino de capital mixto (nacional y extranjero) o de capital nacional exclusivamente. No es en consecuencia, sólo el capital, el elemento distintivo de estas empresas, sino también los otros elementos componentes (políticas económicas, tecnológicas y administrativas unificadas), las que le dan el carácter multinacional a un grupo de empresas terminadas.

* Para obtener mayor información sobre este tema, se recomienda leer: La parte 7.3 del Capítulo 7, de la obra titulada: Economía Internacional, cuyos autores son: Paul R. Krugman y Maurice Obsfeld. Editada en México por McGraw Hill. De la misma manera, se recomienda la lectura del Capítulo 11 de la obra titulada: Negocios Internacionales, escrita por John D. Daniels y Lee H. Radebaugh, editada en México por: Prentice Hall Hispanoamericana, S.A.

La presencia de las *empresas multinacionales* en el régimen impositivo mexicano, ha traído como consecuencia la formación de nuevas figuras y conceptos tributarios, desconocidos en la técnica fiscal de México, hasta hace relativamente poco tiempo. Así, se manejan, en relación con las empresas multinacionales, dos conceptos fundamentales para la determinación de sus obligaciones impositivas: ***Partes relacionadas y precios de transferencia***.

Para la materia fiscal, reciben el nombre de *partes relacionadas*: Las situaciones que se den entre dos o más personas o grupo de personas, *cuando una de ellas participe de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra* (artículo 215, fracción V, párrafo tercero de la LISR) . En tales condiciones, las operaciones que se puedan dar entre estas personas, se consideran efectuadas entre *partes relacionadas*, y las mismas, deben sujetarse a un tratamiento especial establecido por las disposiciones fiscales. En consecuencia, son partes relacionadas, no sólo las empresas multinacionales, sino inclusive, aquellas empresas en las que la matriz se ubique en el extranjero y en México existan sólo sucursales o agencias, que tengan en el país establecimiento permanente.

Así por ejemplo, se indica en la legislación mexicana (artículo 215 primer párrafo de la LISR), que cuando un contribuyente celebre operaciones con *partes relacionadas residentes en el extranjero*, se encuentra obligado a determinar sus ingresos acumulables y deducciones autorizadas, tomando en consideración para esas operaciones, los precios y montos de contraprestaciones que hubieren empleado con o entre partes *independientes*, en operaciones comparables (Principio de Arms Length).

El legislador entiende por *operaciones comparables*, aquellas en las que no existan diferencias que afecten significativamente el precio o monto de la contraprestación o el margen de utilidad referido en los diversos métodos insertos en las propias disposiciones fiscales.

Precios de transferencia: Son aquellos que se deben toma en cuenta para efectos fiscales entre las *partes relacionadas*, en operaciones celebradas entre ellas. Dichos precios se deberán determinar en la forma y con los métodos existentes en la ley, a los que ya se hizo una breve referencia. Los artículos 215 y 261 de la LISR adoptan, como también ya se expresó, lineamientos internacionales para la determinación de los citados precios de transferencia. Indican estos preceptos fiscales que los contribuyentes, cuando sean *partes relacionadas* en operaciones comerciales, deberán determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones legales, sujetándose a los que al efecto dispongan los preceptos aplicables.

Los citados precios de transferencia representan para la materia fiscal, un tema de obligado estudio. Estos precios presentan implicaciones no sólo fiscales, sino económicas y financieras de alta complicación, y exigen la realización de estudios muy importantes en cada una de estas materias, sobre todo, para los profesionales de las finanzas, los abogados especializados en la materia financiera, para los contadores públicos encargados de llevar la cuenta y razón de los ingresos y gastos de las empresas, para los servidores públicos que asument la tarea de ejercer actos de control y

fiscalización sobre los ingresos fiscales procedentes del pago de contribuciones, y en general, para todo aquél profesional de la materia financiera en general y fiscal en particular.

Para la determinación del precio en operaciones comparables, el contribuyente puede emplear cualquiera de estos métodos:

- a) Precio comparable.
- b) Precio de reventa.
- c) Costo adicionado.
- d) Participación de utilidades.
- e) Residual de participación de utilidades.
- f) Márgenes transaccionales.

El legislador señala los elementos técnico-contables que deben manejarse en la utilización de cualquiera de éstos métodos empleados por la empresa para la determinación de su ingreso y utilidad fiscal, en su caso (artículo 216 LISR).

Los contribuyentes sujetos al cumplimiento de estas obligaciones, para cumplir con las exigencias establecidas para la determinación de los precios de transferencia, *pueden* efectuar un estudio de estos precios, cuando celebren operaciones con partes relacionadas. Para tal efecto, esos contribuyentes tienen la posibilidad de acudir ante la autoridad orientada sobre la preparación y presentación de dicho estudio. Siendo este el caso, los citados contribuyentes pueden celebrar un acuerdo de *precio anticipado*. Se denomina precio anticipado, el instrumento mediante el cual en la legislación internacional se simplifica el cumplimiento de la obligación de determinar los costos de los precios de transferencia. Para que pueda darse el acuerdo de precio anticipado, la autoridad fiscal –previo el conocimiento de datos y documentos correlativos-, debe emitir una resolución que de alguna manera es una certificación a favor del contribuyente para que la ejerza, durante el año en que recibió esa autorización, en el ejercicio anterior y en los tres siguientes (artículo 34-A del CFF).

Desde la fecha en que entró en vigor la legislación específica aplicable a las partes relacionadas y a los precios de transferencia, se estableció para el contribuyente la obligación de conservar la documentación comprobatoria de todas las operaciones realizadas con partes relacionadas, con el fin de verificar el cumplimiento del Principio de Arms Length (distancia razonable). La documentación que el contribuyente deberá conservar, se refiere principalmente a lo siguiente:

- a) Información de funciones, actividades, activos y riesgos asumidos por los contribuyentes
- b) Información sobre las principales operaciones con partes relacionadas y sus montos y,
- c) Método legal aplicado y datos sobre sus operaciones con empresas comparables..

El legislador mexicano determinó que salvo prueba en contrario, se presume que toda operación entre una empresa residente en México u otra residente en un país con *régimen fiscal preferente* (paraíso fiscal), es una operación entre *partes relacionadas*, y en consecuencia, los precios, montos y contraprestaciones de este tipo de operaciones, se ajustarán a estas reglas (Artículo 215, penúltimo párrafo LISR).

También, el legislador mexicano señala que para todos los efectos de interpretación relacionados este régimen fiscal, serán aplicables las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobados por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1995, o aquellas disposiciones que sustituyan a dichas Guías, en la medida de que las mismas sean congruentes con los tratados internacionales celebrados por México, o con la ley impositiva correspondiente.

La determinación y fijación en su caso, de los precios de transferencia en mercancías de comercio internacional, no es en manera alguna, una situación sencilla, puesto que estos precios interactúan con otras situaciones fiscales o administrativas como son: Los aranceles de aduanas y las cuotas compensatorias que eventualmente se pueden aplicar a las mercancías de exportación.

En México, como en algunas otras naciones de desarrollo económico relativo, existe un fenómeno especial que es el de la *industria maquiladora de mercancías de exportación* la cual, se integra con partes relacionadas, tanto en el extranjero como en el propio país, con capital proveniente frecuentemente en forma mayoritaria de socios residentes en el extranjero los cuales a su vez, son accionistas de otras empresas ubicadas en el exterior, y como su nombre lo indica, las empresas (maquiladoras) ubicadas en el país tienen como función exclusiva, manufacturar bienes o prestar servicios a otra u otras empresas, frecuentemente extranjeras, con las cuales mantienen relaciones de negocios. Para tal efecto, el legislador mexicano en materia de ISR considera que este tipo de empresas cumplen con los supuestos legales contenidos en los numerales 215 y 216 y por consiguiente, admite que las personas residentes en el extranjero para las que actúan las maquiladoras, *no tienen* establecimiento permanente en México, siempre que dichas empresas cumplan con ciertos requisitos, como son, entre los más importantes, los siguientes:

- a) Que conserven la documentación comprobatoria de ingresos y deducciones de operaciones realizadas con las empresas relacionadas.
- b) Que obtengan una utilidad fiscal que represente al menos, la cantidad mayor que resulte de aplicar: El 6.9% sobre el valor total de los activos utilizados en la operación de maquila durante el ejercicio fiscal o en su caso: El 6.5% sobre el monto total de los costos y gastos en que hubiere incurrido la empresa en el país, determinados de conformidad con los *principios de contabilidad generalmente aceptados*. A la utilidad fiscal determinada mediante cualquiera de estos dos procedimientos, se le aplicará la tasa del impuesto señalada para las personas morales.

Finalmente, y en torno a las empresas multinacionales, el legislador da un tratamiento especial a las *inversiones en los territorios con regímenes fiscales preferentes*, dedicando a esta situación todo un capítulo (el I del Título VI). Las anteriormente llamadas Jurisdicciones de Baja Imposición Fiscal (JUBIFIS) o Paraísos Fiscales término corriente en uso), se incorporaron muy recientemente al tratamiento del ISR (apenas en 1997). Tal incorporación se llevó a cabo con el propósito deliberado de obligar a contribuir en México a personas que tengan por cualquier causa, inversiones en algún país extranjero en el cual no exista tributación del ISR o ésta, sea notoriamente más baja que la mexicana. Si se atiende a la regla general consistente en que los residentes en México están obligados al pago del ISR por todos sus ingresos, cualquiera que sea la fuente de riqueza de donde procedan (renta mundial), se deriva de ahí la situación real de gravar con impuesto en México, los ingresos de las personas residentes en el país, cuando provengan de esos paraísos fiscales.

No existe en la legislación fiscal mexicana una conceptualización más o menos adecuada sobre las JUBIFIS, las cuales se pueden describir como: Los territorios extranjeros en los cuales se da a los inversionistas provenientes de otros países, un tratamiento de excepción, consistente en no gravar con ISR o gravar con tasas impositivas muy bajas, las inversiones y efectuadas en esos territorios, así como las ganancias derivadas de las mismas.

Para establecer ciertos controles sobre las operaciones realizadas en las JUBIFIS, los artículos 212 a 214 de la LISR, según se trate de personas físicas o personas morales, señalan reglas tendientes a ello. Para la legislación fiscal mexicana se consideran inversiones en países o regiones con regímenes fiscales preferentes: Las que se ubiquen en alguno de los países o territorios señalados en la propia legislación, si alguno de ellos no tiene celebrado con México un tratado para evitar la doble imposición.

Se señala de manera muy clara, que en todos aquellos casos en los que se haga referencia a inversiones efectuadas en territorios con regímenes fiscales preferentes, se deberá entender que quedan incluidas las que se realicen de manera directa o indirecta en sucursales o con personas morales, bienes muebles e inmuebles, acciones, cuentas bancarias o de inversión, así como cualquier otra forma de participación o fondos de inversión y en cualquier otra figura jurídica similar que se cree o se constituya de acuerdo al derecho extranjero, cuando se ubique en dichos territorios, inclusive en aquellos casos en que los actos o la constitución sea realizada a través de interpósita persona.

El legislador hace un gran esfuerzo para combatir la evasión fiscal la cual, de manera ostensible llevan a cabo algunos contribuyentes residentes en México, que ubican sus inversiones o parte de sus negocios en los llamados *paraísos fiscales*.
(Continuará)

IMPORTANCIA Y JERARQUÍA DEL APRENDIZAJE TEÓRICO EN EL MODELO EDUCATIVO DEL TECNOLÓGICO DE MONTERREY

Por. Dra. Doricela Mabarak Cerecedo*

El presente estudio fue presentado como Ponencia, con motivo del pasado Intercambio de Experiencias en Materia Educativa, convocado por el Tecnológico de Monterrey, y celebrado el pasado mes de diciembre el cual, tiene la categoría de Congreso Anual, celebrado entre los profesores del Sistema

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como **propósito** fundamental dar a conocer el producto de mis experiencias adquiridas en más de 25 años de trabajo académico, así como de las vivencias experimentadas en el nuevo modelo educativo del Tecnológico de Monterrey, el cual se centra en una reingeniería del proceso, mediante el rediseño de los cursos, de los que yo fui una de los primeros profesores en iniciar y culminar el rediseño de un curso utilizando los diferentes instrumentos que aconsejan tanto la nueva didáctica como la novísima tecnología educativa, que conduzcan a un aprendizaje significativo. Se pretende demostrar en el presente trabajo que el **conocimiento teórico** debe redimensionarse y fortalecerse, junto con las demás herramientas aportadas por el antes citado nuevo modelo educativo, pero en ningún momento, sustituirse o eliminarse, por virtud de que el citado conocimiento hace la diferencia entre un simple técnico y un facultativo, propiamente dicho.

El **propósito** que se tiene con este trabajo, es el de resaltar el peso específico que en la academia sigue teniendo el aprendizaje del **conocimiento teórico**, aún sobre las demás herramientas aportadas en el nuevo modelo educativo

ANTECEDENTES

Hace menos de diez años los profesores del Sistema Tecnológico de Monterrey, se ubicaban e identificaban plenamente con el **modelo tradicional** de aprendizaje, consistente en la impartición de clases fundamentalmente expositivas basadas casi exclusivamente en **conocimientos teóricos** en las cuales, el desarrollo de habilidades de los alumnos y la participación de éstos en su proceso de aprendizaje era escasa o prácticamente nula. Precisamente en el año de 1994, la Dirección de Desarrollo Académico implantó un Diplomado en Educación, que cursaron numerosos profesores y en el cual, se sembraron las primeras inquietudes sobre un modelo de aprendizaje que entonces se le denominó simplemente **activo**, y que consistía en hacer participar más intensamente a los alumnos en su proceso de aprendizaje.

IMPORTANCIA DE ESTE ESTUDIO.

Destacar la importancia que tiene la filosofía del nuevo modelo educativo, filosofía en la que no debe estar ausente el **aprendizaje teórico** que constituye la base, la

* Profesora Asociada Certificada del Departamento de Derecho. Campus Monterrey.

sustentación fundamental de los otros conceptos que se han ido destacando de manera importante y que persiguen objetivos claramente definidos, como son los siguientes:

- a) Responsabilizar a los alumnos en su propio proceso de aprendizaje;
- b) Desarrollar en ellos habilidades, actitudes y valores que estaban prácticamente ausentes en el modelo educativo tradicional
- c) Capacitarlos para que, trabajando en equipo, desarrollen una gran parte de su proceso educativo y,
- d) Utilizar la tecnología más moderna para facilitar el proceso de aprendizaje.

Estas proyecciones contenidas en el nuevo modelo educativo en el Tecnológico de Monterrey, coinciden con las ideas que externa Saturnino de la Torre sobre innovación curricular. Este autor expresa que toda innovación educativa requiere de “*valoración por parte de la comunidad de teóricos y prácticos que, tras evaluarla, la internalizan, convirtiéndola en un elemento más del sistema o en nuevos conocimientos*”¹ La importancia de esta cita, radica en destacar cómo **la teoría** sigue teniendo vigencia y es infaltable en un proceso académico de aprendizaje.

OBJETIVOS

Enfatizar el interés por utilizar razonablemente los instrumentos de aprendizaje del nuevo modelo educativo, con el propósito de que el docente esté convencido de que debe existir una adecuada utilización de cada uno de los citados instrumentos, como lo aconseja la didáctica moderna y desde luego, considerar que el **conocimiento teórico** sigue siendo importante y fundamental para un facultativo. Este conocimiento es el que al final, hace la diferencia entre un perito en la profesión y una persona que no lo es; entre un profesional de alguna área del saber humano y un técnico ya que, aunque éste reúna importantes habilidades prácticas para realizar una actividad determinada, está negado para llevar a cabo tareas de investigación y estudios que hagan avanzar en las proyecciones científicas, así como en la investigación, por carecer la persona de los necesarios **conocimientos teóricos** que le sirvan de apoyo.

PROCESO A SEGUIR PARA LOGRAR EL OBJETIVO.

Se pretende en este estudio adecuar el valor del **conocimiento teórico** sobre los otros apoyos didácticos que van ser útiles para desarrollar en el alumno actitudes, habilidades y valores, todos ellos muy importantes en su proceso de aprendizaje. Para tal efecto se centrará dicho estudio en el valor que representa el citado aprendizaje teórico a través de argumentaciones que pretendan demostrar la importancia de dichos conocimientos, esas Argumentaciones deben ser realistas, partiendo de la base consistente en que si no se tiene el **conocimiento teórico**, no se puede desarrollar la habilidad, ni dimensionar el valor ético en la conducta del profesional. Por consiguiente, los objetivos de este proyecto son sencillos, claros, inobjetables y desde luego, muy evidentes.

METODOLOGÍA

Desde luego, este estudio pretende poner frente a todos estos instrumentos, **el conocimiento teórico** –que es la sustancia, la parte medular del conocimiento

¹ De la Torre Saturnino. - Innovación Curricular. Procesos. Estrategias y Evaluación. Editorial Dykinson S.L. Madrid, España, 1994. p. 23

propriadamente dicho-, y que es indispensable para comprender *el qué, el porqué* y el *para qué* de un conocimiento o la adquisición de una habilidad determinada. Las reflexiones que aquí se harán, parecen desde luego incuestionables, porque no se está pretendiendo prescindir de algún instrumento de aprendizaje, sino de tratar de demostrar en primer lugar, que el conocimiento teórico **es indispensable** para que los alumnos estén en condiciones de aplicar dichos conocimientos en el desarrollo de sus habilidades, y que inclusive, para el aprendizaje del **conocimiento teórico**, es posible utilizar los instrumentos de aprendizaje que proclama el nuevo modelo educativo.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA O ESTRATEGIA EMPLEADA.

Se pretende describir cómo el aprendizaje teórico, con objetivos bien definidos y con resultados significativos, resulta no sólo necesario sino indispensable para un facultativo. En numerosas situaciones profesionales, si no se posee el conocimiento teórico, resulta muy difícil y frecuentemente imposible llegar al dominio de una habilidad, o a tener actitudes adecuadas frente a una situación determinada.

Es indiscutible la importancia que poseen los instrumentos de aprendizaje referidos en el punto anterior para el nuevo modelo educativo. Pero lo que no sólo es discutible, sino no aceptable, es que se pretenda sustituir **la teoría** -el conocimiento científico-, con los instrumentos de apoyo, que pueden conducir casi exclusivamente a un conocimiento práctico, pero muy limitado en su contenido y en sus alcances. No se puede prescindir *del qué, del porqué y del para qué* de un conocimiento, para sustituirlos casi exclusivamente por *un cómo*, porque ello redundaría en la preparación de profesionales de alcances muy limitados y no aptos para el avance de los conocimientos científicos. Sobre este aspecto Leonardo Da Vinci afirmaba que: "*La teoría es el capitán, y la práctica son los soldados*"². Es decir. El conocimiento teórico gobierna, dirige, encauza, orienta y regula al conocimiento práctico.

En el nuevo modelo educativo del Tecnológico de Monterrey se ha llegado en ocasiones a considerar por algunos profesores que la insistente utilización de los instrumentos de aprendizaje de la moderna didáctica **son suficientes** para que un estudiante adquiriera el pleno dominio de una materia determinada, por virtud de que mediante el manejo de ellos, se ve obligado a adquirir los conocimientos básicos que le permiten el desarrollo de habilidades para manejar y resolver con asertividad los problemas, casos simulados o reales y diferentes tipos de proyectos que el profesor somete a su consideración.

Estos recursos didácticos que se incluyen y que fundamentan el nuevo modelo educativo de la institución, son los siguientes:

- a) Aprendizaje **apoyado** en problemas..
- b) Aprendizaje **apoyado** en el método de casos.
- c) Aprendizaje **apoyado** en la realización de proyectos y,
- d) Aprendizaje **apoyado** en actividades colaborativas (trabajo en equipo).

Estos recursos o instrumentos didácticos no son sino simples herramientas, es decir, medios de apoyo para desarrollar habilidades, que pueden tornar al alumno en cierta

² Citado por Recaséns Siches, Luis.- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1980. p. 11

forma en alguien hábil, dominador, técnico, pero indudablemente no lo erigirán en *facultativo* en el conocimiento.

PRESENTACIÓN DE EJEMPLOS

En la materia jurídica no se puede manejar el tema de los derechos reales o de las obligaciones reales o servidumbres, si no se tienen los conocimientos teóricos necesarios, para distinguir con precisión a cada uno de estos derechos u obligaciones. Tampoco se puede en materia laboral hacer las necesarias distinciones entre un contrato individual y un contrato colectivo, si el facultativo no posee los conocimientos teóricos necesarios para distinguir las diferencias entre uno y otro.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

En la planeación de los cursos rediseñados he adquiriendo como profesora, una serie de experiencias que me conducen a considerar que: La preparación profesional se adquiere *fundamentalmente*, con un estudio sistemático, escalonado, persistente y congruente del conocimiento científico. Charles Eisenmann indica que: “*En la organización de la enseñanza del derecho, como en cualquier otra instrucción, el primer problema que se presenta es el de determinar sus fines o funciones. ¿Qué resultados se desea obtener de la enseñanza y qué cualidades, en el sentido más amplio de la palabra, se espera desarrollar en los estudiantes?*”³ Aquí la teoría desempeña un papel protagónico sobresaliente. Pero, ¿Qué es?, ¿Cuál es la esencia y el contenido de la ahora *vilipendiada* teoría? Para ubicar adecuadamente este importante tema, es necesario efectuar una serie de reflexiones encaminadas a tratar de demostrar la validez permanente del conocimiento científico.

