

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“EL MÉTODO DE LA DINÁMICA JURÍDICA-
MERCANTIL EN LA GLOBALIZACIÓN
POSTINDUSTRIAL”**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE**

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

ALFONSO JESÚS CASADOS BORDE

TUTOR PRINCIPAL

DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

CIUDAD UNIVERSIARIA

2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi esposa Regina, por su misticismo inspirador

A mis hijos Adriana y Alfonso, por su apoyo cariñoso y a mis nietos Juan Pablo y Karol, por su amor inocente

A mis padres con gratitud, por la formación que me brindaron

A mi Alma Mater, la Universidad Nacional Autónoma de México, mi hogar permanente.

A mi amada Facultad de Derecho.

A mis maestros en general y a mis tutores y sinodales en particular, por su enseñanza y orientación

A mis alumnos, por su motivación en mi estudio

PRESENTACIÓN

El abordar un tema de metodología jurídica es un compromiso especialmente arduo, ya que provoca reflexiones múltiples y pretende resolver dudas, esclarecer posturas y atacar presumibles y auténticos sofismas. El laberinto de la filosofía del Derecho y de la juridicidad en sí, es un viaje a la abstracción mental que el jurista debe de realizar con autenticidad, humildad y honestidad a sus convicciones resultantes de su raciocinio.

Pretender analizar la metodología jurídica de una rama del Derecho como lo es la comercial conlleva a buscar condiciones especiales y de excepción a las figuras determinadas para las normas que caracterizan al Derecho Público y Social: y aún más, para con las propias de las otra subrama del Derecho Privado, que hoy en día se indica como el Derecho Civil.

El Derecho Comercial o Mercantil, hermanado al Civil, ha tenido y tiene sus expresiones particulares que le han formado un perfil propio, y lo han identificado como una normatividad dinámica, fresca, aguda y sobre todo, muy vinculada a la realidad socioeconómica en se desarrolla su eficacia.

El trabajo que queda a la consideración del Jurado, al que acudiré para que califique en el grado académico que postulo, pretende señalar la metodología jurídica de normatividad comercial en un proceso de transformación socioeconómica marcado por la globalización a que es sometida la sociedad mundial y que es reconocida bajo diversas denominaciones como: "sociedad postindustrial", "tercera ola", "consecuencias de la modernidad", etcétera.

Este trabajo busca explicar el desarrollo de la aplicación del realismo socioeconómico como método del Derecho Mercantil a través de las diferentes instituciones jurídicas conceptuales del mismo y determinar su vigencia en la transformación globalizadora.

El plantear que la metodología de esta rama jurídica es el realismo socioeconómico, me llevó en su intento, a considerar críticamente la aplicación de las distintas concepciones jurídicas, y a la armonización de ellas, dentro de la concepción pluralista del Derecho, para de allí, pretender dilucidar temas del Derecho Mercantil comprendidos en este trabajo como lo son:

1. El impacto de la globalización en el Derecho Mercantil;
2. El perfil jurídico del Derecho Mercantil;
3. El realismo socioeconómico como teoría del Derecho Mercantil; y
4. La adaptación de los principios del Derecho Mercantil a la dinámica económica de la globalización.

El análisis sin dogmas que pretende expresar este estudio, busca encontrar un lugar en la comprensión de la dinámica de la globalización postindustrial.

CAPÍTULO PRIMERO

I.- Impacto de la Globalización en el Derecho Mercantil.

- 1.- La economía de la sociedad postindustrial.
- 2.- Señalamientos económicos y políticos de la globalización.
- 3.- Nuevas teorías económico-jurídico-sociales para el mundo globalizado y el Derecho Mercantil.

I.- Impacto de la Globalización en el Derecho Mercantil.

1.- La economía de la sociedad postindustrial.

1.1.- Intentando una explicación sobre la nueva etapa.