DISCUSIÓN DE LOS LOGROS EN FUNCIÓN DE LOS OBJETIVOS PLANTEADOS

Los aspectos científico-filosóficos que dimensionan y cuestionan al conocimiento mismo (gnoseología), los que estudian, investigan el conocimiento en cuanto a su real existencia (ontología), los aspectos por medio de los cuales se decide si ese conocimiento tiene requerimientos y calidad científica (epistemología) o bien, los aspectos científico-filosóficos cuyo objetivo es estudiar el valor que tiene ese conocimiento para resolver los problemas que plantea la realidad (axiología), son elementos que aporta exclusivamente la teoría científica, y que no se pueden obtener mediante la utilización exclusiva de los instrumentos de apoyo para la adquisición de habilidades las cuales, sin el manejo de los conocimientos científicos (teóricos), coloca al estudioso de la ciencia en *un cuarto semioscuro*, que no le permite penetrar al dominio de importantes elementos del conocimiento que le den la oportunidad de descubrir el mundo maravilloso de la ciencia.

Aprender a ser es tan importante como *aprender a hacer*. No se puede efectuar lo segundo sin el dominio de lo primero. El pleno dominio del primer elemento del conocimiento científico es indispensable para el facultativo, puesto que ese conocimiento profundo de un tema, de una cosa, de un concepto o de una institución, es

³ Eisenmann, Charles, Los Objetivos y la Naturaleza de la Enseñanza del Derecho. Estudio publicado en la obra titulada: Antología de estudios sobre la Enseñanza del Derecho. Compilador: Jorge Wítter. Editorial UNAM. México, 1995, p. 11.

precisamente lo que lo va a diferenciar del técnico, quien posee un conocimiento científico superficial y apenas suficiente *para hacer*, para llevar a cabo su actividad.

CAPITALIZACIÓN DE EXPERIENCIAS.

En este modelo educativo, el profesor es el facultativo, el perito, el que debe necesariamente dominar a plenitud el *conocimiento teórico* y consecuentemente, debe hacer que los estudiantes también accedan a él conduciéndolos, orientándolos en el pleno aprendizaje de la teoría y no sólo en el dominio de técnicas por medio de las cuales adquieran ciertas habilidades prácticas. Estas habilidades deberán invariablemente estar soportadas en estudios sistematizados, con rigor científico y programados por el docente para un adecuado aprendizaje y dominio. Por esa razón el Sistema Tecnológico exige que los profesores de profesional posean al menos un grado académico superior al de la licenciatura (maestría), y en muchos casos, está ya impulsando, exigiendo a los profesores para que posean grado doctoral. Estos objetivos educacionales consistentes en el aprendizaje del conocimiento teórico se están intensificando en la actualidad, porque la institución espera resultados significativos en la investigación científica que debe darse dentro de la academia. También y de manera importante, las autoridades han iniciado recientemente una campaña en favor de la lectura, la cual nos conduce a los caminos del *estudio teórico*, que había venido siendo dejado del lado en cierto grado, sustituyendo estos espacios por un conocimiento orientado exclusivamente a la práctica, la que desde luego, es importante pero no menos lo es el citado *conocimiento teórico*.

La actividad académica del docente le demuestra que el *conocimiento teórico* que adquieren los alumnos en su proceso de aprendizaje, es vital, importante, esencial y definitivo en su futuro profesional. Ahora que los profesores han incursionado dentro del nuevo modelo educativo del Sistema Tecnológico, y en una gran mayoría están utilizando diversos e importantes instrumentos de aprendizaje en los cursos *rediseñados*, el desarrollo de habilidades ha venido a completar un magnífico proceso educativo que les pueden dar a los egresados de la institución un nivel de excelencia, como ya ha venido sucediendo y se está viendo en la realidad, en una realidad sumamente conflictiva y muy competitiva dentro del mercado profesional en el cual, los Ex -A-Tec están brillando con luz propia, en innumerables casos y situaciones, por el valor agregado que se la ha incorporado al *conocimiento teórico*.

Sobre este delicado tema y en relación con el aprendizaje del derecho, señala un prestigiado tratadista⁴ de didáctica jurídica que debe haber un importante equilibrio entre el aprendizaje doctrinal (teórico) y el práctico los cuales, al decir de este autor, deben ser inseparables, puesto que no basta con conocer los principios, las instituciones y los conceptos, sin penetrar en la realidad aplicativa de los mismos, de conocer cómo la sociedad, la realidad económica y política de una nación, requieren de un facultativo conocedor de esa realidad social, pero con *conocimientos científicos* que le permitan encontrar los mejores procedimientos y las óptimas soluciones a los problemas y ser factor de cambio, como claramente lo asienta uno de los puntos de la misión del Tecnológico de Monterrey..

⁴ Fix Zamudio, Héctor.- Metodología, Docencia e Investigación Jurídica.- Editorial Porrúa. México, 1995, p. 398.

Para la mayor ilustración del tema tratado en este estudio, se diseñaron dos cuestionarios que fueron respondidos por profesores y alumnos de diversas carreras profesionales del campus Monterrey, con los siguientes resultados:

A.- Encuesta a profesores sobre los conocimientos teóricos y los conocimientos prácticos. Se encuestaron a 20 profesores y 15 de ellos (el 80%) consideró que los conocimientos teóricos son muy importantes en el estudio de un curso académico. Sin embargo, 10 de estos profesores (el 50%), opinaron que el aprendizaje teórico debe ser en una proporción del 50% y el resto (el otro 50%), debiera ser aprendizaje práctico. Hubo algún profesor que inclusive, redujo el conocimiento teórico a una proporción del 20%.

B.- Encuesta a alumnos sobre la adquisición de conocimientos teóricos y prácticos. Se encuestaron a 40 alumnos de diferentes licenciaturas. 33 alumnos (más del 80%), anotaron que los conocimientos teóricos son muy importantes, en tanto que 7 de ellos (menos del 20%), asentaron que dichos conocimientos son poco importantes y ninguno asentó que los conocimientos teóricos carecieran de toda importancia.

En síntesis, las estadísticas de esta pequeña encuesta demuestran que en la mayoría de los profesores y alumnos, existe preocupación por los *conocimientos teóricos*. Aquí las unidades académicas responsables de estudiar y administrar el modelo de aprendizaje, tiene una importante área de oportunidad, que es fundamentalmente, la de insistir en la divulgación de procedimientos y formas de adquisición de estos conocimientos, mediante el uso de los instrumentos de apoyo del nuevo modelo educativo, así como la forma de vincularlos a los conocimientos prácticos. Me parece que si se privilegia el modelo educativo en esta parte importante, se habrá dado un paso muy firme en su implantación y fortalecimiento.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Cassarini Ratto, Martha.- Teoría y Diseño Curricular. Editorial Trillas. México, 1997.
- De la Torre, Satumino.- Innovación Curricular. Procesos, Estrategias y Evaluación. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España, 1994.
- Eisseman, Charles.- Los Objetivos y la Naturaleza de la Enseñanza del Derecho. Trabajo inserto en la obra titulada: Antología de Estudios sobre la Enseñanza del Derecho. Compilador: Jorge Witker. Editorial UNAM. México, 1995.
- Fix Zamudio, Héctor.- Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas. Editorial Porrúa. México, 1995.
- Recaséns Siches, Luis.- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1980.
- Witker Velázquez, Jorge.- Antología de Estudios sobre la Enseñanza del Derecho. Editorial UNAM. México, 1995.

CONTENIDO FUNDAMENTAL DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Por: Centro de Investigación Jurídica

El derecho se define desde el punto de vista filosófico como: Un orden jerárquico *normativizado*, una ciencia cultural o del espíritu que tiene por objeto someter a un orden determinado, a una organización bien estructurada y a una congruencia en sus resultados, los actos de conducta externos de las personas y de los hechos ubicados dentro del campo jurídico, con el propósito fundamental de lograr la armonía, la interdependencia y la paz social.

Para García Maynez¹, *orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante. Todo orden presupone: a) Un conjunto de objetos; b) Una pauta ordenadora; c) La sujeción de aquellos a ésta; d) Las relaciones que de tal sujeción derivan para los objetos ordenados; e) La finalidad perseguida por el ordinante.*

Bobbio indica que *el mejor modo de acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas o reglas de conducta*². Por su parte, Calvo García señala que el derecho es: *un sistema normativo complejo en el que coexisten normas primarias y normas de segundo grado. Las normas jurídicas primarias representan el todo básico de las normas creadas o reconocidas por los preceptos jurídicos. Son guías explícitas de comportamiento que indican cómo deben o no deben, o como pueden comportarse en determinadas situaciones los miembros de una comunidad*³.

La filosofía del derecho como parte muy destacada de la filosofía general, tiene como misión especial contrastar y complementar los temas del derecho con los propios de la ciencia jurídica. Es importante señalar por anticipado que la ciencia jurídica y el derecho **no son conceptos sinónimos**, sino que entre ellos existe una relación de género a especie. En efecto, ciencia jurídica es el género y el derecho es la especie o rama de aquella, indudablemente la especie más importante, pero ésta (la ciencia del derecho) no deja de estar sometida a los contenidos, alcances, límites y propiedades fundamentales de la precitada ciencia jurídica⁴.

Además del derecho, la ciencia jurídica comprende otras ramas, entre las más importantes se encuentran las siguientes: La deontología jurídica o teoría de los deberes; la hermenéutica jurídica o teoría de la interpretación de las normas; la sociología jurídica o teoría de los hechos sociales y sus consecuencias jurídicas. También son ramas de la ciencia jurídica, la lógica jurídica o teoría de la argumentación

¹ García Maynez, Eduardo.- Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1974, p.23.

² Bobbio, Norberto.- Teoría General del Derecho. Editorial Debate. Madrid, España, 1991, p. 15

³ Calvo, García, Manuel. Teoría del Derecho. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1992, p. 38

⁴ Sobre este tema se recomienda ver el estudio titulado: Metodología de la Investigación Jurídica, publicado en las páginas 197 a 222 del número 4 de esta revista de investigación jurídica.

jurídica y la práctica forense o el estudio de los procedimientos jurisdiccionales relacionados con la aplicación de las normas.

En torno a las ramas de la ciencia jurídica, existe una muy importante discusión consistente en precisar si la filosofía del derecho es una rama de la citada ciencia jurídica, o bien, una rama de la filosofía misma. Debe estarse de acuerdo con la opinión expuesta por numerosos filósofos, en el sentido de inclinarse por la segunda posición. Efectivamente, como lo afirma Agustín Basave⁵, *No cabe imaginar a un auténtico jurista carente de una visión filosófica del Derecho. Tampoco cabe pensar en un Derecho Filosófico, porque el derecho es Derecho sin más. Consiguientemente la Filosofía del Derecho es una rama –como cualquier otra-, de la Filosofía... No cabe confundir la Filosofía del Derecho con la Ciencia Jurídica... Gracias a la Filosofía, la Ciencia Jurídica posee una dirección metodológica, una orientación axiológica.*

El ejercicio del derecho como instrumento de relación, se realiza en dos espacios fundamentales: En la teoría y en la práctica. El ejercicio del derecho en la teoría es decir, la actividad del teórico, se ubica en el estudio, investigación y exposición dogmática de temas jurídicos. El investigador, escritor y profesor en la ciencia jurídica, ocupa los principales espacios de aquél profesional que trabaja con situaciones en alguna forma, hipotéticamente imaginadas. Aquí el estudioso de la materia hace una exposición del tema sujeto a estudio, exponiendo de manera científica sus posiciones y razonamientos los cuales, frecuentemente difieren en el fondo, en la forma o en ambos, de la aplicación de los mismos preceptos en la práctica.

El ejercicio del derecho en la práctica, como es la tarea de un abogado o de un servidor público ubicado en espacios típicamente legales, como sucede con un juez, un ministerio público, un profesional que labora en una oficina jurídica de gobierno o bien, de un abogado de empresa o de un litigante, consiste fundamentalmente en realizar una tarea de búsqueda y argumentación en torno de la aplicación de una norma o serie de normas jurídicas a una situación dada en un lugar y momento determinado. Es frecuente que en ambos espacios el profesional del derecho trabaje estableciendo una serie de interacciones entre uno y otro modelo del ejercicio de la ciencia jurídica (la teoría y la práctica), aunque no deja de ser frecuente que existan personas dedicadas a estos menesteres que únicamente ejercen su función en uno de estos dos espacios (el estudio teórico o la aplicación práctica), sin procurar la necesaria interacción entre ambos espacios o ámbitos del derecho, lo cual les ocasiona no pocas limitaciones en cuanto a la comprensión del verdadero alcance y significado de las normas empleadas en la fundamentación de sus pretensiones, por virtud de que o no dimensionan adecuadamente la aplicación práctica de la norma, o no profundizan en la interpretación de las normas aplicables, en sus enlaces o vinculaciones con otros ordenamientos igualmente válidos, limitándose en ambos casos, de manera muy significativa la tarea jurídica del profesional del derecho.

⁵ Filosofía del Derecho. Pensamiento y Trayectoria del Dr. Agustín Basave, Fernández del Valle. Documento editado por La Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Criminología, de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Monterrey, 2001. pp. 22 y 23.

Desde luego, el profesional del derecho que de manera permanente y asertiva utiliza ambos espacios (el estudio teórico y el práctico), para ejercer su actividad, se acerca de manera muy importante a la denominación de *jurista, jurisconsulto o perito en derecho*. El profesional práctico del derecho, cuando enfrenta un trozo de la vida social, se dedica exclusivamente a averiguar qué normas jurídicas son aplicables a esa situación es decir, cómo se puede plantear y resolver conforme a derecho, el tema o problema planteado, pero no indaga lo que puede haber más allá de la aparentemente encontrada solución, llegando inclusive este tipo de profesional, a considerar que la especulación teórica *es inútil y significa una lamentable pérdida de tiempo*.

Es indudable que la función del profesional del derecho no termina con la simple localización de la norma o normas adecuadas al caso. En el momento en que se tiene la certeza de qué normas son *ad hoc* para regular el tema planteado, es una importante función de este profesional: *Entender con certidumbre el contenido de esas normas, interpretar lo que ellas se encargan de regular y las consecuencias que podrán derivarse de su aplicación, así como las vinculaciones que presenta con otros ordenamientos jurídicos correlativos*.

En el teórico del derecho, la situación acontece a la inversa: Este profesional estudia todo el contenido legal de un tema de conocimiento, analiza y evalúa cada uno de los conceptos y la relación que guardan entre sí, para luego llevar esta concepción a un caso hipotético o real, pero ya acontecido o que está aconteciendo, tratando de encontrar el significado y alcances de las normas legales que se consideran aplicables, pero por falta de un conocimiento práctico, frecuentemente llega a conclusiones que se pueden dar en el campo de la especulación, pero que por diversas causas (económicas, políticas, sociales, históricas o de alguna otra naturaleza), no es posible su realización en la práctica, o al menos, no en la forma en que la propone o resuelve el teórico.

Sobre ambos aspectos, tanto el práctico como el teórico, que son los espacios en los que suele moverse el facultativo en derecho, resulta importante tomar en cuenta que las normas que se citan o utilizan para atender el caso o resolver el conflicto, no son normas sueltas o inconexas. Por el contrario, éstas se hallan colocadas en un espacio de relación con otros preceptos o normas que determinan sus alcances y aplicación. Es decir, una institución jurídica se encuentra conformada por una serie de normas que integran su estructura y funcionalidad.

Por ejemplo, si se estudia el contrato de *compraventa* como una institución del derecho, para comprender con precisión el tema, será necesario estudiar, reflexionar y aplicar el contenido tanto de las normas reguladoras de esta institución como aquellas que la complementan o condicionan. Un estudio completo, bien integrado de esta institución jurídica, cuando se le analiza tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico, requiere de un complejo estudio jurídico, que sólo puede efectuar un *jurista*, un verdadero facultativo en derecho.

A este estudio es a lo que los filósofos le llaman precisamente “*construcción de la institución*”. Existe otro problema importante que no puede pasar por alto el jurista: Aún cuando cada institución cuenta generalmente con sus propias normas de regulación y por ende, tiene cierta autonomía, resulta que la misma no se encuentra totalmente aislada de otras normas jurídicas reguladoras de otras instituciones, y por el contrario, se encuentra a veces íntimamente vinculada a ellas por muy variados elementos y por la estrecha correlación de sus componentes.

Así por ejemplo, el citado contrato de compraventa se encuentra o puede encontrarse vinculado no sólo al capítulo de contratos ya sean civiles o mercantiles, sino también a otros preceptos del propio código, a preceptos de la Constitución Federal, a la Ley de Sociedades Mercantiles; a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; a la Ley de Inversión Extranjera; a la Ley de Población e inclusive a leyes o disposiciones administrativas, fiscales o ambientales. La tarea del jurista para investigar cuál o cuáles disposiciones legales contenidas en los diferentes ordenamientos regulan o guardan relación con la institución, caso o problema que se pretende atender, consiste en efectuar una ordenada clasificación y organización de las normas jurídicas involucradas en el estudio y atención del caso.

La atención de todo esto, debe ser realizada en forma integrada y no de manera aislada, puesto que la colección de preceptos legales y su vinculación conducirán a efectuar un estudio adecuado, suficiente y completo de la institución o caso planteado. En la correlación y vinculación que se haga de los preceptos jurídicos fundamentales del caso o institución, así como de los correlacionados, debe procurarse la solución de los problemas que se refieren a las contradicciones encontradas, o al planteamiento de las lagunas u oscuridades de los ordenamientos jurídicos utilizados. Para decidir sobre los preceptos legales aplicables, así como sobre los contradictorios, oscuros o francamente ausentes, el jurista deberá acudir a los diversos métodos de interpretación de la ley, siendo ésta una tarea por demás está decirlo, muy importante.

Con todos estos elementos, el jurista procederá en primer lugar a hacer un *diagnóstico* del caso, problema o institución, y a plantearse hipótesis que se irán transformando en tesis, a medida que se va haciendo la luz sobre dicho tema. Es evidente que el jurista deberá tener presente en todo momento que hará de manera oportuna un replanteamiento de las situaciones comprendidas en la institución o en el caso que lo ocupa, a fin de incorporar los cambios o modificaciones que sean susceptibles de darse en la realidad, por el cambio de situaciones o reformas o modificaciones a los ordenamientos legales. El trabajo de interpretación de la norma a una situación concreta, no es tan sencillo como se cree.

Interpretar una norma no sólo consiste en ser capaz de entender, explicar y en su caso, aplicar el sentido o significado de una norma legal, sino que conlleva también su significación, alcances consecuencias susceptibles de ser producidas y su vinculación con otras situaciones y otras normas.

Las normas del derecho positivo no son entidades que operen automáticamente sobre una situación dada, sino que estas diversas normas para ser aplicadas, requieren de una interpretación, la cual consiste en una serie de actos mentales que conduzcan a su entendimiento y recta aplicación. En numerosas instituciones, figuras jurídicas o casos, la interpretación no es muy elaborada ni compleja, pero existen otras situaciones en las que existe la necesidad de efectuar un exhaustivo trabajo.

Por ejemplo, si se trata de analizar, ya sea para efectos teóricos o prácticos, la institución de Joint Venture (contrato de alianza estratégica), habrá que efectuar una serie de estudios en los ordenamientos jurídicos sustanciales y correlacionados, con el fin de “armar” la estructura y las implicaciones jurídicas de este contrato. En este caso en particular, la primera tarea es la de localizar los ordenamientos legales aplicables, clasificarlos, determinar su utilización y culminar con el estudio referente a su interpretación y aplicación. Esta tarea, que deben realizar tanto el teórico como el práctico, no es fácil: Requiere poseer conocimientos sobre la existencia de los ordenamientos jurídicos relativos al caso, sobre su aplicabilidad y vigencia y muy frecuentemente, investigar o conocer sobre la existencia de precedentes o preceptos jurisprudenciales existentes en tomo al tema.

Para la realización de esta actividad, el jurista maneja de manera muy marcada tres clases o tipos de ingredientes: A.- Los hechos, actos o acontecimientos que caen dentro del campo del derecho; B.- Las normas vigentes (tratados internacionales, leyes, reglamentos, jurisprudencias y en su caso, resoluciones administrativas reguladoras de la institución jurídica; C.- Análisis de cada uno de los elementos de la relación jurídica que participan en la institución de que se trate. Si bien es cierto que el criterio del *jurista* es determinante en la conclusión final, en todo planteamiento de un problema jurídico, ya sea éste teórico o práctico, el criterio tiene valor cuando se sustenta fuertemente en normas jurídicas aplicables al caso.

El *jurista* no tiene frente a sí, una realidad desnuda, a la que él pueda ir *vistiendo* con los ropajes jurídicos que se le ocurran, sino con aquellos que mejor apliquen al caso o problema que se ha abordado.

La aplicación de las normas jurídicas no puede ser de ninguna manera en forma mecánica o automática, sino que requiere de la construcción de una serie de enunciados y juicios de valor con los cuales pueda en primer lugar, formular un diagnóstico, después, una serie de hipótesis que irá transformando en tesis, hasta llegar a la formulación de una conclusión o una serie de conclusiones. Tanto el diagnóstico como las hipótesis, las tesis y las conclusiones, se deberán ir apoyando en consideraciones y argumentaciones vinculadas en la mejor forma posible, a preceptos jurídicos aplicables al caso concreto.

Esto significa que el jurista no es un simple y mecánico localizador de los preceptos jurídicos, sino que sobre él pesa la enorme responsabilidad de la emisión de los juicios de valor que respaldan el trabajo efectuado.

El ideal del *jurista* es la justicia y la equidad en la solución de problemas y casos, así como en la formulación de normas jurídicas encaminadas a erigirse en ordenamientos positivos, o en la formulación de sentencias o criterios que ajusten a la norma jurídica, las conductas manifestadas en un lugar y momento determinado. De aquí se deriva la idea fundamental consistente en que toda norma jurídica, incluso la más simple y sencilla requiere inexcusablemente de una interpretación, que consiste en analizar y evaluar el contenido de ella, su alcance y las consecuencias susceptibles de ser producidas. A lo anteriormente expresado es a lo que se le denomina específicamente: *valoración de la norma*.

La valoración primaria, general o preliminar, la lleva a cabo el legislador, quien a la luz de algunas situaciones hipotéticas formula juicios sobre la posible aplicación o cumplimiento de la norma cuya expedición se encargará de efectuar. La segunda valoración de esa norma, corresponde hacerla al gobernado encargado de ejercitarla o cumplirla. Son las convicciones que se forman las personas en torno a una norma determinada, para acatarla o cumplirla. La tercera y última valoración le corresponde hacerla al juez, quien en definitiva hace la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto, cuando llega a existir un conflicto de intereses.

De acuerdo con lo expresado en el recuadro, una norma jurídica, independientemente de su origen o procedencia, requiere que el gobernado, con el apoyo del jurista, adquiera plena convicción histórica en un lugar y momento determinado, del contenido y alcances de la norma en cuestión. A esto se le conoce con el nombre de racionalización del derecho. En efecto, *tanto el desarrollo del derecho como del pensamiento jurídico son entendidos, por lo general,- en conexión con la sociología del derecho de Max Weber, como procesos de una, si bien lenta, no obstante también progresiva racionalización*⁶.

Así por ejemplo: Los conceptos: Ataques al pudor; corrupción de menores; contribuciones proporcionales y equitativas o paz pública o interés público, hacen que sea indispensable recoger impresiones y convicciones colectivistas y frecuentemente si los hay, antecedentes jurisprudenciales sobre tales conceptos. En no pocas ocasiones, se encuentra que las normas de derecho positivo manejan, utilizan términos o vocablos que no define y que corresponden a otras ciencias o técnicas de conocimiento, el manejo y explicación de los conceptos utilizados en la citada norma jurídica. Por ejemplo, la Ley Minera se refiere a la gemas minerales, así como al *rodio*, a la *cianita*, la *kainita* o la *kermite* entre otros, como minerales de uso industrial. Para que el jurista desentrañe las propiedades y características de estos productos minerales, requiere acudir a la información que proporcionan otros conocimientos ajenos al derecho.

⁶ Krawietz, Werner.- Derecho y Racionalidad en la Moderna teoría del Derecho. Estudio de este autor, inserto en la obra titulada: Derecho y Filosofía, que comprende una antología de estudios compilados por Ernesto Garzón Valdés. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A.. México, 1988. p. 153.

En el caso de los jueces como juristas, estos servidores públicos se encuentran ubicados en el compromiso profesional de no solamente interpretar las normas de derecho existentes, sino también suplir (rellenar) los huecos o lagunas que existan en torno a una disposición normativa determinada, que sea oscura u omisa en el manejo de una solución a un caso que en la práctica pueda darse. En efecto, el artículo 14 constitucional en su párrafo cuarto indica que: *En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva será conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.*

La interpretación jurídica como actividad fundamental del jurista, consiste en la realización de una serie de operaciones estimativas y valorativas íntimamente relacionadas. La interpretación de una norma jurídica se encuentra integrada por un juicio o una serie de juicios de valor. Las técnicas de interpretación se ubican dentro del contexto de la lógica jurídica, que es la parte de lo razonable, y se colocan lejos de la lógica matemática o física, que es la lógica de lo estrictamente necesario. La interpretación de la norma aplicable a un caso o situación o conflicto determinado, es una operación mental muy importante del jurista. Abarca desde la averiguación de cuál o cuáles son las normas de derecho más precisas que apliquen al planteamiento y solución del caso, hasta cuáles son las aplicables a su posible solución. Aquí el intérprete de la norma no debe dejarse llevar por espejismos o por tratar de forzar la norma para que aplique a una situación que requiere de otro tratamiento legal, para alcanzar una realidad que no es.

La cuestión acerca de la relación entre las regulaciones jurídicas y lógica formal es uno de los posibles problemas de la "lógica jurídica". Este problema hace referencia también a la posibilidad de una teoría de la estructura lógica de las normas jurídicas. Otro problema de la "lógica jurídica" es el de la naturaleza lógica de la argumentación jurídica. Quizá no sea posible trazar una separación tajante entre estos dos problemas⁷

La lógica jurídica como instrumento fundamental de la argumentación utiliza como elementos de trabajo: La realidad social; los valores aplicables a esa realidad; los fines susceptibles de realización; los medios a través de los cuales se llevan a cabo los fines; la eficacia de los medios, su valor ético y social y los fines que se manifiestan en la realidad imperante, la cual se pretende corregir mediante la aplicación de la norma.

En síntesis. La función del jurista no se detiene sólo en la identificación de un hecho jurídico y su identificación; como tampoco se cumple con la búsqueda e interpretación de las normas aplicables, sino que llega hasta la tarea de ser orientador de la normatividad del derecho positivo, para conseguir una reforma legal o la expedición de un ordenamiento adecuado a la realidad social. En efecto, nadie más que el jurista se encuentra, por su profundo conocimiento de la realidad y de las normas legales existentes o de las ausentes, en condiciones de pedir un cambio en la legislación o la creación de normas de derecho positivo que cubran los huecos o las lagunas existentes en una legislación determinada.

ORIGEN Y CONTENIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

⁷ Fiedler, Herbert.- Derecho, Lógica, Matemática.- Editorial Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1991. p. 8

La existencia de la filosofía del derecho como tal, es posterior, muy posterior a la existencia de la filosofía general la cual, dentro de sus contenidos abarcó desde sus orígenes, temas propiamente jurídicos. Los filósofos de la época clásica incluían muy frecuentemente en sus estudios, temas de vital importancia para el derecho, como lo era por ejemplo, la justicia, la libertad o la propiedad. La filosofía del derecho surge en la edad media y precisamente dentro de los monasterios católicos en donde numerosos estudiosos de los temas religiosos, se dieron a la tarea de fundar una cultura renovada, que la distinguiera de la griega, la latina o las culturas orientales. El derecho fue uno de los temas de gran importancia para estos estudiosos, quienes empezaron por estructurar las bases jurídicas de la iglesia. Ahí precisamente nacen casi de manera simultánea, el derecho canónico y la filosofía jurídica propiamente dicha.

Algunos estudiosos de la filosofía del derecho llegaron en épocas posteriores a su nacimiento, a considerar que esta materia constituía la columna vertebral del derecho. Tal afirmación no era ni es desde luego, cierta. Prueba de la anterior afirmación es el hecho que durante la segunda mitad del siglo XIX, fue abolida la filosofía del derecho como parte de los estudios académicos para la formación de juristas, y no por ello se afectó o trastocó el orden legal. No obstante que la filosofía del derecho no es la *columna vertebral* de la ciencia jurídica, si debe afirmarse que los estudios que produce esta ciencia tienden a la mejor comprensión de todo *lo jurídico* y su desarrollo y perfeccionamiento. La actitud extremosa de eliminar de la currícula de estudios profesionales de derecho a la filosofía, se debió fundamentalmente a que los positivistas trataron de prescindir de todo esbozo de especulación sobre el contenido de los ordenamientos jurídicos, por lo cual, se pretendió –sin éxito–, abandonar toda influencia del derecho natural sobre el derecho positivo. Con el fin de darle la dimensión adecuada a los estudios sobre filosofía del derecho que desde luego, no son la solución única en la formación de juristas y en la práctica del derecho, como tampoco son como algunos piensan, estudios estériles estos en la formación de estos profesionales o en la aplicación del derecho. Para poder colocarse en una posición justa en cuanto a la importancia y utilidad de los estudios y consideraciones que se desprenden del aprendizaje manejo de los temas comprendidos dentro de la filosofía del derecho y su función jurídica, es importante señalar los grupos de pensadores que se dedicaron a sentar las bases de esta disciplina, a desarrollarla y a lograr su reimplantación en los estudios académicos de derecho.

El impulso inicial de la filosofía del derecho y su reimplantación en la academia, hacia la octava década del siglo XIX, fue realizada simultáneamente por los siguientes grupos de profesionales: a) Algunos científicos del derecho; b) algunos juristas prácticos y, c) numerosos e importantes filósofos. La filosofía del derecho se consolidó de manera impresionante al advenimiento del renacimiento, en el siglo XVI, pero fueron los siglos inmediatamente posteriores, hasta la primera mitad del siglo XIX, cuando esta materia alcanza una jerarquía extraordinaria, hasta su supresión, precisamente en esa época. Una vez pasada la etapa de crisis, hacia 1880, la filosofía del derecho resurge con renovados bríos y alcanza un auge extraordinario hacia finales de ese siglo y principios del siguiente.

Los teóricos del derecho ubicados principalmente en la academia, en todas la universidades del mundo, así como los juristas prácticos de épocas anteriores a la actual, contribuyeron a darle a la filosofía jurídica el enorme caudal que actualmente posee, y

que en muchos casos, por carencia de conocimientos fundamentales sobre el derecho, termina por asfixiar a quienes se inician en su estudio. Como antes se expresó la filosofía del derecho fue eclipsada a mediados del siglo XIX, como consecuencia de las tesis positivistas, materialistas y evolucionistas de la época. Pero esa moda rápidamente se superó y en la segunda mitad de ese siglo, al reanudarse la investigación en este campo, esta materia alcanzó, como antes se señaló, logros científicos extraordinarios. Los juristas que dieron pie al renacimiento de la filosofía del derecho, señalaron con una claridad meridiana que el estudio de *lo jurídico* es decir, todo lo que está *más acá y más allá* del derecho propiamente dicho, no puede ser estudiado a profundidad por la ciencia del derecho. En efecto, en la ciencia del derecho se estudian los preceptos que integran al derecho positivo, su estructura, clasificación, funcionalidad y aplicación a casos concretos. Pero en esta ciencia no se estudian o se estudian de manera simple, preliminar o incompleta, los supuestos jurídicos, las instituciones jurídicas o los elementos que conforman a la ciencia del derecho. En consecuencia, la filosofía del derecho, que se encarga de estudiar conceptos universales, viene a darle a la ciencia del derecho, una dimensión de la cual que carece sin el estudio de las causas primeras y los últimos efectos de las instituciones que la conforman. También hay diferencias entre el objeto de estudio de la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. Aquella en sentido estricto, estudia las diversas ramas del derecho positivo y por lo tanto, considera las especialidades que esta ofrece es decir, la ciencia del derecho da cuenta y razón de lo que el derecho constitucional tiene de *constitucional*, el civil tiene de *civil*, o el penal tiene de *penal*.

En cambio, cuando se trata de desentrañar la esencia esto es, los conceptos universales de *lo jurídico*, sin que en concreto se haga referencia a una rama en particular del derecho, cuando no existen límites de tiempo, lugar, sino que cuando se analiza y evalúa una institución jurídica determinada sin especificar particularidades, se estará haciendo un estudio filosófico de la institución jurídica. Para estudiar una institución jurídica a la luz de la filosofía, es necesario efectuar una serie de estudios inductivos que permitan la localización de los elementos integradores de la citada institución, para poder formular una hipótesis, que más tarde se transforme en tesis. Para ello es indispensable tratar de precisar en primer lugar, la esencia de lo que se busca, para inmediatamente después proceder a realizar estudios e investigaciones de sus características, funciones y efectos.

La filosofía del derecho, en el momento de su renacimiento que se dio a finales del siglo XIX, quedó dividida para su estudio, en dos grandes partes: La teoría general del derecho y la estimativa o axiología jurídica. Dentro de la teoría general del derecho se ubica el estudio referente al esclarecimiento del concepto esencial o universal de la norma jurídica. Aquí es importante dilucidar qué es y como se integran los elementos jurídicos fundamentales de la norma, sin importar si éstos son estudiados dentro de alguna rama específica del derecho. Si bien es cierto que lograr la ubicación e identificación de la norma jurídica, es la parte esencial de la teoría del derecho, que trata de localizar el concepto universal de esta norma –que es una tarea muy importante–, no es la única, sino que también se debe efectuar una búsqueda de otros conceptos que forman parte de *lo jurídico*.

Efectivamente, no se puede identificar la norma jurídica, sin identificar también la esencia de los derechos subjetivos, los deberes jurídicos, la relación jurídica, los supuestos y las consecuencias jurídicas, así como los elementos que las integran. La teoría del derecho se encarga precisamente de estudiar e identificar la esencia y

contenido de estas importantes instituciones jurídicas a la luz de la ontología o teoría del ser (en este caso la existencia de la norma y sus atributos), la gnoseología o teoría del conocimiento, la deontología o teoría de los deberes y la hermenéutica o teoría de la interpretación de las normas jurídicas. Este tipo de elementos del conocimiento no es estudiado por ninguna rama específica del derecho. En efecto, el derecho civil, constitucional o penal no estudian la esencia de tales instituciones, sino que precisamente basan o fundamentan su aprendizaje particular o dogmático, partiendo de la existencia de esos principios o instituciones. Así por ejemplo, el derecho constitucional parte del estudio de la Constitución, pero no analiza la esencia jurídica, política y pública de esa institución, llamada derecho constitucional. Por ejemplo: 1.- ¿Por qué la Ley Suprema se denomina Constitución Política? 2.- ¿Qué tiene este documento de constitucional y qué de político? 3.- ¿Tiene este documento contenido jurídico? 4.- ¿Cómo puede precisarse el contenido jurídico? 5.- ¿Por qué el contenido de este documento pertenece al área pública del derecho? 6.- ¿Acaso no protege también los derechos privados de las personas? Estas y otras preguntas pueden ser contestadas sólo mediante estudios de la teoría jurídica como parte importante de la filosofía del derecho. Estos principios fundamentales del derecho constitucional no son estudiados por esta rama del derecho, sino que el estudio de los aspectos más importantes de esta disciplina, se basa precisamente en tales conceptos, y de ahí arranca.

Cuando hacia 1890 recomenzó el estudio de la filosofía del derecho, se encontró que los estudios en particular de la ciencia del derecho sobre las diversas ramas del mismo, estaban convertidas en un caos, por virtud de que cada tratadista pretendía realizar estudios particulares de las instituciones fundamentales de la ciencia jurídica, transformando esos estudios en un conocimiento aparentemente particular de la rama jurídica estudiada, con diferencias y particularidades que frecuentemente no se encontraban en la esencia de los conceptos. En efecto, cada especialista, ya en derecho civil, ya en penal o en internacional, daba su punto de vista sobre cada una de las instituciones jurídicas y en consecuencia, se multiplicaron constantes apreciaciones, a veces incompletas, otras veces parciales y muy frecuentemente equivocadas, sobre las instituciones fundamentales como la persona, el supuesto jurídico, el derecho subjetivo, el deber jurídico o la relación jurídica. La explicación que cada especialista daba y todavía a estas fechas ofrecen algunos autores sobre los conceptos fundamentales del derecho, no lograron a hacia fines del siglo XIX, sino provocar confusión y desorden. Esta situación confusa no ha sido aún superada, a más de cien años del renacimiento de la filosofía del derecho. Los mejores y mayores logros se apreciaron hacia la mitad del siglo XX, pero a partir de esa fecha se ha iniciado por los especialistas en las diversas ramas jurídicas, un nuevo intento de dar enfoque parciales de las instituciones jurídicas, al mismo tiempo que los filósofos(¿) del derecho realizan estudios elementales sobre la teoría jurídica, a veces de menores alcances que los propios tratadistas particulares.

En el derecho positivo de una rama jurídica determinada, se contienen verdades reales. Por ejemplo, en una tesis jurisprudencial, o en una simple sentencia que ha causado estado, se encuentran verdades incontrovertibles para tal derecho positivo, puesto que no puede rebatirse dentro de tal derecho la verdad legal, pero, ¿Esta verdad legal es en efecto justa, o acaso puede resultar injusta? ¿No podría esa resolución ser todavía mejor de lo que es, es decir, más justa aún? La respuesta a estas cuestiones se encuentra más allá del derecho como tal, más allá inclusive, de la ciencia jurídica. El estudio de las mismas caen dentro del campo de la estimativa jurídica la cual, analiza los fines últimos de las instituciones del derecho. En síntesis, las interrogantes

filosóficas que están *más acá* de la ciencia jurídica, pertenecen a la parte de la filosofía del derecho llamada ***Teoría del derecho***, en tanto que las interrogantes que están *más allá* de la ciencia jurídica, pertenecen a la otra parte de la filosofía jurídica denominada ***estimativa jurídica***.

Aparte de estos estudios que se le denominan: *Filosofía jurídica académica*, existen algunos otros estudios no académicos, a los que se les podría llamar: *Filosofía jurídica no académica o filosofía jurídica no sistemática*, consisten en reflexiones filosóficas sobre determinados puntos, que frecuentemente son estimuladas por necesidades experimentadas ya por la política legislativa, ya por la política jurisdiccional o bien, por la política administrativa expresada en cierto campo o negocio. Este tipo de reflexiones filosóficas surgen frecuentemente motivados por la aplicación o no aplicación de preceptos del derecho positivo o por la inexistencia de ellos en la vida contemporánea. Los jurisconsultos prácticos (jueces, servidores públicos y abogados), son los que efectúan o debieran efectuar estas reflexiones. Resulta no poco frecuente que personas sin preparación jurídica académica o al menos, práctica, realicen reflexiones sobre temas de la teoría del derecho e inclusive, sobre la estimativa jurídica, no logrando frecuentemente, exponer alguna conclusión jurídica valiosa sobre el tema reflexionado, sino exclusivamente puntos de vista subjetivos y generalmente metajurídicos. La dimensión de los problemas jurídicos actuales han crecido en cuestionamientos, por virtud de que frecuentemente estos surgen no por simples dudas legales, sino que su existencia y vías de solución se ven influenciados directamente por cuestiones políticas, sociales o económicas. En efecto, el desenvolvimiento abrupto de numerosos hechos y acontecimientos de muy diversa naturaleza, han presionado sobre la ciencia del derecho y sobre la misma ciencia jurídica, que han tenido como consecuencia trastocar, postergar o suspender la aplicación del derecho en aras de encontrar soluciones sociales, políticas o económicas, aún cuando éstas carezcan de valor jurídico y en ocasiones, vayan en contra de un texto jurídico expreso. La presencia de hechos o situaciones ajenas al derecho en numerosos conflictos, han obligado a los órganos administrativos, jurisdiccionales e inclusive legislativos, a efectuar un arduo trabajo de conciliación entre los preceptos legales vigentes o la ausencia de ellos, con los problemas políticos, económicos y sociales que se presentan con demasiada frecuencia en el mundo contemporáneo. Es por ello, que actualmente existen serios reclamos para que desde el punto de vista de la filosofía del derecho, se efectúen estudios y se contribuya a la aportación de soluciones para el manejo de numerosos problemas cotidianos que involucren el reclamo o exigencia de soluciones o al menos, aclaraciones y estudios profesionales que ofrezcan criterios para un trato correcto y adecuado.