A consecuencia del tránsito de la sociedad por un camino de evolución desarrollista, marcado por la división del trabajo, el capitalismo y la revolución industrial, el desarrollo social, económico, político, cultural y ecológico de la humanidad, durante el último cuarto del siglo XX y principios del XXI se ha caracterizado por el impacto globalizador de la modernidad y sus efectos, o por el de la postmodernidad, configurándose esta nueva era como un fenómeno que se constituye en un sistema mundial¹, mismo que ha sido señalado por los estudiosos como una nueva etapa de la humanidad. Este fenómeno se ha convertido en el tema central del análisis socioecopolítico de destacados tratadistas modernos, los cuales en sus estudios definen e interpretan las causas y las consecuencias del mismo. En tal sentido, Ulrich Beck² señala sin complicaciones que desde hace ya bastante tiempo vivimos en una sociedad mundial o globalizada, lo cual expresa la funcionalidad de la globalidad, e intenta definirla como: *“los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”*³.

Tratadistas relacionados al tema coinciden en que estas nuevas vinculaciones, expansiones y profundizaciones de diferentes relaciones socioecopolíticas han sido provocadas por una nueva etapa del desarrollo económico interrelacionado con evoluciones tecnológicas disponibles masivamente que pueden interactuarse individualmente. Estos estudiosos en sus análisis e interpretaciones del complejo fenómeno que tratan de descifrar, hacen referencias a modelos que explican doctrinas y teorías elaboradas para otras condiciones que no encajan en la dinámica de los sucesos de la actualidad, los cuales, de manera irreverente ante las tesis clásicas y paradigmáticas, se siguen

¹ Wallerstein, Immanuel, *Sistemas Mundo*, edit. Siglo XXI, 2ª. ed. México 2006, pág. 40. **Nota sobre la obra:** La economía-mundo se presenta en una gran zona geográfica que en ella existe una división del trabajo que no está limitada por una estructura política unitaria.

² Beck, Ulrich, *Que es la Globalización*, edit. Paidós, ed. Barcelona 1998, pág. 29.

³ *Ibidem*, pág 29.

presentando de forma incontenible, y que por tal, rebasan y se burlan de todas las hipótesis dogmáticas y estereotipadas de circunstancias que han perdido vigencia, dando lugar a nuevos y cada vez más complejos análisis y reconocimientos de que los resultados no son los profetizados y que las perspectivas planteadas en tesis endurecidas no se cumplieron, dejando en la orfandad ideológica a seguidores fundamentalistas de las referidas doctrinas.

De hecho, el carácter pretendidamente científico que toman algunas de estas posturas dogmáticas de la investigación histórica o del historicismo, tienen serias refutaciones en las tesis de los estudiosos de la metodología científica, al considerar que dichas teorías parten de elementos inconsistentes o subconscientes que el sujeto que las desarrolla como una teoría historicista, lo hace con base en un sistema de opiniones que para él se presentan como incuestionables, ciertas o evidentes encerrando una verdad lógica e irrefutable al afirmar, por ejemplo, "*todas las mesas son mesas*", sin reparar en que con tal planteamiento ni siquiera ha elaborado una hipótesis de investigación y que su conclusión no arma metodología lógica; entonces sucede que el historicista o sociólogo del conocimiento parte de un concepto racional, pero que se asocia con lo más opuesto al racionalismo⁴ que es la conversión del investigador en profeta; la circunstancia anterior, poco congruente con la filosofía, es en la que incurrió Karl Marx, según lo considera Karl Raimund Popper⁵, al señalar que al contrastar la ética activista de Marx con su historicismo⁶, se afecta la racionalidad constructiva de éste último y desvía la construcción lógica de la perspectiva histórica de la teoría marxista, convirtiéndola en un dogma, que con las realidades mostradas por las consecuencias de la modernidad, especialmente en la globalización, se desvirtúa totalmente como hipótesis, al no prever que la actualidad podría ser diferente a lo profetizado.