Debe sin embargo admitirse que la filosofía del derecho no es desde luego el instrumento único que pueda aportar soluciones a los problemas que aquejan a la sociedad contemporánea. La filosofía del derecho debe vincularse a otros tipos de estudios de corte filosófico-técnico, que sirvan efectivamente para empezar por encontrar el camino correcto en la solución de los problemas que aquejan seriamente a las sociedades contemporáneas. La realización de estudios políticos de diferentes matices, combinados con instrumentos que puedan ser aportados por la filosofía del derecho, seguramente podrán conducir a localizar el camino correcto en la solución de esos problemas. La ciencia del derecho se ha mostrado como una disciplina insuficiente para por sí sola, resolver los grandes y complejos problemas de la sociedad contemporánea. La ciencia política debe avanzar en combinación con la filosofía, para

encontrar soluciones viables a esos problemas. En efecto, se requieren estudios filosóficos sobre una más adecuada política legislativa, política administrativa, y política jurisdiccional. En estas áreas se incluyen desde luego, la formulación de más y mejores instrumentos de política económica, financiera o fiscal; mayores y mejores instrumentos para el manejo de la política exterior del Estado; mejores políticas laboral, educativa, industrial, comercial, agraria, o para el manejo de los recursos naturales o el medio ambiente. En todos estos ejemplos, que desde luego no agotan el tema, la filosofía del derecho juega un papel importante, puesto que en última instancia es el derecho, son los ordenamientos jurídicos los instrumentos que servirán para darle vida y vigencia a las decisiones políticas que se adopten, así como los procedimientos que se instauren. El profundo análisis que de debe hacer sobre las normas pertenecientes al derecho positivo, reguladoras de todas las actividades antes referidas, y otras muchas más, que realiza la sociedad humana, es tarea de la filosofía del derecho, como antes se expresó, tal análisis se deberá hacer en forma general, universal y completa, sin particularizar en ningún momento, porque se estaría invadiendo el área de actividad de la rama de la ciencia del derecho en particular. Al lado de las reflexiones que el estudioso de la filosofía del derecho debe hacer sobre la teoría jurídica o sobre la estimativa o axiología del derecho, se deberán efectuar una serie de consideraciones, también de carácter filosófico, sobre las políticas legislativa, administrativa, jurisdiccional o sobre las áreas económica, financiera, educativa y otras más ya mencionadas, que influyen poderosamente en la conformación o aplicación de las normas jurídicas positivas. La filosofía del derecho desde luego, encuentra su origen y base de sustentación en la filosofía general la cual, desde sus inicios, en el siglo V a.c. aportó a la ciencia jurídica, numerosas consideraciones y estudios sobre cuestiones de derecho. En efecto, no podría iniciarse ningún estudio filosófico sobre el derecho, si no se manejan con solvencia los conceptos filosóficos generales. La filosofía es el conocimiento universal, autónomo y pantónimo precisamente del universo y de las cosas que lo integran. La filosofía no particulariza el conocimiento, como sí lo hace la ciencia. Se dice que la filosofía es el conocimiento total, es el conocimiento construido haciendo uso de recursos intelectuales sobre la totalidad del conocimiento. El filósofo es aquella persona que pretende conocer el conocimiento es decir, investigar las causas primarias y los fines últimos del conocimiento científico. En el estudio de la filosofía científica o especulativa, sólo pueden iniciarse las personas que tienen un adecuado dominio previo del conocimiento científico. En caso contrario, el estudio no podrá producir los resultados esperados por esa persona. En otras, palabras, la filosofía no realiza estudios particulares sobre un tema de conocimiento en especial, ni necesariamente vinculado a una rama científica en concreto. La filosofía tiene las características de ser una rama autónoma y como ya se indicó pantónoma del conocimiento racional. Partiendo de estudios universales de la filosofía, es posible reducir el espectro del conocimiento racional a un área científica en especial. Así puede con propiedad, hablarse de la filosofía de la química, de la física, de la matemática, de la economía, de la ciencia política o del derecho, que es fundamentalmente el área de estudio que se pretende abordar. En el área de la filosofía jurídica, los pensadores de finales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, hicieron importantes aportaciones que produjeron un impresionante avance de la ciencia del derecho, como conocimiento particular. Pero ese avance se encuentra prácticamente frenado, por carencia de estudios y reflexiones filosóficas sobre la sociedad contemporánea, sus problemas y formas de solución, los cuales frecuentemente rebasan a las instituciones del derecho positivo actualmente vigentes en un lugar y momento determinado, que

ocasionan serias contravenciones y demasiados contratiempos a un concepto universal denominado: *Estado de derecho*.

TEORÍA DEL DERECHO (Segunda parte)

(Del Capítulo Primero del libro en preparación
titulado: Introducción al Derecho)

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera *

LAS NORMAS JURIDICAS

El derecho objetivo o ciencia del derecho se encuentra integrado por una serie de normas o mandamientos de conducta que en ocasiones, *obligan* a las personas a adoptar ciertas formas de comportamiento, en favor de los sujetos facultados, y que a su vez en otras ocasiones, *facultan* a esas mismas personas a exigir y en su caso recibir, determinadas prestaciones, de parte de otros. En el derecho, siempre que se haga referencia a sus ordenamientos, se estará implícitamente hablando de *normas obligatorias de conducta* es decir, de reglas que le indican a los sujetos cómo deben actuar, ya sea para ejercer sus derechos o cumplir con sus obligaciones.

Las normas de conducta que se refieren al derecho forman parte del conglomerado de normas de carácter filosófico que son regulados por la ética o ciencia filosófica encargada del estudio y análisis de la conducta de las personas.

Las normas como mandamientos de conducta, regulan los hechos y acontecimientos en los que participan las personas. Estos hechos pueden ser de muy diversa naturaleza, y consecuentemente, existen diversos tipos de normas o mandamientos de conducta. Lo primero que tiene que hacerse en un estudio teórico de los hechos sociales en los que los protagonistas son las personas, y que estos hechos son regulados por la ciencia del derecho, es el de estudiar el mundo de *lo normativo*, como elemento fundamental de la integración del derecho.

Norberto Bobbio⁵³ expresa que *el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar al derecho como un sistema de normas o reglas de conducta*. Concluye este autor señalando que *la experiencia jurídica es una experiencia normativa*.

La vida de los seres humanos se desarrolla dentro de un *mundo de normas*. La persona cree que es libre, y en verdad lo es, pero esa libertad se encuentra regulada por una muy compleja red de normas o reglas de conducta, que hacen factible la armonía, la interdependencia social y desde luego, hacen también posible el ejercicio de la libertad de los seres humanos. Cuando las personas se han llegado a conducir dentro de un grupo social sin acatar ninguna norma o mandamiento de conducta, ha traído esto como consecuencia, el *libertinaje, la anarquía y el desorden*, que son la negación más dramática de la libertad de los seres humanos y de la plena realización del grupo social.

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

⁵³ Teoría general del Derecho. Editorial Debate. Madrid, España, 1991. p. 15

El vocablo norma proviene del latín *norma*, y se refiere a un mandamiento de conducta, un reglamento, una orden. Sin embargo dice Kelsen⁵⁴ que *mandar no es la única función de la norma, ya que también puede decretar, permitir, autorizar y derogar*.

Sobre el concepto y significado del vocablo norma, García Maynez⁵⁵ expresa lo siguiente: *La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatorio o no; stricto sensu corresponde a lo que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo, se llaman reglas técnicas.*

El comentario efectuado por García Máñez, en cuanto a la obligatoriedad o no obligatoriedad de una norma, parece no acertado, por virtud de que las *normas técnicas* son efectivamente reglas *obligatorias* y no potestativas de conducta, puesto que están indicando un *deber ser* el cual, si se incumple o se viola, traerá para quien lo hizo, una consecuencia, que puede llegar en el caso de las citadas normas técnicas, hasta el fracaso es decir, a no ver realizado el proyecto o los propósitos. En consecuencia, una *norma técnica* no es una regla potestativa de conducta, como lo manifiesta el autor ahora comentado. Esta afirmación se pone de manifiesto en la ciencia económica o en la ciencia administrativa.

En efecto. Supóngase que una persona adquiere en un establecimiento comercial, un mueble *para armar* en su domicilio, de los que ahora son cada vez más frecuentes. Ese mueble para armar, viene acompañado de un instructivo el cual, no es sino un conjunto de reglas técnicas que deben seguirse para lograr la conjunción adecuada de las diversas piezas que de manera separada vienen empacadas. Si la persona no sigue esas reglas (normas técnicas), seguramente va a tener desde leves hasta graves contratiempos para lograr la colocación de las piezas o partes, hasta llegar al fracaso es decir, a no poder culminar las labores de *armado* del citado mueble. Luego, estas reglas no son, como lo afirma García Máñez, potestativas, sino *obligatorias* cuando se pretende alcanzar el objetivo deseado.

Resulta importante también señalar en torno a las normas, que estas no son hechos sociales o físicos, aunque éstas están íntimamente relacionadas con aquellos. La esencia de las norma, -expresa Almoguera⁵⁶,- *está en la obligatoriedad que genera, en su capacidad modificadora de la conducta, y no en el hecho de la conducta misma*. En efecto, los hechos físicos, como el nacimiento o la muerte de una persona, pueden ser regulados por la norma, pero debe distinguirse muy claramente entre el hecho (materia o sustancia) y la norma (dispositivo que regula, ordena, faculta, permite o prohíbe en su caso), la realización de ese hecho. Lo mismo acontece con la enajenación o donación de un bien o con la agresión física a otra persona. Estos hechos son recogidos por las normas y encauzados adecuadamente, ya sea permitiéndolos, ordenándolos o prohibiéndolos, también, según el caso de que se trate.

⁵⁴ Kelsen, Hans.- Teoría de las Normas. Editorial Trillas. México, 1994. p. 19.

⁵⁵ Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1993. p. 4.

⁵⁶ Almoguera Carreres, Joaquín. Lecciones de Teoría del Derecho. Editorial Reus. Madrid, España, 1999. p. 41.

La historia –dice Bobbio⁵⁷-, puede ser imaginada como un gran torrente encauzado: El cauce está determinado por normas de conducta, religiosas, morales, jurídicas, sociales, que han contenido la corriente de las pasiones, de los intereses, de los instintos dentro de ciertos límites y que han permitido la formación de aquella sociedad estable con sus instituciones y ordenamientos que llamamos <<civilización>>.... Las normas jurídicas representan sólo una parte de la experiencia normativa.

LEY Y NORMA

Aunque en la práctica se confunden y hasta se utilizan como sinónimos los vocablos *ley* y *norma*, se hace necesario precisar que técnicamente dichos vocablos tienen una significación diferente.

Existen, de acuerdo con los tratadistas de la teoría del derecho, diferencias muy marcadas entre las características y contenidos de las leyes y de las normas. Siguiendo en este tema a Rojina Villegas⁵⁸, se encuentran importantes diferencias entre las leyes, como principios científicos y las normas, como mandamientos de conducta. Algunas de las diferencias más características son las siguientes:

1.- En las leyes de la naturaleza se encuentra la enumeración de principios científicos que tiene por objeto registrar uniformidades de fenómenos. Las normas por el contrario, se utilizan para enunciar reglas obligatorias de conducta esto es, formas de comportamiento humano.

Si se señala por ejemplo, que al nivel del mar, el agua hierve a 100 grados centígrados, se está expresando un fenómeno que *se da* invariable y uniformemente. En cambio, si se indica que los seres humanos deben practicar la bondad, se está enunciando una forma obligatoria de conducta que indica *cómo debe* actuar el ser humano.

2.- Las leyes naturales se *descubren* para regular relaciones *necesarias* es decir, situaciones que se dan en el mundo de la naturaleza, en tanto que las normas *se crean* para regular situaciones *contingentes* que surgen con motivo de hechos generados por la interrelación que surge entre las personas.

En el caso de las leyes de la naturaleza, los fenómenos (el calor, el frío, la lluvia, la sequía, los terremotos, las explosiones volcánicas) que se llegan a dar, originan investigaciones y sus resultados se enuncian y se exponen como *leyes* necesarias. En cambio, un homicidio, el pago de impuestos, la creación de una empresa, son situaciones que pueden darse o no, y por consiguiente, éstas son relaciones *contingentes*, puesto que su existencia depende de la conducta de las personas.

⁵⁷ Op. cit. p.17.

⁵⁸ Op. cit. pp. 81 a 86.

3.- Las leyes naturales no son susceptibles de violarse, en tanto que las normas, como no regulan lo que es, sino lo que debe ser, es posible que puedan ser objeto de violación.

La característica fundamental de una ley natural, es la de que, como es producto de una investigación empírica, la verdad contenida en ella *es evidente*, y por consecuencia, no se puede violar, hasta en tanto, las experiencias nuevas no arrojen un resultado diferente. Por ejemplo: La Ley de gravedad. Si algún día ésta ya no existiere en el planeta, la citada ley perdería en absoluto todo su valor. En cambio, el derecho a la vida, por ser una norma, es susceptible de violarse y sin embargo, no pierde su valor, sigue valiéndose aún para aquella persona que la infringió.

4.- Es posible que una ley de la naturaleza sea verdadera o falsa, en cambio, las normas como mandamientos de conducta pueden ser válidas o nulas.

Cuando un grupo de científicos afirmaba en la edad media con verdadera la ley de que la tierra era el centro del universo y permanecía fija en él, la citada ley era en ese momento *verdadera*, pero cuando otro grupo de científicos (Galileo el primero de ellos), afirmó y demostró que la tierra se movía alrededor del sol y que no era el centro del universo, la ley expuesta anteriormente resultó *falsa*, y hubo necesidad de corregir las ideas y explicaciones sobre todo este fenómeno natural. En cambio, en el pasado se llegó a considerar como legalmente *válida* la esclavitud. En cambio, actualmente se considera *nulo* todo contrato de trabajo por el cual la persona pacte la pérdida de su libertad.

5.- En la ley natural existe una relación evidente e inmediata entre causa y efecto, en tanto que en la norma la relación que se produce es entre un supuesto y una consecuencia.

Por ejemplo, si se quiere explicar porqué los rayos solares son dañosos para el ser humano cuando hay una exposición prolongada a ellos, tendrá necesariamente que elaborarse un proceso de *causa a efecto*. En cambio, si se pretende explicar porqué el arrendatario debe pagar el importe del arrendamiento, habrá necesidad de exponer un *supuesto jurídico* y derivar de él, las *consecuencias* que éste produce.

6.- Finalmente, la ley natural produce un efecto similar en cualquier parte del planeta en donde se produzca el fenómeno, cambio, la norma es diferente, tiene generalmente distintas formas de estructurarse el supuesto y de producir las consecuencias, de acuerdo con el lugar, la época y el medio en el cual se da la situación analizada o evaluada.

Por ejemplo: El fuego es un fenómeno natural que ha producido los mismos efectos en el pasado que en la actualidad y quema con la misma intensidad, lo mismo en México que en Kenya. En cambio, la norma ha evolucionado en sus contenidos a través

de la historia: La esclavitud se consideraba válida y legítima en Grecia y en Roma; también la norma es distinta en diversos lugares en este momento: En los países árabes se considera moralmente valiosa la conducta del musulmán que puede tener al mismo tiempo varias mujeres; en cambio, en México, como sucede en otros muchos países, esta norma de conducta es inadmisibles y reprochable.

La utilidad que presenta el estudio referente al establecimiento de las diferencias técnicas que existen entre los vocablos ley y norma, es la consistente en avanzar en el conocimiento y dominio de los mandamientos de conducta que integran el contenido fundamental de la ciencia del derecho. Aún cuando en la práctica se utilizan como sinónimos es decir, de manera indistinta estos dos conceptos, por virtud de que el derecho se apoderado de vocablo *ley* el cual, aunque se continúa utilizando en las ciencias naturales (*ley de gravedad* por ejemplo), sus significados y alcances son diferentes, como se ha estudiado en los párrafos anteriores.

DIVERSOS TIPOS DE NORMAS

La norma o para hablar con mayor propiedad: las normas como mandamientos de conducta que tienden a regular compartimientos entre los seres humanos no poseen un solo contenido es decir, las normas que regulan la conducta humana pueden presentar diferentes características, de acuerdo con la forma en que regulen dicha conducta, y así se puede hablar de normas morales, jurídicas, sociales, religiosas o técnicas, entre las más importantes. Entre estos diversos tipos de normas existen importantes semejanzas pero hay también, significativas diferencias por virtud de que regulan en distintos sentidos los diferentes campos de manifestación de la conducta humana.

Para hacer el estudio de las normas tomando en cuenta sus distintos caracteres, se debe partir de varios supuestos:

Primero.- Partiendo de los derechos y obligaciones susceptibles de generarse entre las personas, las normas pueden ser *unilaterales o bilaterales*. Cuando la obligación se da a cargo de una persona y frente a ella, no hay otra que figure como titular del derecho correlativo, ésta será unilateral. En cambio, cuando frente a la persona obligada hay otra como titular de un derecho, dicha norma será bilateral.

Segundo.- Tomando en cuenta el ámbito o espacio de la conducta que regula, las normas pueden ser *internas o externas*. Cuando sólo regula la conducta interior de la persona, desentendiéndose de la forma externa de manifestarse ésta, la norma tendrá el carácter de interna. En cambio, la norma será externa cuando precisamente, el contenido conductual sujeto a ella es precisamente el exterior, sin tomar en cuenta el contenido interior.

Tercero.- Considerando la exigibilidad o no exigibilidad de las normas, ésta pueden ser *coercibles o incoercibles*. Cuando el cumplimiento de la obligación impuesta por la norma puede ser exigido tanto por el titular del derecho como un poder ajeno a las partes, la norma será coercible, y tendrá el carácter de incoercible, cuando el sujeto obligado no puede ser compelido por nadie para que cumpla con su deber.

Cuarto.- Atendiendo a la procedencia de las normas es decir, a los elementos de su imposición, las normas pueden ser *autónomas o heterónomas*. Las primeras son aquellas normas que la persona considera como observables y se las impone a sí misma, tomándolas del enorme catálogo de mandamientos de conducta existentes. En cambio, las normas heterónomas son aquellas que le son impuestas a la persona por alguien externo, con el poder suficiente para hacerlo, y la persona debe cumplir con ellas, independientemente de que las juzgue buenas o malas, justas o injustas.

NORMAS JURÍDICAS, MORALES, DEL TRATO SOCIAL Y RELIGIOSAS

Existen cuatro tipos de normas o mandamientos de conducta que fundamentalmente regulan la conducta de las personas, las cuales presentan las características antes enunciadas en un extremo o en el otro, dependiendo de la procedencia y contenido mismo de la norma. Las citadas normas son:

Las *normas morales* cuyo origen fundamental se ubica en la ciencia filosófica llamada *ética* la cual, se encarga de estudiar las actuaciones de las personas en torno a la bondad o maldad de sus conductas.

Las *normas jurídicas*, que en su dimensión sociológica, emanan de las formas de vida adoptadas por las miembros de la sociedad, y en su dimensión valorativa, encuentran su fundamento en la ética, como ciencia filosófica cuyo valor supremo es el *bien*, que en este caso se denomina específicamente: *justicia*.

Las normas del *trato social*, llamadas también *normas de etiqueta o convencionalismos* las que, al igual que las normas jurídicas, encuentran su origen en las costumbres de las personas manifestadas dentro del grupo social y a la vez, tienen cierto apoyo o fundamento en las normas morales, puesto que estos *convencionalismos* procuran la realización del bien (entendido aquí como forma de armonía e interdependencia social), realizado a través de una práctica colectiva.

Entre estos tres grupos de normas existe una gran relación y numerosos vínculos de identificación. Así, la *ética* como ciencia filosófica que estudia el bien como valor supremo, constituye el origen común de la moral y del derecho, que en este caso son normas muy relacionadas entre sí porque en ambas áreas el *bien* es el valor supremo al que aspira la aplicación de esas normas, con la única diferencia que en el campo del derecho, es bien se denomina particularmente: *justicia*. Recuérdese en este caso, que al estudiar las tres dimensiones en que se puede ubicar la ciencia del derecho, existe una *dimensión valorativa* y en ella, se toma en cuenta precisamente el objetivo de la *justicia* como máxima aspiración en la realización plena de las normas jurídicas.

Entre las normas jurídicas y las normas del trato social, convencionalismos o normas de etiqueta. Existe también una importante vinculación. En el estudio que se efectuó sobre la dimensión sociológica del derecho se indicó que éste se encuentra formado precisamente con base en las conductas que las personas manifiestan dentro del grupo social. De la misma manera, los convencionalismos tienen también como fundamento las formas de conducta que los individuos manifiestan dentro del grupo social. La única diferencia que existe entre unas normas y otras, estriba en que en tanto que las normas jurídicas son impuestas por un Poder, el cual pretende que sus mandamientos sean de observancia obligatoria y coactiva las otras, los convencionalismos sociales son normas

impuestas por el grupo social el cual carece de poder o fuerza para imponer sus dictados.

De la misma manera, entre los convencionalismos y las normas morales existen importantes vínculos. Los convencionalismos tratan en numerosos casos, de preservar el triunfo, la victoria del bien sobre el mal social. Es así como la moral constituye en muchas situaciones, un instrumento de actuación y práctica de formas adecuadas de conducta (moral social, moral pública), en las relaciones estrictamente sociales entre los individuos

Finalmente, las normas religiosas como mandamientos de conducta, presentan una característica *dual* es decir, en cuanto a los mandamientos de la divinidad, éstos tienen las mismas características de las normas morales, con la característica de que en ellas el logro del bien recibe específicamente el nombre de *santidad*. En cuanto a las normas dictadas por las personas que dirigen el credo religioso, éstas se identifican con las normas jurídicas concretamente, en cuanto a su dimensión sociológica, puesto que las iglesias pretenden darle eficacia a sus ordenamientos o mandamientos de conducta. En el cuadro anexo se pueden identificar adecuadamente las características de cada uno de los diferentes tipos de normas, que han sido brevemente estudiadas en las páginas anteriores.

Normas morales	Normas jurídicas	Normas del trato social	Normas religiosas
Unilaterales	Bilaterales	Unilaterales	Unilaterales-Bilaterales
Internas	Externas	Externas	Internas-externas
Incoercibles	Coercibles	Incoercibles	Coercibles-incoercibles
Autónomas	Heterónomas	Heterónomas	Autónomas-heterónomas

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURIDICAS

Debido a que los hechos que se manifiestan dentro del grupo social son muy complejos y numerosos, las normas jurídicas, reguladoras de la conducta humana presentan diferentes contenidos y fórmulas. En efecto, una persona puede, actuando dentro del grupo social, participar en un número infinito de hechos, y tal circunstancia trae indefectiblemente como resultado, la necesidad de que existan numerosas normas jurídicas, tendientes a la regulación de esos hechos o situaciones. En la medida que es más numeroso es el grupo social, sus relaciones se vuelven más complejas, y esto trae como resultado que las normas reguladoras jurídicas reguladoras de esas relaciones, sean también más numerosas y complejas. Por tales razones, para estudiar, entender y aplicar las normas jurídicas, surge la necesidad de hacer una clasificación de ellas, tomando en cuenta diversas características, propiedades, espacios de aplicación o finalidades de dichas normas. A continuación se hará mención de las clasificaciones más importantes y usuales, que se hacen, tanto en la teoría como en la práctica, de dichas normas jurídicas.

1.- Clasificación de las normas atendiendo al sistema al que pertenecen. En este grupo se clasifican en; Normas jurídicas nacionales, extranjeras y normas armonizadas o internacionales.

Las primeras (*normas jurídicas nacionales*), son aquellas que se expiden para regular los hechos y situaciones que se dan en el espacio geográfico perteneciente a un Estado o país determinado.

Así por ejemplo, si se hace referencia a las normas jurídicas argentinas, mexicanas o estadounidenses, se estará haciendo alusión a *ordenamientos jurídicos nacionales* de cada uno de estos países.

Las *normas jurídicas extranjeras* por su parte, son aquellas que, en una comparación entre un sistema nacional y otro, pretenden aplicarse a situaciones concretas en el primero de ellos.

Por ejemplo, si en relación con un contrato de compraventa de mercancías entre una persona residente en México y otra residente en España, las partes acordaron que en caso de conflicto, para todo lo relacionado con el contrato, se aplicaría el derecho español, no obstante que el comprador de dichas mercancías reside en México. En este caso, y en relación con el país mexicano, el derecho español recibe la denominación de *derecho extranjero*.

Las normas jurídicas pertenecientes a un *sistema armonizado*, son aquellas que tienen aplicación indistinta en diversos países, cuando éstos por medio de un tratado, pacto o convenio, así lo han acordado.

En el caso del Tratado de Libre Comercio (TLCAN) celebrado entre Estados Unidos de América, Canadá y México, se acordó entre los gobiernos de los tres países, que las cláusulas (normas jurídicas) de este tratado, serían aplicables a los tres Estados que forman parte del mismo.

En torno a esta clasificación de las normas, se puede afirmar que de todos los sistemas armonizados que actualmente existen en el mundo, el correspondiente a las naciones que integran la llamada Unión Europea (UE), es este el sistema más importante de todos.

En el mismo orden de ideas, puede afirmarse también que las resoluciones de organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cada día adquieren más fuerza jurídica y se imponen a todas las naciones miembros de la organización. Como ejemplo de un grupo de normas pertenecientes al sistema armonizado y que emanan de una resolución de un organismo internacional, se puede citar a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

2.- Clasificación de las normas tomando en cuenta la forma de integrarse y manifestarse ante las personas. En este caso éstas se clasifican en *normas de derecho escrito* y *normas de derecho no escrito*. Las primeras son aquellas que desde el momento en que se expiden, constan en un documento que es aprobado, promulgado y publicado por los órganos gubernamentales competentes. En cambio, las normas de *derecho no escrito*, son aquellas que no constan en documentos que siguieron el proceso anteriormente descrito, sino que dichas normas jurídicas se van integrando por el transcurso del tiempo y con la participación de las formas conductuales de los gobernados, complementadas con las resoluciones emanadas de los tribunales en los cuales, los juicios son de carácter oral. Estas normas constan en la conciencia y formas de vida de cada uno de los gobernantes y de los gobernados.

Al primer grupo, es decir al de las normas de derecho escrito, pertenecen casi todos los sistemas jurídicos de los diferentes países. En cambio, se encuentran todavía elementos muy fuertes, para decir que Inglaterra es el país tipo, en donde su sistema jurídico se caracteriza por ser *no escrito*, aunque su vinculación a la UE, ha originado que este modelo empiece a abandonarse para ubicarse lenta, pero inexorablemente, en el sistema de *derecho escrito*.

3.- Clasificación de las normas jurídicas por el ámbito o espacio geográfico en donde se aplican (ámbito espacial de validez). Las normas se dividen en *nacionales* y *locales*. Las primeras son aquellas que tiene aplicación en todo el territorio del país de que se trate. En cambio, las *normas jurídicas locales*, son aquellas que sólo tiene aplicación en determinado espacio geográfico de ese territorio.

En México, son *normas jurídicas nacionales*, las contenidas por ejemplo, en el Código de Comercio el cual, tiene aplicación en todo el territorio de la República. En cambio, el Código Civil del Distrito Federal, el de Jalisco o el de Nuevo León, son ordenamientos jurídicos *locales*, porque se expiden para regular las situaciones que se den dentro del correspondiente territorio de estas entidades políticas.

4.- Clasificación de las normas jurídicas tonado en cuenta el tiempo que permanecen en vigor (ámbito temporal de validez). Dentro de este rubro se toma en cuenta el lapso que transcurre desde el inicio de vigencia de una norma, hasta que ésta deja de estarlo. En esta clasificación las normas se dividen en: *Normas jurídicas de vigencia indefinida* y *normas de vigencia determinada*.

Las primeras son aquellas que tiene validez desde el momento en que se expiden y dejan de valer cuando el estado las sustituye por otras. Es imposible predecir por anticipado el tiempo que esas normas permanezcan valiendo y aplicándose, por ello se denominan: *de vigencia indefinida*.

Por ejemplo: el Código Fiscal de la Federación contiene un cuerpo de normas jurídicas de vigencia indefinida.

Las normas de *vigencia determinada* son aquellas que se expiden para regir por un tiempo previamente señalado.

Por ejemplo, en México la Ley de Ingresos de la Federación y el Presupuesto de Egresos, son ordenamientos jurídicos de vigencia determinada, puesto que la misma se extiende exclusivamente al lapso de un año. Transcurrido este período, esas leyes pierden su vigencia y son sustituidas por otras de igual denominación y jerarquía.

5.- Clasificación de las normas jurídicas por el área jurídica a la que pertenecen (ámbito material de validez). Para agrupar las normas de acuerdo con este criterio de clasificación, se toma en cuenta el carácter de las relaciones que se generan entre los sujetos y el papel que desempeñan éstos en sus relaciones entre sí. En consecuencia, desde este punto de vista, las normas se clasifican en: *Normas de derecho público, de derecho social y de derecho privado.*

Las normas jurídicas de *derecho público* regulan generalmente situaciones en las que ambos, o al menos uno de los sujetos de la relación jurídica es un órgano del estado; en esas situaciones, cuando uno de los sujetos es un particular, el órgano gubernamental que es la contraparte, se encuentra colocado en un plano de superioridad (en este caso se generan relaciones de supra a subordinación), es decir, el órgano gubernamental está mandando y el particular está obedeciendo; además, si las relaciones que se generan corresponden a las atribuciones propias del estado, indudablemente las normas que regulen esa relación, pertenecerán al *derecho público*.

Un claro ejemplo de normas pertenecientes al *derecho público*, se encuentra en la Ley del Impuesto sobre la Renta. Este ordenamiento contiene una serie de normas jurídicas que establecen la obligación que tienen todas las personas de pagar este impuesto, y el derecho que tiene el estado de percibirlo y en su caso, cobrarlo.

Las normas jurídicas de *derecho social* son aquellas que regulan relaciones entre particulares, pero en las cuales participan órganos del Estado con el fin armonizar y en ocasiones, conducir, coordinar o regular dichas relaciones. Desde luego, el estado no es frecuentemente parte en esa relación jurídica, puesto que son individuos pertenecientes al sector privado (particulares) o al sector social (sindicatos, asociaciones patronales, ejidos, comunidades u otros tipos de organizaciones sociales), quienes son parte fundamental de la relación jurídica pero en la cual, los órganos gubernamentales se ven precisados a *intervenir* para participar a veces, en forma activa en dicha relación, sustituyendo al particular o a la organización fiscal, a fin de hacer eficaz el resultado de dicha relación jurídica.

Por ejemplo, los ordenamientos contenidos en la Ley Federal del Trabajo, son normas con las cuales se regulan fundamentalmente relaciones entre los patrones y los trabajadores, pero por ser el trabajo un elemento fundamental para el fortalecimiento del

Estado en su conjunto y desde luego, de la sociedad, el Poder Público, de acuerdo con sus atribuciones legales, participa en la conducción y regulación de esas relaciones.

Las normas jurídicas de *derecho privado* existen para regular las relaciones que surgen entre las personas, en su carácter de sujetos particulares, ya sean aquellas de contenido personal, familiar, patrimonial y económico en general.

Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal es un caso típico de un ordenamiento legal que contiene normas de derecho privado como el matrimonio, el parentesco, la herencia o los contratos de compraventa o arrendamiento, entre otros.

6.- Clasificación de las normas por la naturaleza de relaciones que generan entre las personas (ámbito material de validez). De acuerdo con este criterio, las normas jurídicas se clasifican en *genéricas* y *específicas*.

Las *normas jurídicas genéricas* son aquellas que se aplican a las personas en general, sin distinguir una situación en particular y sin excepcionar a ninguna persona perteneciente al grupo social que se ubica en el espacio geográfico y en el tiempo en que esté en vigor la norma. Por ejemplo, las normas del derecho civil que se refieren al registro de las personas (nacimientos, matrimonios, divorcios o defunciones). En estos casos, estas normas no hacen referencia a una persona o un grupo de personas en particular, sino que se aplican de manera general a todas, independientemente de sus características propias o particulares o de las situaciones en que éstas se ubiquen.

Un caso de *norma genérica* se encuentra por ejemplo, en la parte del Código civil que se refiere a la firma de entrar en vigor un ordenamiento legal (artículos 3° y 4°). Estas normas contienen preceptos de carácter general y aplicable a cualquier tipo de ordenamiento jurídico que se expida.

Las *normas específicas* por el contrario, no se aplican a la generalidad de los casos o de las personas, sino exclusivamente a aquellos que se colocan en los supuestos previstos por la norma.

Por ejemplo: las normas contenidas en los preceptos del Código Civil referidas a la compraventa. En este caso esas normas tienen el carácter de *específicas* porque sólo se aplican a las personas que se ubican como compradores o vendedores en una relación jurídica de esta naturaleza.

7.- Clasificación de las normas jurídicas por su jerarquía. En esta clasificación se toma en cuenta la importancia de la norma y el lugar que ocupa en la preferencia de su aplicación y cumplimiento. Así se tiene que las normas jurídicas se agrupan de la siguiente manera:

a) *Normas constitucionales*. Son aquellas que se encuentran insertas en el documento jurídico-político básico de un Estado, al cual se le llama: Constitución. Estas normas se deben observar y cumplir con preferencia y por *encima* de las demás normas jurídicas. Se existiera contradicción en lo dispuesto por una norma constitucional y otra de jerarquía inferior, se aplicará preferentemente la norma constitucional. Por tales razones, al texto político denominado Constitución, se le llama También Carta Magna o Ley Suprema, porque en contra de ella no puede prevalecer ninguna otra norma jurídica.

Por ejemplo: Si en un caso hipotético se expidiera una norma que prohibiera en forma absoluta la venta de bebidas alcohólicas, esa norma sería inconstitucional, por virtud de que estaría en contra de la libertad de trabajo, protegida por el artículo 5º de la Constitución Federal.

b) *Tratados internacionales*. Por la importancia que tiene las relaciones jurídicas surgidas entre un Estado soberano y otro o con los organismos internacionales, las normas que se deriven de esas relaciones y se encuentren contenidas en un tratado internacional, se aplican preferentemente a las normas legales ordinarias que existan en el Estado, en caso de conflicto, con excepción de las normas constitucionales que se repite, son fundamentales y no admiten la sustitución de ellas por otras de menor jerarquía, incluidas desde luego, las normas derivadas de un tratado internacional.

Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se establece que en caso de que uno de los Estados parte dicte una expropiación de bienes de nacionales de alguno de los Estados que suscribieron dicho tratado, el Estado que dicte la expropiación deberá cubrir la indemnización a valor comercial y al mismo tiempo de efectuada, independientemente de los que al respecto señale la legislación nacional de ese país.

Esta obligatoriedad de los tratados internacionales emana a su vez, de un tratado internacional denominado: *Sobre la Celebración de Tratados*, suscrito en la Convención de Viena, en donde se señala para todos los Estados firmantes de la citada Convención, el deber consistente en dar preferencia al contenido de un tratado internacional, por encima de su legislación nacional, con la única excepción referida a las normas constitucionales, en cuyo caso, es preferente la citada norma constitucional, por tener carácter fundamental o esencial.

c) *Normas orgánicas y reglamentarias de la Constitución*. Estas normas, por derivar directa e inmediatamente del texto constitucional, son los ordenamientos jurídicos ubicados en tercer lugar de la jerarquía legal.

Reciben el nombre de *normas o leyes orgánicas*, aquellos ordenamientos que se encargan de regular la vida jurídica de una estructura de gobierno creada por el texto Constitucional. En cambio, se denominan *normas o leyes reglamentarias*, las que tiene por objeto desarrollar un tema expuesto por el texto constitucional de manera sólo fundamental.

Por ejemplo, son *leyes orgánicas*: La Ley Orgánica del Congreso de la Unión; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal o la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En estos casos, la Constitución crea (constituye) a estos Poderes, y corresponde a leyes secundarias (orgánicas) de la Carta Magna, establecer las normas que darán forma y funcionamiento a la estructura de cada uno de estos Poderes.

En el mismo orden de ideas: Son por ejemplo, *leyes reglamentarias*: La Ley Federal de Educación, la Ley General de Profesiones o la Ley Agraria, que se encargan de reglamentar respectivamente, los artículos 3º, 5º y 27 de la Constitución Federal⁵⁹.

d) *Normas ordinarias*.- Son aquellas que existen para satisfacer las necesidades de subsistencia, familiares, patrimoniales y económicas en general, así como las derivadas de las relaciones tanto públicas como privadas de los órganos gubernamentales y de las personas, en todas las actividades derivadas de la convivencia en las que sea necesario o conveniente contar con ordenamientos jurídicos reguladores de esas situaciones.

Así por ejemplo, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley de Concursos Mercantiles o la Ley de Correduría Pública, son *normas jurídicas ordinarias* que se crean para regular determinadas relaciones de manera específica, que surgen de las actividades y relaciones diarias entre las personas o entre estas y los órganos públicos.

8.- Clasificación de las normas jurídicas tomando en cuenta las características de su contenido. Dentro de este grupo, las normas se clasifican en prohibitivas, imperativas y permisivas o facultativas. Son normas prohibitivas, aquellas que como su nombre mismo lo indican, le dictan a las el deber de abstenerse en la práctica de ciertas formas de conducta. Las imperativas por su parte, son las que le imponen a la persona la obligación de realizar cierta forma de conducta y finalmente, las normas permisivas o facultativas son aquellas que le autorizan, facultan o permiten que las personas puedan a su arbitrio, realizar o no realizar, ciertas formas de conducta.

Por ejemplo, un catálogo de *normas prohibitivas* muy importante, es el contenido en un código penal en el cual, se impide que las personas realicen ciertas conductas consideradas como delitos, ya que en caso de romper la prohibición y realizar la conducta prohibida, se le impondrán al infractor la pena o las penas establecidas en la norma para cada una de las violaciones cometidas.

Un ejemplo de norma imperativa, es una ley que obligue a una persona al pago de un impuesto. En este caso, obligatoriamente esa persona deberá realizar un hecho o una prestación a favor del fisco. Finalmente, un ejemplo de una norma permisiva o facultativa, es la contenida en el Código Civil, en donde se establece la institución del matrimonio como una forma de contraer un vínculo jurídico, y que para todas las personas, es potestativo contraer matrimonio o no. Este no es un requisito jurídico obligatorio para que un hombre y una mujer puedan llevar a cabo una relación jurídica de pareja en la vida social.

⁵⁹ Sobre el tema de las leyes orgánicas y reglamentarias, véase a: Acosta Romero, Miguel.- Derecho Administrativo Especial.- Editorial Porrúa. México, 1998, pp. 24 y 25. En su obra efectúa un breve, pero brillante estudio de esta clasificación de las leyes.

9.- Clasificación de las normas tomando en cuenta la actividad reguladora. Aquí las normas jurídicas se clasifican en *sustantivas y adjetivas*. Las primeras son aquellas que como su nombre lo indica, regulan la sustancia, la parte fundamental de una relación jurídica. En cambio, las *normas adjetivas* se encargan de regular la forma o el procedimiento que se deba seguir para llegar a hacer factible la realización de ciertos derechos u obligaciones derivados de la norma sustantiva.

Así por ejemplo: Las normas contenidas en el Código Civil, que establecen las causales de divorcio entre los cónyuges, son *normas sustantivas*. En cambio, las normas que establecen el procedimiento o la forma de cómo pueden los cónyuges tramitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial, contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, son normas llamadas *adjetivas*.

10.- Clasificación de las normas tomando en cuenta los órganos públicos que las crean. Aquí las normas se clasifican en normas constitucionales, de derecho internacional, legislativas, administrativas, y jurisprudenciales.

Son *normas constitucionales* aquellas que además de ser leyes superiores en un Estado, el procedimiento de creación es especial, ya que sólo pueden ser expedidas por un Congreso especial denominado *Constituyente*. Las *normas de derecho internacional* son aquellas que emanadas de tratados o bien, de organismos internacionales, someten a un Estado a su cumplimiento y observancia. Las *normas legislativas* son aquellas que dentro del marco de su competencia, son expedidas por un órgano público denominado: Poder Legislativo o Congreso. Las *normas administrativas* se caracterizan por ser creadas por órganos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo del Estado y finalmente, las *normas jurídicas jurisprudenciales*, son aquellas que son creadas por los tribunales jurisdiccionales, al emitir sus resoluciones, cuando se hayan interpuesto y tramitado juicios o controversias entre las personas que conforme a derecho, acudieron a esos tribunales.

Por ejemplo: El derecho o garantía de libertad, está contenida en diferentes preceptos de la Constitución. Es una *norma constitucional*, creada por un Congreso Constituyente y no puede ser cambiada o modificada por nadie, excepto por ese mismo Congreso. Los compromisos u obligaciones provenientes del TLCAN o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son *normas de derecho internacional*, por virtud de que en su creación intervienen otros Estados soberanos o bien, algún organismo internacional. La Ley Federal de Protección al Consumidor, contiene una serie de *normas legislativas*, puesto que este ordenamiento fue creado por un Congreso o Poder Legislativo. Finalmente, Una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, contiene en su texto, mandamientos de conducta observables por las partes que en ella intervinieron, erigiéndose en una *norma jurídica de carácter jurisprudencial*.

11.- Clasificación de las normas jurídicas, considerando la vida independiente o dependiente de dichas normas. En este grupo se incluyen a las *normas jurídicas principales*, a las *normas accesorias o secundarias* y a las *normas transitorias* Las

primeras son aquellas que poseen vida jurídica propia e independiente es decir, valen y son aplicables ante la sola presencia de ellas, en un caso determinado. En cambio, las *normas accesorias o secundarias*, requieren necesariamente de la presencia de los efectos producidos por las *normas principales*, para que aquellas puedan llegar a producir las consecuencias respectivas. Por su parte, las *normas transitorias* son las que se insertan al final de cada ordenamiento jurídico al momento de expedirse, y en ellas se indican aspectos importantes para la vigencia y aplicación de ese ordenamiento, tales como: a) la fecha en que entrará en vigor; b) los ordenamientos jurídicos y en su caso, las normas que se abrogan o derogan; c) las situaciones que se enlazan entre la norma jurídica nueva y la que se está abrogando o derogando, así como algunas otras situaciones especiales que el legislador considere importantes para la *transición* (de ahí su nombre) jurídica entre una norma (la abrogada o derogada) y la otra (la que se pondrá en vigor).

Por ejemplo, son *normas jurídicas principales*, las que regulan el contrato de compraventa en el Código Civil. Estas disposiciones contienen una serie de normas jurídicas que se aplican de manera independiente a cualquier otro ordenamiento legal. En cambio, las normas que regulan el contrato de fianza, tienen carácter *accesorio o secundario*, puesto que la vida jurídica de este contrato *depende* de la existencia de obligaciones anteriores contenidas en *normas jurídicas principales*. Si estas obligaciones no existen o se han extinguido, las normas en que se apoya la fianza, tampoco existirán o bien, se extinguirán con la obligación principal, puesto que no pueden tener vida independiente.

Un ejemplo de *normas transitorias*, se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este documento existen DIEZ Y SIETE artículos *transitorios*, que regulan la fecha de entrada en vigor del mismo, así como situaciones ocurridas con anterioridad a la vigencia de este importante documento político y la forma en que quedaron bajo la vigencia de las nuevas normas.

12.- Clasificación de las normas tomando en cuenta la ausencia o la participación de la voluntad de las personas para la aplicación de ellas. En este grupo se incluyen dos especies de normas jurídicas: *Las taxativas y las dispositivas*. Las primeras son normas jurídicas en las que es suficiente la voluntad del Estado para que esas normas sean de aplicación obligatoria es decir, no cuenta aquí la voluntad de las personas para cumplir o no con esas normas. Basta la existencia de ellas para que éstas deban cumplirse y obedecerse. En cambio, son normas dispositivas, aquellas en las que la norma existe, está presente, pero la aplicación de ella, depende de la voluntad del particular para que la misma pueda tener aplicación es decir, queda a voluntad del particular apoyarse o no en la norma jurídica para sustentar en ella su actividad o bien, dejar de utilizarla, valiéndose de otros medios o formas de actuación.

Ejemplos de estos dos tipos de normas, se encuentran en el Código Civil en materia de la compraventa. En las normas jurídicas que la regulan existen unas, que son ciertamente *taxativas*, como la que define los requisitos y las características de la compraventa, las que necesariamente deben cumplirse para que exista el contrato. En cambio, las normas que señalan el lugar de entrega de la cosa vendida o la fecha de entrega, tienen carácter de *normas dispositivas*, por virtud de que las partes tienen la

libertad de convenir el lugar o la fecha de entrega de la cosa vendida, y sólo en el caso de que no hubieren acordado nada al respecto, se aplicará la norma legal (dispositiva).