La globalización es un fenómeno consistente en uno de los varios elementos, que caracterizan a esta nueva etapa de la evolución socioeconómica, ubicándose conceptualmente por estudiosos como Alvin Toffler, Alain Touraine, Zygmunt Bauman y Anthony Giddens, como una situación posterior y consecuente del capitalismo y de la revolución industrial, asociada al concepto durkheimiano de una división internacional del trabajo⁷; razón por la cual, Patricia Adriana Gaggini de Rühlemann la denomina como una "tercera revolución industrial"⁸; el mencionado Touraine la define como "postindustrial"; Bauman como una etapa postcapitalista; también se cuenta con una denominación por demás conocida de Toffler de "tercera ola"⁹; sin embargo lo importante es determinar que para algunos estudiosos como Giddens, la

⁴ **Popper, Karl R.**, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, edit. Paidós Surcos, 1ª. ed. Barcelona 2006, pág. 426.

⁵ Profesor de filosofía de London School of Economics and Political Science.

⁶ **Popper, Karl R.**, op. cit. nota 4, pág. 414.

⁷ **Durkheim, Emile**, *La División del Trabajo Social*, edit. Colofón, 6ª. ed. México, 2007.

⁸ **Gaggini de Rühlemann, Patricia Adriana**, *Globalización*, www.gestiopolis.com, 3 - I - 08

⁹ **Toffler, Alvin**. *La Tercera Ola*, edit. Plaza & Janes, 16ª. ed. Barcelona, 1999.

globalización o mundialización¹⁰, en sí, no debe considerarse como una nueva era, sino como uno de los elementos componentes de la todavía era moderna que, como se explicará más adelante, ésta aún no termina. Por lo anterior, se debe partir del estudio que explique en su totalidad a esta nueva era o etapa que se muestra difícil de entender en su complejidad. Toefler, desde 1983, expone esta preocupación conceptual al expresar: *“Cuando pensamos en términos de olas sucesivas de interrelacionando cambios, de la colisión de esas olas captamos el hecho esencial de nuestra generación – que el industrialismo se está extinguiendo gradualmente- y podemos empezar a buscar entre los signos del cambio lo que es verdaderamente nuevo, lo que ya no es industrial. Podemos identificar la tercera ola”*¹¹.

Por su parte Giddens, al continuar el debate analítico desde 1999, denomina a esta era como la consecuencia de la modernidad¹², argumentando que aunque algunos tratadistas indican que ha surgido un nuevo tipo de sistema social que han nominado “la sociedad de la información” o “la sociedad del consumo”, y sugieren que el anterior estado de las cosas ha llegado a su fin, por lo que han vertido denominaciones como “postcapitalismo”, “segunda modernidad”, “época posmoderna”¹³, “posmodernidad”¹⁴, o “postmodernidad” (*existe también un debate ortográfico*), “sobremodernidad”¹⁵, “postindustrial”¹⁶. Para él¹⁷, tales concepciones son producto de la desorientación por qué no se ha obtenido un conocimiento sistemático de la organización social, de lo cual, resulta la sensación de que los analistas han sido atrapados en un universo de acontecimientos que no se logran entender del todo y que por lo mismo, escapa al control de la reflexión. Explica la situación exponiendo: *“Para analizar cómo hemos llegado a esto, no basta con inventar términos como postmodernidad y el resto, sino que debemos posar una nueva mirada sobre la naturaleza de la propia modernidad, que, por ciertas razones muy concretas, ha sido hasta ahora precariamente comprendida por las ciencias sociales. En vez de estar entrando en un periodo de posmodernidad, nos estamos trasladando a uno en que las consecuencias de la modernidad se están radicalizando y universalizando como nunca. Afirmaré que más allá de la modernidad podemos percibir los contornos de un orden nuevo y diferente que es ‘postmoderno’; pero es muy distinto de lo que en este momento algunos han dado en llamar ‘postmodernidad’*¹⁸.

Continúa Giddens explicando que las referidas desorientaciones conceptuales son debido a una falta de previsión en las tesis sociológicas de las

¹⁰ Wallerstein, Immanuel, *El Moderno Sistema Mundial*, edit. Siglo XXI, 11ª. ed., México, 2005, t. I, págs. 17-18.

¹¹ Toeffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 163.