13.- Otras clasificaciones. Algunos autores insertan otros grupos clasificatorios para las normas jurídicas, pero por considerarse poco relevantes, repetitivos de los ya expresados o por parecer no afortunada esa clasificación, no se insertan en este estudio. Por ejemplo, García Maynez⁸ efectúa una clasificación de las normas jurídicas atendiendo al tipo de sanción que se aplique a su incumplimiento. Tomando en cuenta es elemento, el autor clasifica a las normas en: *perfectas*, *pluscuamperfectas*, *minuscuamperfectas e imperfectas*. En primer lugar, la denominación elegida no parece afortunada, ya que se utilizan conceptos de tipo gramatical para hacer una clasificación de carácter jurídico. En segundo lugar, es discutible que existan normas jurídicas *perfectas*. La *perfección* es un atributo divino que no está al alcance de los humanos, y por consiguiente el derecho, o para expresarse con mayor propiedad, las normas jurídicas concebidas, creadas y expedidas por los hombres, carecen indudablemente de esta perfección.

En segundo lugar, no parece afortunado hacer una clasificación de las normas jurídicas tomando en cuenta la sanción que en su caso se aplique por la violación de ellas, por virtud de que la citada sanción constituye un supuesto jurídico ajeno a la norma (si A es, debe ser B) y por lo tanto, la sanción jurídica es una relación de derecho posterior a la presencia de la norma, que genera *otros* derechos y obligaciones (Si B no es, debe ser C). Es decir, la sanción no es una característica esencial de la norma jurídica, sino que es un elemento ajeno a ella, creador desde luego, de una nueva relación jurídica y por consiguiente, no puede servir de base para hacer una clasificación de las antes expresadas normas. En esta nueva relación jurídica, que es otro acto de voluntad o en su caso otras circunstancias o situaciones las que originan el surgimiento de la violación y desde luego, la aparición de su consecuencia que es la sanción. De ello se hará en su oportunidad, un estudio de la sanción jurídica, en donde además se efectuará una clasificación de las diferentes clases de sanciones.

⁸ Op. cit. pp. 89 a 91.

panacea para la solución de los infinitos problemas que enfrentan los individuos en sus disputas.

Sobre la *mediación* como instrumento nacional o local de solución de controversias en el derecho doméstico, existen numerosas voces (¿una moda?) que proclaman sus bondades y excelencias, pero también existen opiniones que insisten en que el tema se estudie con cuidado y detenimiento, para no caer en situaciones no deseadas o crear falsas expectativas en la anhelada solución en los conflictos de derecho. Se considera por estos estudiosos del derecho, que la *mediación* y el *arbitraje* en una buena medida, pueden venir a sustituir a los juzgadores en una controversia de intereses, y por consecuencia, se debe tener mucho cuidado en la institucionalización autónoma y con cierta prioridad, de estos instrumentos auxiliares dentro del derecho interno.

Algunos expertos en derecho afirman que *la mediación* es un instrumento *nuevo* y excelente que viene a solucionar el problema consistente en largos y costosos juicios entre las partes en conflicto, cuyos procedimientos generan constantes fricciones y enemistad final entre las personas con intereses y pretensiones encontradas. Ya que una parte termina victoriosa, frente a la otra, que culmina siendo derrotada. La parte perdedora generalmente culmina, al término del litigio, -señalan los panegiristas de la *mediación*-, con un amargo sabor de derrota, y muchas veces con la convicción de que los jueces *se vendieron* o fueron incompetentes para conocer la razón de sus acciones y pretensiones.

Afirman los partidarios de este instrumento alternativo de solución de controversias, que la *mediación* es una importante alternativa para descongestionar la sobrecarga de expedientes de juicios que actualmente existen en las diversas oficinas e instancias judiciales. Indican que esto constituye una medida indispensable y *exitosa*, para resolver de manera definitiva este tipo de problemas.

También afirman los defensores de este medio alternativo, que la ciudadanía desde hace ya mucho tiempo ha venido exigiendo la creación legal de otras instituciones auxiliares como lo sería ahora un ***Centro de Mediación***, para la solución de sus problemas. Indican que si bien esta instancia no es obligatoria, si será lo suficientemente bondadosa para que las personas se acerquen a ella y en forma por demás amigable resuelvan, con el apoyo de especialistas, sus problemas y diferencias.

Piensen los expertos defensores de la existencia de este instrumento (la *mediación*), que la existencia de una ley que instituyera los órganos encargados de ejercerla y el procedimiento de aplicación de la solución encontrada por las partes, equivaldría a contar con un mejor instrumento de convivencia y resolución de conflictos. Afirman que los *mediadores* -expertos en la materia de que se trate-, no tendrán el carácter de autoridad, sino de simples recomendadores de una solución, que las partes en conflicto podrían libremente aceptar o no. Tampoco la *mediación* sería una instancia de obligatoria utilización previa al juicio, sino exclusivamente voluntaria, y de ahí emanan todas las bondades que sobre ella puedan expresarse, y desde luego, que la mediación será aplicable sólo a los asuntos o negocios jurídicos susceptibles de negociarse y desde luego, que no afecten intereses de terceras personas.

Los mediadores, expresan los expositores de este medio de solución de conflictos, deben ser personas altamente capacitadas y certificadas por una institución que avale sus conocimientos y aptitudes.

En torno a la *mediación*, otros expertos opinan en contra, afirmando que este instrumento de solución de controversias no es nuevo en el derecho común. Que en todos los códigos civiles existe la figura de **la transacción**, como un convenio mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia presente o previenen una futura, y que por lo tanto descubrir ahora la mediación como una fórmula mágica, parece una posición un poco exagerada en sus alcances y resultados.

Algunos juristas afirman que esta institución (*la mediación*), ya existe en la Ley Federal de Protección al Consumidor la cual, en sus artículos 111 a 116 introduce con el nombre de **Conciliación**, la figura de la *mediación*, para la solución de problemas entre empresarios y consumidores. En la ley Federal del Trabajo existe para los juicios laborales, una fase de *mediación* (período paraprocesal) que se denomina precisamente: **Conciliación**. En esta etapa los funcionarios de la Junta en su papel de *mediadores*, invitan a las partes a que arreglen sus diferencias sin necesidad de entrar en litigio. Si las partes negocian y se avienen, se levanta un acta en la que se da por terminado el procedimiento ante la Junta respectiva, desempeñando el acuerdo o convenio logrado, el papel de cosa juzgada, es decir, es equivalente a una sentencia o laudo (artículo 600-I, 686, 875 y 876 de la Ley Federal del Trabajo).

De la misma manera, existen diversos organismos nacionales que realizan funciones de **mediación** en la solución de controversias, como lo son: la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Comisión Nacional de Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), entre los más importantes. De la misma manera se tiene que, en el caso de una demanda de divorcio voluntario, los cónyuges que estén tramitando dicha demanda, tienen la obligación de asistir a unas juntas llamadas de *avenencia*, en las cuales, la autoridad ante la que se esté tramitando la disolución del vínculo matrimonial, trata avenirlos, de conciliarlos, desempeñando un claro papel de **mediador** entre los citados cónyuges. Existen desde luego, algunos casos más en los que evidentemente existe la mediación como forma de solución de controversias. Pregunta: ¿Una ley sobre esta materia va a aglutinar todos estos y otros casos semejantes, y consecuentemente, se van a derogar los capítulos de estos ordenamientos jurídicos que contienen formas de **mediación** para la solución de conflictos? Valdría la pena trabajar en la investigación de este importante tema.

Los expertos también afirman que para la solución de controversias no son necesarios más organismos burocráticos, sino que es urgente y necesario, el diseño de mejores ordenamientos jurídicos, que no propicien oscuridad y dificultad para interpretar sus disposiciones; mejores jueces, tribunales más adecuados que den oportuno cumplimiento a la justicia **pronta y expedita** mencionada por la garantía de seguridad jurídica del artículo 17 constitucional. Afirman estos profesionales del derecho, que no se deben remediar nuestros males con otros mayores, como son más unidades burocráticas cuya creación se pretende.

Otros profesionales, sobre todo los dedicados al estudio del derecho mercantil, señalan que el vocablo **mediación** es multívoco y puede conducir a error, puesto que también en

la práctica jurídica existe la *mediación* como un contrato atípico, y el mismo vocablo puede llegar a crear confusiones entre él y los términos: *intermediación*, *corretaje* y *comisión*, todos ellos como formas de participación de terceros en negocios jurídicos.

Algunos abogados más, opinan que es un asunto más delicado de lo que se piensa, - como lo pretende una iniciativa legal en el Estado de Nuevo León-, crear un *Centro Estatal de Mediación*, y adscribirlo al Poder Judicial del Estado. Las razones que invocan para criticar esta adscripción presentan un carácter doble: Por una parte, si se trata de un instrumento *extrajudicial* de solución de controversias, no debe quedar inserta dentro del Poder Judicial por razones obvias . Por otra parte, ubicar dentro de los sistemas burocráticos a un medio alternativo de solución de controversias, resulta poco afortunado para el proyecto, puesto que tal decisión acarrearía explicables tardanzas en los procedimientos y en la emisión de soluciones. Opinan los expertos que este Centro (o centros) de Mediación, debieran quedar ubicados dentro del sector social de la población (Cámaras de comercio e industria), las cuales, podrían manejar con mejores resultados estos procedimientos alternos de solución de controversias.

También se opina al respecto que en alguna ocasiones no sería aconsejable para los particulares este instrumento alternativo de solución de controversias, porque las partes pueden comprometer la confidencialidad de secretos industriales, patentes u otros instrumentos protectores de sus derechos, así como pruebas que en caso de un litigio, pudieran ser definitivas para inclinar el criterio jurisdiccional a su favor, y que en caso de exhibirlas en un procedimiento extrajudicial estarían poniendo sobre aviso a su adversario el cual pudiera tener tiempo para corregir o borrar evidencias que hicieran nugatorio el derecho de la contraparte. Es decir, este medio alternativo constituye un riesgo para las partes, y al institucionalizarse mediante una ley, deben tomarse en cuenta todos estos factores.

Tampoco parece aconsejable la creación de un solo Centro de Mediación para el tratamiento extrajudicial de todos los conflictos, por virtud de que éstos pueden tener diversos orígenes y abarcar diferentes campos. Debiera pensarse en crear, fortalecer y mantener la institución de la *mediación*, pero ubicada en diversos contextos y posiciones, de acuerdo con la naturaleza y características del conflicto.

Por ejemplo, Sergio García Ramírez* indica que efectivamente existe un movimiento mundial hacia la búsqueda de medios o formas que tengan por objeto la desjudicialización de los conflictos entre las personas. En materia penal existe la sensación de que se proyecta una vertiente hacia las soluciones autocompositivas. El aumento del número de delitos que se persiguen por querrela de parte interesada, es terreno fértil para que el ministerio público trate de avenir a las partes a la solución de su conflicto, antes de llegar éste al juzgador. Estos aspectos –dice García Ramírez-, ya se hallan en los modernos códigos procesales de Morelos y de Tabasco.

La mediación en consecuencia, es muy rica en consideraciones jurídicas, y constituye un excelente tema de investigación

LA COPROPIEDAD EN EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

* Panorama del derecho Penal Mexicano. Editorial McGraw Hill. México, 1998. p. 39.

El Poder Judicial del estado de Nuevo León dictó recientemente una sentencia que ha venido a sentar un precedente importante, en relación con la sociedad conyugal creada entre los consortes y derivada del vínculo matrimonial. El caso fue el siguiente: El señor Cruz Treviño Martínez de la Garza (nombre imaginario), contrajo matrimonio con la señora Melchora Chapa Taméz (nombre también imaginario). En las capitulaciones matrimoniales celebradas al efecto, adoptaron los contrayentes el régimen de sociedad conyugal es decir, acordaron ser copropietarios al 50% de todos los bienes que fueran adquiriendo durante su matrimonio. Este matrimonio se celebró hace un poco más de 45 años.

Es el caso que el señor Treviño Martínez de la Garza adquirió hace 5 años un inmueble y en la escritura pública aparece él como único propietario. Recientemente esta persona vendió este inmueble a un tercero. Al enterarse la señora Chapa Taméz, de esta enajenación realizada por su esposo, entabló en su contra, ante el juez competente, una demanda en la que exige que se declare *la nulidad* de la compraventa efectuada, por virtud de que siendo ella copropietaria de ese bien por virtud de la sociedad conyugal, no se obtuvo la participación de su voluntad para realizar tal enajenación. El Tribunal resolvió en una última instancia que el contrato era válido y no procedía la acción de nulidad, por virtud de que en el Registro Público de la Propiedad *no aparecía registrado el convenio de sociedad conyugal asentado en el acta matrimonial*.

Esta resolución judicial ha desatado una fuerte polémica en el foro Nuevoleonés. Algunos abogados afirman que esta sentencia es antijurídica, porque no existe legalmente la obligación de inscribir ante tal registro las actas de matrimonio en donde los contrayentes hayan acordado una sociedad conyugal.

Otros abogados opinan que sí debió declararse la nulidad, por virtud de que existe un precepto en el Código Civil que indica que: *La venta de cosa ajena es nula*, y en este caso en particular, el inmueble de referencia no era totalmente de la propiedad del enajenante.

Algunos profesionales del derecho afirman por el contrario, que la compraventa fue perfectamente válida, por virtud de que la tercera persona que adquirió el inmueble mediante la operación de compraventa, es un adquirente de buena fe, y si en efecto, no estaba el citado inmueble, inscrito en el registro a nombre de ambos cónyuges, es una omisión no imputable ni a la Oficina del Registro Público, ni mucho menos al tercero.

Ciertos abogados del Foro recomendaron que se haga una reforma legal, sobre todo, para señalar que bastará con que en el Libro de Matrimonios del Registro Civil exista la sociedad conyugal inscrita, para que ésta surta todos sus efectos legales, y que desde luego, no haya necesidad de inscribir las capitulaciones matrimoniales en el Registro Público de la Propiedad, por virtud de que esta exigencia parece incongruente e ilógica.

En verdad, existe un problema en tomo a este tema, en el que inclusive son partícipes los notarios públicos, y por los elementos no sólo jurídicos, sino económicos, morales y sociales que lo rodean, es necesario efectuar un minucioso estudio jurídico del mismo.

EVASIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS INSERTOS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

El artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo señala que: ***Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral un trabajo personal subordinado.*** Por su parte, el artículo 10 del propio ordenamiento jurídico indica que: ***Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.*** En este mismo orden de ideas, el artículo 20 de esta misma ley dispone: ***Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario.***

En el momento actual se han venido generando nuevas relaciones entre empresarios y personas físicas que desempeñan para ellos, diferentes labores y actividades, en forma habitual y continuada a las cuales, no se les denominan relaciones de trabajo, ni las partes que intervienen en estas nuevas relaciones, se les denominan trabajadores o patrones.

En efecto, actualmente se han venido diseñando nuevas estrategias jurídicas en las relaciones entre los empresarios y personas que prestan ciertos servicios en favor de ellas, mediante la celebración de contratos de ***prestación de servicios profesionales***. En este caso, el *profesionista* es una persona vinculada a la empresa mediante relaciones de carácter *profesional* y no laboral. Las remuneraciones que reciben los profesionales de la citada empresa, no se denominan salarios o sueldos, sino *honorarios* y consecuentemente, los *profesionistas* que prestan sus servicios en tales condiciones a otra persona, no poseen ninguno de los derechos que otorga la Ley Federal del Trabajo a las personas denominadas trabajadores, tales como jornada máxima, días de descanso, tiempo extra, antigüedad, derecho a la seguridad social o inamovilidad. Existen a este respecto importantes opiniones doctrinarias y numerosos precedentes jurisdiccionales en los que se indica que si una persona física labora para una empresa, presta sus servicios preferentemente en las instalaciones de ésta, estos servicios los presta bajo la dirección y dependencia de quien lo contrata (subordinación) y recibe una remuneración periódica por tales servicios, **se considera que se está frente a una relación de trabajo y no ante a un servicio profesional, independientemente del contrato que formalmente se hubiere celebrado.**

En torno a la *subordinación*, como elemento fundamental de una relación laboral y no profesional, nuestro inolvidable profesor Mario de la Cueva* realiza un admirable estudio de este concepto, y con ello se establece la clara y manifiesta diferencia que existe entre un trabajador y un profesionista, cuando ambos prestan servicios personales a una empresa.

Esta situación, que con toda claridad ha sido expuesta, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, no ha desalentado a las empresas para continuar con la práctica de celebrar contratos de prestación de servicios profesionales con personas que en realidad son sus trabajadores. Favorables a los propósitos de los empresarios, existen legislaciones como la Ley del Impuesto sobre la Renta, que alientan la existencia de contratos laborales bajo el disfraz de contratos de prestación de servicios profesionales. En efecto, este ordenamiento en su artículo 110 admite que para efectos fiscales, se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado: Aquellos que son percibidos en concepto de honorarios, por personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, siempre que los mismos se lleven a cabo en las

* De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa. México, 1974. pp. 201 a 204.

instalaciones de este último. Lo anterior significa en el afán de privilegiar el pago de las prestaciones fiscales, el legislador admite que se realice el fraude legal, en perjuicio de los trabajadores.

En otras ocasiones, para burlar las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, se recurre a la celebración de contratos de edición y/o reproducción, señalados por los artículos 40 a 61 de la Ley Federal de Derechos de Autor. En estos casos, las personas físicas se dicen autores del material, registran ante las dependencias públicas autorales el formato de su material, proceden a hacer entregas periódicas a las empresas periodísticas, radiofónicas o televisivas, principalmente, quienes se encargan de la edición o reproducción en su caso. En pago de este material, reciben remuneraciones periódicas a las cuales se les denomina específicamente *regalías*, denominación que encaja dentro de lo señalado por el artículo 15-B del Código Fiscal de la federación. Las personas físicas que obtienen estas regalías, gozan inclusive de notables beneficios fiscales, que pueden llegar hasta la exención total de los ingresos que perciben, cuando en los términos previstos por la fracción XVIII del artículo 109 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, dichos ingresos no excedan de 20 veces el salario mínimo elevado al año. Por el excedente sí deberá pagarse el impuesto. Lo anterior significa que las personas que estén colocadas en este rubro (¿trabajadores? ¿autores?), gozarán de una exención total, por los ingresos que en el año no sean superiores aproximadamente a 290,000 pesos (esta suma da un ingreso mensual aproximado de 28,000.00), que sedicentes autores, ante la benevolencia de las autoridades laborales y fiscales, PRACTICAMENTE NO PAGAN IMPUESTOS.

En estos casos, los empresarios se muestran felices y encantados de coludirse con estas personas, para firmar contratos de edición y/o reproducción, puesto que al no ser considerados como trabajadores, eliminan problemas sindicales, antigüedad en el empleo, pago de tiempo extra, aguinaldos, participación de utilidades, pago de cuotas obrero-patronales, INFONAVIT, SAR y otras prestaciones. Los *autores* por su parte (gaceteros, reporteros, editorialistas y demás personas que trabajan para los medios de comunicación impresos e inclusive radiofónicos y electrónicos), admiten que no tienen beneficios laborales de ninguna naturaleza, pero a cambio, no pagan o casi no pagan impuestos.

Otra situación frecuente en los medios empresariales, mediante los cuales se hace inaplicable la Ley Federal del Trabajo, es la utilización por parte de las empresas, de intermediarios que se encargan de proporcionarles a éstas, personal de vigilancia, de aseo o limpieza, personal administrativo, técnico y hasta directivo, para que realicen las actividades. En este caso el empresario evita la aplicación de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, puesto que en casi todos los casos, el responsable de las relaciones obrero-patronales, es el intermediario. Esta figura jurídica inclusive, está prevista por la propia Ley de la materia, en sus artículos 12 a 15, aunque a nuestro juicio, de manera sumamente defectuosa, puesto que deja en la oscuridad o al menos en la penumbra, muchos aspectos de esta triple relación laboral.

Estas situaciones se han multiplicado en el país, ante la complacencia de los órganos gubernamentales, los cuales inclusive, violan los estatutos laborales, puesto que las mismas autoridades, en sus tres niveles de gobierno Federal, estatal y municipal, así como las empresas, tanto del sector social como privado, recurren en forma cada vez más frecuente, a la contratación de personal por honorarios. Para ello han recurrido a

multitud de justificaciones por ejemplo, han señalado que por razón de que tienen la necesidad de efectuar frecuentemente obras o servicios que son de carácter temporal, se les hace *necesario* contratar personal por honorarios para que lleven a cabo esos trabajos. La contratación de trabajadores temporales por tiempo o por obra determinada, están regulados por la Ley Federal del Trabajo, y no parece justificable esta actitud de los órganos gubernamentales o de las empresa privadas.

Las estadísticas de trabajadores (¿profesionistas o autores?) que no gozan de prestaciones laborales, no obstante que su actividad queda plenamente encuadrada dentro de la ley laboral, son alarmantes. Se afirma que existen en el país, al rededor de 25.4 millones de trabajadores que no gozan de prestaciones laborales*, contra 15.3 millones de trabajadores que sí están regulados por las leyes laborales. Ambas cifras parecen alarmantes. El periódico que difundió la noticia señala que estos datos fueron emitidos por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI).

Las empresas –según el periódico consultado–, admiten que ellas siempre están buscando la forma de contratar personal en alguna variante que no sea una contratación laboral, puesto que este tipo de trabajadores les representa un costo mayor al 54%, por las prestaciones a cargo de las citadas empresas.

Por estas y otras importantes razones, las empresas han venido buscando una flexibilidad laboral mayor, utilizando también frecuentemente el sistema denominado de *outsourcing* o empresas intermediarias para disponer de personal para sus necesidades, tanto directivas, como técnicas, operativas o administrativas. En estos casos, las empresas pagan una cantidad determinada a la *intermediaria* (*outsourcing*) y ella se encarga de proporcionar a la empresa el personal requerido. La intermediaria asume todas las responsabilidades laborales ante el personal contratado por ella y que va a prestar sus servicios en una o varias empresas, porque inclusive, llega a existir rotación de personal en diferentes empresas que tiene contratos de *outsourcing* con la misma intermediaria.

Este tema es de una gran actualidad y contiene un material muy importante para realizar una excelente investigación.

* Periódico el Norte. Monterrey, N.L., 23 de junio de 2003. Sección “Negocios”, p. 1.

TEMAS PARA INVESTIGACION JURÍDICA

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera

De entre los numerosos temas que existen para realizar sobre ellos una importante y significativa tarea de investigación jurídica, se han escogido en esta ocasión algunos de una gran actualidad, que indudablemente requieren la atención de quienes nos dedicamos por entero a este tipo de actividades. Consideramos que la búsqueda y ubicación adecuada de estos temas de estudio y análisis, pueden servir al estudiante de las áreas jurídicas, tanto a nivel licenciatura como de postgrado para interesarse en efectuar una profunda investigación en cualquiera de los que aquí simplemente se enuncian, y que indudablemente servirían para orientar al Estado en la corrección o en su caso, implantación de normas más acordes con los propósitos de armonía e interdependencia, tanto social como individual, que son dos de los más importantes fines del citado Estado.

LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO ALTERNO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NECESIDAD DE EFECTUAR UNA REFLEXIÓN PREVIA, ANTES DE APROBAR Y PROMULGAR EL PROYECTO DE LEY EXISTENTE

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera.

Vale más un mal arreglo, que un buen pleito. Este es un dicho muy arraigado en el lenguaje popular, que posee una buena dosis de verdad. Por ello, desde los más remotos orígenes de las relaciones humanas, no pocas personas, han tratado de avenirse en sus dificultades, evitando la confrontación. Viene a la memoria del investigador las sabias decisiones del rey Salomón (medidas salomónicas), quien, en la mayoría de las ocasiones, actuando como *árbitro*, y en otras, como un simple *mediador*, participaba de manera importante en la solución de los conflictos de sus gobernados. La prevención de conflictos y en su caso, la impartición de la justicia en la solución de controversias entre los seres humanos, son los dos objetivos fundamentales del derecho. Por ello, cualquier esfuerzo que en este sentido, han realizado tanto el Estado como los juristas para buscar y encontrar diversas formas de solución de controversias debe ser bien recibido por la sociedad.

La *mediación*, como instrumento de solución de controversias no es de ninguna manera una novedad en el campo jurídico en consecuencia, no es una creación de los actuales estudiosos de las normas jurídicas. En primer lugar, la *autocomposición* como forma de desjudicialización de los conflictos, se pierde en la memoria del tiempo, puesto que desde épocas remotas de la historia antigua ya existían formas ajenas a la intervención del Estado, creadas entre las partes, para la solución de sus conflictos. En segundo lugar, este instrumento de solución de controversias (*la mediación*), proviene del derecho internacional, y se ha utilizado en esta materia, prácticamente desde que las primeras naciones del mundo tuvieron diferencias o dificultades en sus relaciones, aún cuando la institucionalización de este y otros instrumentos de solución pacífica de conflictos, se realizó en 1899, con motivo de la Conferencia de Paz de la Haya, Holanda. A partir de esa fecha, estos medios pacíficos de solución de controversias internacionales, se han utilizado con una gran frecuencia, para la solución de conflictos entre los diferentes Estados o naciones.

El tratadista Remiro Brotons expresa que en el derecho internacional los medios de solución de los conflictos que surjan entre los Estados, se dividen en medios políticos o diplomáticos y medios jurisdiccionales, y éstos se introdujeron de manera muy importante dentro del lenguaje internacional.

Llamamos políticos a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. Si el arreglo de la controversia lo asumen directamente las partes estaremos ante la negociación. Si ésta se canaliza a través de la actuación de un tercero se tratará, en grado ascendente, de los buenos oficios o la mediación. El protagonismo de los terceros crece cuando la controversia se somete a una comisión de investigación o conciliación.*

* Remiro Brotons, Antonio y otros.- Derecho Internacional. McGraw Hill Interamericana de España. Madrid, 1997. pp. 830 y 831.

En tomo a los medios diplomáticos o políticos de solución de controversias internacionales, y particularmente, en relación con la *mediación*, César Sepúlveda señala:

*Cuando la negociación ha fracasado, o bien, cuando los estados no recurren a ella, un tercer Estado puede procurar un arreglo entre las partes, interponiendo sus buenos oficios o mediando en la disputa, según el caso***

El autor consultado indica que los buenos oficios y la *mediación* pueden llegar a confundirse y sin embargo, técnicamente son instrumentos distintos. Los buenos oficios se presentan, cuando los gobernantes o agentes diplomáticos de un país, exhortan a los representantes de los Estados en conflicto, a que se sienten a negociar y resolver sus conflictos o diferencias. En cambio, la *mediación* se manifiesta, cuando un tercer país conduce las negociaciones. Los buenos oficios son generalmente acciones espontáneas, en tanto que la *mediación* deriva de un pacto entre los Estados en conflicto, que autoriza a un tercer Estado a participar en la negociación. En este caso, ese tercer Estado realiza propuestas en un esfuerzo por zanjar las dificultades o conflictos preexistentes.

Este instrumento de solución de controversias que tiene de manera institucionalizada más de 100 años en el derecho internacional, es el que también desde hace mucho tiempo como ya se dijo en un párrafo anterior, se ha llevado a la vida cotidiana, al derecho interno de cada país, como forma extrajudicial de solución de conflictos. No obstante, la presencia de la *mediación* en los distintos ordenamientos del derecho interno, las partes continúan acudiendo de manera frecuente al procedimiento judicial para resolver sus controversias. Los tribunales en consecuencia, se encuentran saturados de expedientes de juicios de toda naturaleza, situación que ha contribuido en buena medida a que la impartición de la justicia se haya tomado demasiado lenta y en muchas ocasiones, costosa, por los interminables trámites judiciales que tienen que realizar los litigantes. Por ello, ha surgido como instrumentos *novedosos*, primero el *arbitraje* y ahora la *mediación*, como instrumentos auxiliares en los problemas derivados de la solución de controversias entre las personas, aunque desde luego se debe advertir que estos medios extrajudiciales no parecen de ninguna manera una *panacea* para la solución de los infinitos problemas que enfrentan los individuos en sus disputas, además de que, para institucionalizarse mediante la expedición de una legislación concreta y aplicable exclusivamente a la citada *mediación*, quizá se requiriera la modificación del artículo 17 de la Carta Magna.

Sobre la *mediación* como instrumento nacional o local de solución de controversias en el derecho doméstico, existen numerosas voces (¿una moda?) que proclaman sus bondades y excelencias, pero también existen opiniones que insisten en que el tema se estudie con cuidado y detenimiento, para no caer en situaciones no deseadas o crear falsas expectativas en la anhelada solución en los conflictos de derecho. Se considera por estos estudiosos del derecho, que la *mediación* y el *arbitraje* en una buena medida, pueden venir a sustituir a los juzgadores en una controversia de intereses, y por consecuencia, se debe tener mucho cuidado en la institucionalización autónoma y con cierta prioridad, de estos instrumentos auxiliares dentro del derecho interno.

** Sepúlveda César.- Derecho Internacional. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 393.

Algunos expertos en derecho afirman que *la mediación* es un instrumento *nuevo* y excelente que viene a solucionar el problema consistente en largos y costosos juicios entre las partes en conflicto, cuyos procedimientos generan constantes fricciones y enemistad final entre las personas con intereses y pretensiones encontradas. Ya que una parte termina victoriosa, frente a la otra, que culmina siendo derrotada. La parte perdedora generalmente queda, al término del litigio, -señalan los panegiristas de la *mediación*-, con un amargo sabor de derrota, y muchas veces con la convicción de que los jueces *se vendieron* o fueron incompetentes para conocer la razón de sus acciones y pretensiones.

Afirman los partidarios de este instrumento alternativo de solución de controversias, que la *mediación* es una importante alternativa para descongestionar la sobrecarga de expedientes de juicios que actualmente existen en las diversas oficinas e instancias judiciales. Indican que esto constituye una medida indispensable y *exitosa*, para resolver de manera definitiva este tipo de problemas.

También afirman los defensores de este medio alternativo, que la ciudadanía desde hace ya mucho tiempo ha venido exigiendo la creación legal de otras instituciones auxiliares como lo sería ahora un **Centro de Mediación**, para la solución de sus problemas. Indican que si bien esta instancia no es obligatoria, si será lo suficientemente bondadosa para que las personas se acerquen a ella y en forma por demás amigable resuelvan, con el apoyo de especialistas, sus problemas y diferencias.

Piensen los expertos defensores de la existencia de este instrumento (*la mediación*), que la existencia de una ley que instituyera los órganos encargados de ejercerla y el procedimiento de aplicación de la solución encontrada por las partes, equivaldría a contar con un mejor instrumento de convivencia y resolución de conflictos. Afirman que los *mediadores* -expertos en la materia de que se trate-, no tendrán el carácter de autoridad, sino de simples recomendadores de una solución, que las partes en conflicto podrían libremente aceptar o no. Tampoco la *mediación* sería una instancia de obligatoria utilización previa al juicio, sino exclusivamente voluntaria, y de ahí emanan todas las bondades que sobre ella puedan expresarse, y desde luego, que la mediación sería aplicable sólo a los asuntos o negocios jurídicos susceptibles de negociarse y desde luego, que no afecten intereses de terceras personas.

Los mediadores, expresan los expositores de este medio de solución de conflictos, deben ser personas altamente capacitadas y certificadas por una institución que avale sus conocimientos y aptitudes.

En torno a la *mediación*, otros expertos opinan en contra, afirmando que este instrumento de solución de controversias no es nuevo en el derecho común. Que en todos los códigos civiles existe la figura de **la transacción**, como un convenio mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia presente o previenen una futura, y que por lo tanto descubrir ahora la *mediación* como una fórmula mágica, parece una posición un poco exagerada en sus alcances y resultados.

Algunos juristas afirman que esta institución (*la mediación*), ya existe en la Ley Federal de Protección al Consumidor la cual, en sus artículos 111 a 116 introduce con el nombre de **Conciliación**, la figura de la *mediación*, para la solución de problemas

entre empresarios y consumidores. En la ley Federal del Trabajo existe para los juicios laborales, una fase de *mediación* (período paraprocesal) que se denomina precisamente: **Conciliación**. En esta etapa los funcionarios de la Junta en su papel de *mediadores*, invitan a las partes a que arreglen sus diferencias sin necesidad de entrar en litigio. Si las partes negocian y se avienen, se levanta un acta en la que se da por terminado el procedimiento ante la Junta respectiva, desempeñando el acuerdo o convenio logrado, el papel de *cosa juzgada*, es decir, es equivalente a una sentencia o laudo (artículo 600-I, 686, 875 y 876 de la Ley Federal del Trabajo).

De la misma manera, existen diversos organismos nacionales que realizan funciones de *mediación* en la solución de controversias, como lo son: la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Comisión Nacional de Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), entre los más importantes. De la misma manera se tiene que, en el caso de una demanda de divorcio voluntario, los cónyuges que estén tramitando dicha demanda, tienen la obligación de asistir a unas juntas llamadas de *avenencia*, en las cuales, la autoridad ante la que se esté tramitando la disolución del vínculo matrimonial, trata de avenirlos, de conciliarlos, desempeñando un claro papel de *mediador* entre los citados cónyuges. Existen algunos casos más en los que evidentemente existe la *mediación* como forma de solución de controversias. Desde luego, para los impulsores de una legislación concreta sobre la *mediación*, surge una pregunta: ¿Una ley sobre esta materia va a aglutinar todos estos y otros casos semejantes, y consecuentemente, se van a derogar los capítulos de estos ordenamientos jurídicos que contienen formas de *mediación* para la solución de conflictos? Valdría la pena trabajar en la investigación de este importante tema.

Los expertos también afirman que para la solución de controversias no son necesarios más organismos burocráticos, sino que es urgente y necesario, el diseño de mejores ordenamientos jurídicos, que no propicien oscuridad y dificultad para interpretar sus disposiciones; mejores jueces, tribunales más adecuados que den oportuno cumplimiento a la justicia *pronta y expedita* mencionada por la garantía de seguridad jurídica del artículo 17 constitucional. Afirman estos profesionales del derecho, que no se deben remediar nuestros males con otros mayores, como son más unidades burocráticas cuya creación se pretende.

Otros profesionales, sobre todo los dedicados al estudio del derecho mercantil, señalan que el vocablo *mediación* es multívoco y puede conducir a error, puesto que también en la práctica jurídica existe la *mediación* como un contrato atípico, y el mismo vocablo puede llegar a crear confusiones entre él y los términos: *intermediación*, *corretaje* y *comisión*, todos ellos como formas de participación de terceros en negocios jurídicos.

Algunos abogados más, opinan que es un asunto más delicado de lo que se piensa, - como lo pretende una iniciativa legal en el Estado de Nuevo León-, crear un *Centro Estatal de Mediación*, y adscribirlo al Poder Judicial del Estado. Las razones que invocan para criticar esta adscripción presentan un carácter doble: Por una parte, si se trata de un instrumento *extrajudicial* de solución de controversias, no debe quedar inserto dentro del Poder Judicial por razones obvias. Por otra parte, ubicar dentro de los sistemas burocráticos a un medio alternativo de solución de controversias, resulta poco afortunado para el proyecto, puesto que tal decisión acarrearía explicables tardanzas en los procedimientos y en la emisión de soluciones. Opinan los expertos que este Centro (o centros) de Mediación, debieran quedar ubicados dentro del sector social de la

población (cámaras de comercio e industria), las cuales, podrían manejar con mejores resultados estos procedimientos alternos de solución de controversias.

También se opina al respecto que en algunas ocasiones no sería aconsejable para los particulares este instrumento altemo de solución de controversias, porque las partes pueden comprometer la confidencialidad de secretos industriales, patentes u otros instrumentos protectores de sus derechos, así como pruebas que en caso de un litigio, pudieran ser definitivas para inclinar el criterio jurisdiccional a su favor, y que en caso de exhibirlas en un procedimiento extrajudicial estarían poniendo sobreaviso a su adversario el cual pudiera tener tiempo para corregir o borrar evidencias que hicieran nugatorio el derecho de la contraparte. Es decir, este medio altemo constituye un riesgo para las partes, y al institucionalizarse mediante una ley, deben tomarse en cuenta todos estos factores.

Tampoco parece aconsejable la creación de un solo *Centro de Mediación* para el tratamiento extrajudicial de todos los conflictos, por virtud de que éstos pueden tener diversos orígenes y abarcar diferentes campos. Debiera pensarse en crear, fortalecer y mantener la institución de la *mediación*, pero ubicada en diversos contextos y posiciones, de acuerdo con la naturaleza y características del conflicto.

Por ejemplo, Sergio García Ramírez* indica que efectivamente existe un movimiento mundial hacia la búsqueda de medios o formas que tengan por objeto la desjudicialización de los conflictos entre las personas. En materia penal existe la sensación de que se proyecta una vertiente hacia las soluciones autocompositivas. El aumento del número de delitos que se persiguen por querrela de parte interesada, es terreno fértil para que el ministerio público trate de avenir a las partes a la solución de su conflicto, antes de llegar éste al juzgador. Estos aspectos –dice García Ramírez-, ya se hallan en los modernos códigos procesales de Morelos y de Tabasco.

Sin embargo, en materia penal no parece aconsejable cambiar a delitos de querrela, numerosos delitos que se persiguen de oficio, en un afán simplemente de fortalecer la *mediación* como instrumento utilizable para la solución de estas controversias. En efecto, cuando exista afectación no sólo para la víctima del delito, sino también para la sociedad en su conjunto, nunca este delito podrá considerarse de querrela. En este tipo de delitos deberá actuar de oficio el ministerio público para consignar ante un juez la comisión del delito y éste (el juez) instruir el proceso en contra del presunto responsable y aplicar al final de éste en su caso, la pena que resulte procedente. No es ni puede ser posible la *mediación* en este caso. En esta situación se encuentran los delitos derivados de la violencia intrafamiliar, sobre los cuales no puede haber ninguna *mediación* posible. Es necesario actuar en contra de estos delitos, con toda la energía que exige la sociedad y que deben contener las disposiciones penales.

La *mediación* en consecuencia, es muy rica en consideraciones jurídicas, pero debe tenerse sumo cuidado en promover una ley reguladora de esta figura jurídica. Se opina que el legislador debe tomar en consideración todos los argumentos expuestos en este estudio, así como algunos más que podrían obtenerse, después de una amplia reflexión motivada por una divulgación del proyecto que existe en el Congreso del Estado.

* Panorama del derecho Penal Mexicano. Editorial McGraw Hill. México, 1998. p. 39.

LA COPROPIEDAD EN EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

El Poder Judicial del estado de Nuevo León dictó recientemente una sentencia que ha venido a sentar un precedente importante, en relación con la sociedad conyugal creada entre los consortes y derivada del vínculo matrimonial. El caso fue el siguiente: El señor Cruz Treviño Martínez de la Garza (nombre imaginario), contrajo matrimonio con la señora Melchora Chapa Taméz (nombre también imaginario). En las capitulaciones matrimoniales celebradas al efecto, adoptaron los contrayentes el régimen de sociedad conyugal es decir, acordaron ser copropietarios al 50% de todos los bienes que fueran adquiriendo durante su matrimonio. Este matrimonio se celebró hace un poco más de 45 años.

Es el caso que el señor Treviño Martínez de la Garza adquirió hace 5 años un inmueble y en la escritura pública aparece él como único propietario. Recientemente esta persona vendió este inmueble a un tercero. Al enterarse la señora Chapa Taméz, de esta enajenación realizada por su esposo, entabló en su contra, ante el juez competente, una

demanda en la que exige que se declare **la nulidad** de la compraventa efectuada, por virtud de que siendo ella copropietaria de ese bien por virtud de la sociedad conyugal, no se obtuvo la participación de su voluntad para realizar tal enajenación. El Tribunal resolvió en una última instancia que el contrato era válido y no procedía la acción de nulidad, por virtud de que en el Registro Público de la Propiedad **no aparecía registrado el convenio de sociedad conyugal asentado en el acta matrimonial**.

Esta resolución judicial ha desatado una fuerte polémica en el foro Nuevoleonés. Algunos abogados afirman que esta sentencia es antijurídica, porque no existe legalmente la obligación de inscribir ante tal registro las actas de matrimonio en donde los contrayentes hayan acordado una sociedad conyugal.

Otros abogados opinan que sí debió declararse la nulidad, por virtud de que existe un precepto en el Código Civil que indica que: **La venta de cosa ajena es nula**, y en este caso en particular, el inmueble de referencia no era totalmente de la propiedad del enajenante.

Algunos profesionales del derecho afirman por el contrario, que la compraventa fue perfectamente válida, por virtud de que la tercera persona que adquirió el inmueble mediante la operación de compraventa, es un adquirente de buena fe, y si en efecto, no estaba el citado inmueble, inscrito en el registro a nombre de ambos cónyuges, es una omisión no imputable ni a la Oficina del Registro Público, ni mucho menos al tercero.

Ciertos abogados del Foro recomendaron que se haga una reforma legal, sobre todo, para señalar que bastará con que en el Libro de Matrimonios del Registro Civil exista la sociedad conyugal inscrita, para que ésta surta todos sus efectos legales, y que desde luego, no haya necesidad de inscribir las capitulaciones matrimoniales en el Registro Público de la Propiedad, por virtud de que esta exigencia parece incongruente e ilógica.

En verdad, existe un problema en tomo a este tema, en el que inclusive son partícipes los notarios públicos, y por los elementos no sólo jurídicos, sino económicos, morales y sociales que lo rodean, es necesario efectuar un minucioso estudio jurídico del mismo.

EVASIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS INSERTOS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

El artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo señal que: *Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral un trabajo personal subordinado*. Por su parte, el artículo 10 del propio ordenamiento jurídico indica que: *Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores*. En este mismo orden de ideas, el artículo 20 de esta misma ley dispone: *Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario*.

En el momento actual se han venido generando nuevas relaciones entre empresarios y personas físicas que desempeñan para ellos, diferentes labores y actividades, en forma habitual y continuada a las cuales, no se les denominan relaciones de trabajo, ni las partes que intervienen en estas nuevas relaciones, se les denominan trabajadores o patrones.

En efecto, actualmente se han venido diseñando nuevas estrategias jurídicas en las relaciones entre los empresarios y personas que prestan ciertos servicios en favor de ellas, mediante la celebración de contratos de *prestación de servicios profesionales*. En este caso, el *profesionista* es una persona vinculada a la empresa mediante relaciones de carácter *profesional* y no laboral. Las remuneraciones que reciben los profesionales de la citada empresa, no se denominan salarios o sueldos, sino *honorarios* y consecuentemente, los *profesionistas* que prestan sus servicios en tales condiciones a otra persona, no poseen ninguno de los derechos que otorga la Ley Federal del Trabajo a las personas denominadas trabajadores, tales como jornada máxima, días de descanso, tiempo extra, antigüedad, derecho a la seguridad social o inamovilidad. Existen a este respecto importantes opiniones doctrinarias y numerosos precedentes jurisdiccionales en los que se indica que si una persona física labora para una empresa, presta sus servicios preferentemente en las instalaciones de ésta, estos servicios los presta bajo la dirección y dependencia de quien lo contrata (subordinación) y recibe una remuneración periódica por tales servicios, *se considera que se está frente a una relación de trabajo y no ante a un servicio profesional, independientemente del contrato que formalmente se hubiere celebrado*.

En torno a la *subordinación*, como elemento fundamental de una relación laboral y no profesional, nuestro inolvidable profesor Mario de la Cueva* realiza un admirable estudio de este concepto, y con ello se establece la clara y manifiesta diferencia que existe entre un trabajador y un profesionista, cuando ambos prestan servicios personales a una empresa.

Esta situación, que con toda claridad ha sido expuesta, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, no ha desalentado a las empresas para continuar con la práctica de celebrar contratos de prestación de servicios profesionales con personas que en realidad son sus trabajadores. Favorables a los propósitos de los empresarios, existen legislaciones como la Ley del Impuesto sobre la Renta, que alientan la existencia de contratos laborales bajo el disfraz de contratos de prestación de servicios profesionales. En efecto, este ordenamiento en su artículo 110 admite que para efectos fiscales, se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado: Aquellos que son percibidos en concepto de honorarios, por personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, siempre que los mismos se lleven a cabo en las instalaciones de este último. Lo anterior significa en el afán de privilegiar el pago de las prestaciones fiscales, el legislador admite que se realice el fraude legal, en perjuicio de los trabajadores.

En otras ocasiones, para burlar las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, se recurre a la celebración de contratos de edición y/o reproducción, señalados por los artículos 40 a 61 de la Ley Federal de Derechos de Autor. En estos casos, las personas físicas se dicen autores del material, registran ante las dependencias públicas autorales el formato de su material, proceden a hacer entregas periódicas a las empresas periodísticas, radiofónicas o televisivas, principalmente, quienes se encargan de la edición o reproducción en su caso. En pago de este material, reciben remuneraciones periódicas a las cuales se les denomina específicamente *regalías*, denominación que encaja dentro de lo señalado por el artículo 15-B del Código Fiscal de la federación. Las personas físicas que obtienen estas regalías, gozan inclusive de notables beneficios

* De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa. México, 1974. pp. 201 a 204.

fiscales, que pueden llegar hasta la exención total de los ingresos que perciben, cuando en los términos previstos por la fracción XVIII del artículo 109 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, dichos ingresos no excedan de 20 veces el salario mínimo elevado al año. Por el excedente sí deberá pagarse el impuesto. Lo anterior significa que las personas que estén colocadas en este rubro (¿trabajadores? ¿autores?), gozarán de una exención total, por los ingresos que en el año no sean superiores aproximadamente a 290,000 pesos (esta suma da un ingreso mensual aproximado de 28,000.00), que sedicentes autores, ante la benevolencia de las autoridades laborales y fiscales, PRACTICAMENTE NO PAGAN IMPUESTOS.

En estos casos, los empresarios se muestran felices y encantados de coludirse con estas personas, para firmar contratos de edición y/o reproducción, puesto que al no ser considerados como trabajadores, eliminan problemas sindicales, antigüedad en el empleo, pago de tiempo extra, aguinaldos, participación de utilidades, pago de cuotas obrero-patronales, INFONAVIT, SAR y otras prestaciones. Los *autores* por su parte (gaceteros, reporteros, editorialistas y demás personas que trabajan para los medios de comunicación impresos e inclusive radiofónicos y electrónicos), admiten que no tienen beneficios laborales de ninguna naturaleza, pero a cambio, no pagan o casi no pagan impuestos.

Otra situación frecuente en los medios empresariales, mediante los cuales se hace inaplicable la Ley Federal del Trabajo, es la utilización por parte de las empresas, de intermediarios que se encargan de proporcionarles a éstas, personal de vigilancia, de aseo o limpieza, personal administrativo, técnico y hasta directivo, para que realicen las actividades. En este caso el empresario evita la aplicación de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, puesto que en casi todos los casos, el responsable de las relaciones obrero-patronales, es el intermediario. Esta figura jurídica inclusive, está prevista por la propia Ley de la materia, en sus artículos 12 a 15, aunque a nuestro juicio, de manera sumamente defectuosa, puesto que deja en la oscuridad o al menos en la penumbra, muchos aspectos de esta triple relación laboral.

Estas situaciones se han multiplicado en el país, ante la complacencia de los órganos gubernamentales, los cuales inclusive, violan los estatutos laborales, puesto que las mismas autoridades, en sus tres niveles de gobierno Federal, estatal y municipal, así como las empresas, tanto del sector social como privado, recurren en forma cada vez más frecuente, a la contratación de personal por honorarios. Para ello han recurrido a multitud de justificaciones por ejemplo, han señalado que por razón de que tienen la necesidad de efectuar frecuentemente obras o servicios que son de carácter temporal, se les hace *necesario* contratar personal por honorarios para que lleven a cabo esos trabajos. La contratación de trabajadores temporales por tiempo o por obra determinada, están regulados por la Ley Federal del Trabajo, y no parece justificable esta actitud de los órganos gubernamentales o de las empresas privadas.

Las estadísticas de trabajadores (¿profesionistas o autores?) que no gozan de prestaciones laborales, no obstante que su actividad queda plenamente encuadrada dentro de la ley laboral, son alarmantes. Se afirma que existen en el país, al rededor de 25.4 millones de trabajadores que no gozan de prestaciones laborales*, contra 15.3 millones de trabajadores que sí están regulados por las leyes laborales. Ambas cifras

* Periódico el Norte. Monterrey, N.L., 23 de junio de 2003. Sección "Negocios", p. 1.

parecen alarmantes. El periódico que difundió la noticia señala que estos datos fueron emitidos por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI).

Las empresas –según el periódico consultado-, admiten que ellas siempre están buscando la forma de contratar personal en alguna variante que no sea una contratación laboral, puesto que este tipo de trabajadores les representa un costo mayor al 54%, por las prestaciones a cargo de las citadas empresas.

Por estas y otras importantes razones, las empresas han venido buscando una flexibilidad laboral mayor, utilizando también frecuentemente el sistema denominado de *outsourcing* o empresas intermediarias para disponer de personal para sus necesidades, tanto directivas, como técnicas, operativas o administrativas. En estos casos, las empresas pagan una cantidad determinada a la *intermediaria* (*outsourcing*) y ella se encarga de proporcionar a la empresa el personal requerido. La intermediaria asume todas las responsabilidades laborales ante el personal contratado por ella y que va a prestar sus servicios en una o varias empresas, porque inclusive, llega a existir rotación de personal en diferentes empresas que tiene contratos de *outsourcing* con la misma intermediaria.

Este tema es de una gran actualidad y contiene un material muy importante para realizar una excelente investigación.

EL ACTIVISMO ELECTORAL DEL PRESIDENTE FOX Y LA BUSQUEDA DE SU FUNDAMENTO JURIDICO

Por Fersen Seceñas y Alejandra Bladinieres *

APRENDIZAJE APOYADO EN LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS (PBL)

INTRODUCCIÓN

Cuando el estudio y aprendizaje de un tema determinado del saber científico se realiza mediante la presentación y en su caso, la solución de un problema, el citado aprendizaje deja de ser exclusivamente teórico, para acercarse más al conocimiento científico aplicado. El aprendizaje apoyado en la solución de problemas (PBL) pretende, partiendo de hechos reales llegar, mediante la aplicación metódica de conocimientos técnicamente estructurados, a una solución factible y comprobable es decir, verdadera.

El PBL posee una metodología propia y característica, que es aplicable a cualquier área del saber humano . Esta metodología se encuentra integrada por los siguientes elementos:

- a) Un problema o conjunto de problemas vinculados o relacionados entre sí, cuidadosamente seleccionados.
- b) El problema o problemas se presentan a un pequeño grupo de estudiantes para su estudio y solución.
- c) En el análisis del problema se deben destacar o describir los eventos susceptibles de ser observables y que requerirán explicación y en su caso, justificación.
- d) Una vez seleccionado y ubicado el problema y elegido el grupo de estudiantes que trabajarán en él, se inicia un proceso de discusión de manera tutorial es decir, orientada y dirigida por un coordinador, que puede ser el profesor del grupo o un alumno del mismo, que cuente con el criterio suficiente para dirigir y encauzar la discusión.
- e) Dentro de la etapa de discusión el estudiante generará temas de estudio y diseñará actividades de autoaprendizaje con la asesoría del profesor. Durante esta etapa se deberán también generar actividades, tanto curriculares, como extracurriculares.

* Alumnos de la Carrera de Derecho en el curso denominado: Seminario de Derecho Administrativo a cargo de la Dra. Doricela Mabarak. Campus Monterrey.

- f) Inmediatamente después de reunidos los elementos del problema, se realiza una evaluación del mismo y sus posibles vías de solución.
- g) Después de efectuadas todas las consideraciones del caso, se estará en condiciones de elaborar el *reporte final* el cual contendrá los puntos de solución al problema inicialmente planteado.

En síntesis, para estar en condiciones de resolver un problema científico mediante este método (PBL), deben seguirse estricta y sucesivamente tres pasos, que se encuentran anteriormente detallados en 7 etapas: 1.- Discusión Preliminar; 2.- Autoestudio y, 3.- Reporte.

Agradecemos a la Dra. Mabarak, nuestra profesora del curso, habernos dado la oportunidad de estudiar la materia haciendo uso de instrumentos de aprendizaje establecidos en la moderna didáctica educativa.

MODELO DE ESTUDIO PBL

Tema central: La actividad por parte del Presidente Vicente Fox, consistente en promover el voto, mediante el uso de mensajes o anuncios televisivos dirigidos a la población de los Estados Unidos Mexicanos.

Paso número uno: Clarificar conceptos.

Dentro de este paso se considera la explicación de conceptos o elementos del tema planteado para evitar confusiones. Por consiguiente nos enfocaremos a explicar el tema elegido, comenzando con enmarcado las actividades a las que se hace referencia. Las actividades por parte del Primer Mandatario, engloban una serie de anuncios televisivos mediante los cuales incita a los electores a ejercer su derecho al voto. Sin embargo, existe oposición por parte de casi todos los partidos políticos en cuanto al contenido y fundamento legal de las acciones del Presidente de la República Mexicana.

Anuncios o mensajes: Segmentos de exposición televisiva del Presidente que persiguen objetivos de diversa índole. En el caso específico se persigue mediante el uso de los mencionados “mensajes”, la promoción al voto por parte de la autoridad hacia la ciudadanía, que posee la titularidad de los derechos y obligaciones electorales.

Paso número dos: Exposición del Problema:

La problemática existente radica en saber si el Presidente tiene en verdad facultades para promover el voto ciudadano; si esa promoción tiene en verdad una velada intención de promover el voto en favor de algún partido político en particular; y si así fuera, investigar qué autoridad podría hacer retomar al Presidente el cause legal y mediante qué acciones.

Paso número tres: Lluvia de Ideas

- El Presidente busca atender a necesidades electorales de México.
- El Presidente busca obtener votos para las siguientes elecciones federales del 6 de julio del presente año.
- El Presidente de buena fe trata de encauzar al pueblo a no aceptar la compra de su voto.
- Es costumbre promover la acción cívica en México.
- Los partidos políticos buscan restar fuerza al partido del Presidente.
- Los partidos políticos buscan la democracia, a través de la libre elección ciudadana de sus representantes.
- Los partidos políticos están tratando de mellar el desempeño del Presidente mediante escándalos electorales.
- El Presidente esta haciendo uso de sus facultades constitucionales y legales, como el más alto funcionario publico.
- El Presidente se excede en sus facultades constitucionales y legales
- El Presidente carece de facultades legales para promover el voto.
- El Congreso de la Unión puede acotar las funciones ilegales del Presidente.
- Corresponde al IFE ejercer esta función, consistente en restringir la actividad electoral ilegítima del Presidente.
- El IFE o el Congreso lo pueden hacer, pero mediante una acción de inconstitucionalidad.
- Que es la acción de constitucionalidad y cual es el efecto.

Paso número cuatro: Clasificación Sistemática:

Clasificación de acuerdo del punto de vista político:

- Los partidos políticos buscan restar fuerza al partido del Presidente.
- Los partidos políticos buscan la democracia, a través de la libre elección ciudadana de sus representantes.
- Los partidos políticos están tratando de mellar el desempeño del Presidente mediante escándalos electorales.
- Se busca adecuar y atemperar acciones tendenciosas del Presidente

Clasificación de acuerdo del punto de vista electoral: (que involucra elementos electorales directos)

- El Presidente busca atender a necesidades electorales de México mediante el ejercicio de sus atribuciones.
- El Presidente busca obtener votos para las siguientes elecciones el 6 de julio del presente año.
- El Presidente de buena fe trata de encauzar al pueblo a desistir de viejas acciones consistentes en la venta del voto..
- Es costumbre promover la acción cívica en México.

Clasificación de acuerdo al punto de vista jurídico:

- El Presidente esta haciendo uso de sus atribuciones constitucionales y legales.
- El Presidente se excede en el ejercicio de sus facultades.
- El Presidente carece de atribuciones para promover el voto ciudadano.
- ¿Cuál es el fundamento legal que faculta al Presidente de la República Mexicana a promover el voto mediante el uso de un medio masivo de comunicación?
- Que es la acción de constitucionalidad y cual es el efecto.
- ¿Quién la puede ejercer en este caso?

Paso número cinco : Formulación de objetivos de aprendizaje:

- a) ¿Qué es lo que realmente se busca por parte de los partidos políticos, el Congreso de la Unión, el IFE y la Presidencia de la República con esta problemática?
- b) Cual es el fondo de la problemática?
- c) ¿Está el Presidente de la República facultado para hacer este tipo de propaganda en medios masivos de comunicación a favor de la educación cívica?
- d) ¿Esta prohibido para el Presidente, expresamente o implícitamente, hacer uso de anuncios o mensajes en medios masivos de comunicación, para educar a la nación con respecto al voto electoral?
- e) ¿Quién es el encargado de promover el voto?
- f) ¿Procede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de estas actividades del Presidente?
- g) ¿Qué órgano de autoridad podría interponer esta acción?

Paso número seis: Auto Estudio.

Para cumplir con el citado paso, fue de nuestra incumbencia estudiar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus numerales 41, 27, 35, 89 y 105; así como el 2, y 69 del Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales (COFIPE), en sus numerales correspondientes; el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y demás dispositivos legales aplicables, así como a los tratadistas: Miguel Acosta Romero en su obra: Derecho Administrativo Especial, de Editorial Porrúa;

Paso numero siete: Reporte.

- El artículo 89 de la Carta Magna señala dentro de la atribuciones del Jefe del Poder Ejecutivo Federal, la consistente en: *Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.* Lo anterior significa que el Presidente tiene facultades para realizar todas las actividades que estime necesarias para que las leyes que expide le Congreso, sean cumplidas por los gobernados, y desde luego, el COFIPE no constituye una excepción. Por consecuencia, el Presidente puede constitucionalmente dictar todas la providencias que sean necesarias para que los ciudadanos ejerzan el voto, y dentro de estas atribuciones podría encontrarse la realización de actos de promoción, como los

que ahora se están cuestionando. En consecuencia, desde el punto de vista constitucional, el Jefe del Ejecutivo sí posee facultades en materia de promoción del voto.

- Ahora bien, ¿Qué es lo que se busca por parte del Congreso de la Unión, de los partidos políticos y del IFE para solicitar al Presidente que se abstenga de *promover el voto ciudadano*?

Actuando de común acuerdo, los partidos políticos buscan la estabilidad electoral, pugnando por la igualdad y la equidad en las campañas de los candidatos, así como evitar que los órganos de gobierno ejerzan alguna influencia en favor de alguno de los partidos o de ciertos candidatos. En consecuencia, lo que se busca en este caso es tratar de evitar la injerencia de los funcionarios gubernamentales en las contiendas electorales. Es decir, evitar que con el pretexto de promover el voto ciudadano, se realicen campañas de promoción del voto por autoridades gubernamentales en ejercicio de funciones públicas, por virtud de que su intervención siempre generaría dudas y recelos, no obstante la transparencia con que se condujera la participación de estos órganos de autoridad. Es decir, la posibilidad del Poder Ejecutivo de realizar actos de propaganda mediante el uso de la televisión es perjudicial para otros partidos políticos. Por consiguiente, sin ser partidistas y en base a la información obtenida, concluimos: Los partidos políticos buscaron poner un alto a los mensajes televisivos del Presidente Vicente Fox, por virtud de que por el contenido de los mensajes, éstos mostraban cierta tendencia e inclinación a favor del partido político del Presidente.

- ¿Esta prohibido expresa o implícitamente para el Presidente, emitir mensajes o anuncios en medios masivos de comunicación para *educar* a la nación con respecto al voto electoral?

No se encuentra expresamente enunciado en la Constitución o en alguna ley secundaria la restricción del titular del Ejecutivo para no promover el voto usando medios masivos de comunicación. Por su parte, el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que : “El Instituto Federal Electoral tendrá a su ***cargo en forma integral y directa, además de las que le determine la ley, las actividades relativas a la capacitación y educación cívica,*** geografía electoral, los derechos y prerrogativas de las agrupaciones y de los partidos políticos, al padrón y lista de electores, impresión de materiales electorales, preparación de la jornada electoral, los cómputos en los términos que señale la ley, declaración de validez y otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores, cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en cada uno de los distritos electorales uninominales, así como la regulación de la observación electoral y de las encuestas o sondeos de opinión con fines electorales. Las sesiones de todos los órganos colegiados de dirección serán públicas en los términos que señale la ley.”

Como se puede apreciar del fragmento del artículo citado, es el Instituto Federal Electoral el competente por mandato constitucional, para promover de forma integral y

directa las actividades relativas a la educación cívica en materia electoral. Así mismo, el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales (COFIPE) en su artículo 69 establece en su apartado A y G: “1. Son fines del Instituto: a) Contribuir al desarrollo de la vida democrática; g) Llevar a cabo la promoción del voto y coadyuvar a la difusión de la cultura democrática.” De este fin es de donde se desglosa, la actividad promocional del voto por parte del IFE.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 27 en las fracciones XVII y XXX establecen que es de la competencia y facultad de la Secretaría de Gobernación: “Fomentar el desarrollo político, contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas; promover la activa participación ciudadana y favorecer las condiciones que permitan la construcción de acuerdos políticos y consensos sociales para que, en los términos de la Constitución y de las leyes, se mantengan las condiciones de gobernabilidad democrática; XXX. Contribuir en lo que corresponda al Ejecutivo de la Unión, a dar sustento a la unidad nacional, a preservar la cohesión social y a fortalecer las instituciones de gobierno.” Es indudable que por la forma en que se llevó a cabo la participación del Presidente de la República, y por el contenido tendencioso de sus mensajes de promoción del voto, no se estaban generando las citadas condiciones necesarias de gobernabilidad.

CONCLUSIÓN

Como conclusión se puede destacar que la postura constitucional está por encima de las leyes secundarias, y en una estricta aplicación jurídica, el IFE no puede o podía, ejercer de manera coactiva acciones para exigir el retiro de los anuncios televisivos emitidos por el Presidente de la República. En el caso de que el Poder Ejecutivo se hubiera negado, se hubiera tenido que ventilar un juicio constitucional o algún medio alternativo para solucionar la competencia en materia de la promoción del voto. Sin embargo nos queda claro que la Carta Magna establece como encargado de las cuestiones electorales al IFE y no al Poder Ejecutivo, es por esto que nos inclinamos a favor de una solución justa y equitativa para todos en esta materia. Por lo tanto concluimos que no fueron buenas acciones de gobernabilidad las adoptadas por el Poder Ejecutivo Federal para utilizar los medios masivos de comunicación con el propósito de promover el voto ciudadano y menos aún, con palabras y conceptos que inducen de cierta manera la acción de sufragar en favor de un partido político determinado: El que está en ejercicio en el Ejecutivo federal.

- Quien es el encargado de promover el voto?

Como se mencionó con anterioridad y con fundamento en el artículo 41 de la carta fundamental el IFE es el encargado de manera integral y directa de la educación cívica, “El Instituto Federal Electoral tendrá a su *cargo en forma integral y directa, además de las que le determine la ley, las actividades relativas a la capacitación y educación cívica*, geografía electoral, los derechos y prerrogativas de las agrupaciones y de los partidos políticos...”

- Procede interponer la acción de inconstitucionalidad por parte del IFE o del Congreso, en contra de las actividades del Ejecutivo Federal en esta materia?

Con fundamento en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la acción de inconstitucionalidad que representa la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo. Sin embargo, cabe aclarar que uno de los fines del IFE también es buscar la conciliación política entre el mismo y el Poder Ejecutivo, así como entre los partidos políticos.

Como conclusión: el objetivo de aprendizaje planteado en este trabajo ha quedado plenamente constatado, en cuanto a la delicadeza de las actuaciones del Presidente en materia de promoción del voto ciudadano y se concluye que no parece ser necesario llevar esta problemática ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que las leyes que regulan la función, son claras y no dan lugar a dudas o especulación.