¹² Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, edit. Alianza, ed. 3ª. reimpr. Madrid, 2004, pág. 12.

¹³ Bauman, Zygmunt, *Ética Posmoderna*, edit. Siglo XXI, 2ª. ed., México, 2006, pág. 8.

¹⁴ Díaz, Esther, *Posmodernidad*, edit. Biblos, 3ª. ed., Buenos Aires, 2005, págs. 16-17.

¹⁵ Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, edit. Fondo de Cultura Económica, ed., 6ª. reimpr. Buenos Aires, 2006, pág. 16.

¹⁶ Touraine, Alain, *La Sociedad Postindustrial*, edit. Ariel, 3ª. ed., Barcelona, 1973, págs. 5-14.

¹⁷ Giddens, Anthony, op. cit. nota 12, págs. 15-17.

¹⁸ *Ibidem*.

discontinuidades presentadas por la modernidad; circunstancia que ubica en otros tiempos y espacios la interpretación de los mencionados alcances de la propia modernidad, presentando ciclos finales o nuevas sociedades. Se ha pretendido darle a la historia un sentido evolucionista y sin embargo, en la modernidad se han presentado discontinuidades que impiden ver a la historia como unidad o reflejo de principios unificadores de organización o transformación, porque en la misma modernidad se han presentado diferentes ritmos de cambio, hay diferencia en los ámbitos de cambio y las instituciones modernas tienen una naturaleza intrínseca especial y diferente¹⁹. Así la vertiginosidad de los cambios en la modernidad es insospechada para las teorías sociológicas clásicas, rebasando las limitaciones espaciales y presentando conceptos impensados como lo es la interrelación producción-consumo a partir de fuentes inanimadas de energía²⁰.

Con tales reflexiones, Giddens da a la modernidad un alcance propio del Cid Campeador en donde no importa si el concepto ha muerto o no, lo que vale es que aún está en batalla por determinar una reflexión conceptual²¹.

En este sentido, es importante la teoría de Wallerstein porque analiza e interpreta la globalización como un sistema mundial que contiene una aplicación capitalista integrada en áreas centrales, semiperiféricas y periféricas²².

De la expresión teórica anterior, se puede considerar que la globalización como característica de la modernidad contiene varios elementos sistemática e indisolublemente interrelacionados, a los cuales Giddens se refiere como dimensiones²³, y que califica en primer lugar a la economía capitalista mundial, seguida por el sistema de Estado nacional, ya que los polos de poder de la economía mundial son Estados capitalistas que mantienen dentro de su territorio el monopolio de la violencia; le continúa el orden militar mundial y, finalmente el desarrollo mundial que conlleva la interdependencia mundial en la división internacional del trabajo y en la difusión mundial de la maquinaria tecnológica. Estas dimensiones permiten conceptualizar a la nueva era con una valoración distinta de los factores actuantes en la sociedad que hasta hoy no se habían observado por no ser ortodoxos; sin embargo, ante la disfuncionalidad teórica de estas tesis, los tratadistas antes mencionados han aplicado variables que encajan en la función de interpretar con mayor grado de acierto los fenómenos objeto de este análisis.

De lo expresado, cabe entonces referir a señalamientos sobre la descripción de este fenómeno. Grün considera a la globalización como un suceso sistémico y explica: *"...por cuanto implica un sistema o conjunto de sistemas altamente complejo y en continua y acelerada evolución, que abarca*

¹⁹ **Ibidem**, pág 19.

²⁰ **Ibidem**.

²¹ **Díaz, Esther**, op. cit. nota 14, pág. 15.

²² **Wallerstein, Immanuel**, op. cit. nota 10, T. I, págs 492-493.

²³ **Giddens, Anthony**, op. cit. nota 12, pág 73.

muchísimos aspectos de nuestra realidad humana y aún más allá de ella, a nuestra realidad ecológica, que hace al futuro de la sociedad humana pero también al futuro del planeta"²⁴. Además concibe a la globalización como un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y de la política, que interrelaciona a individuos y pueblos. También distingue a esta de la internacionalización indicando que la última es el medio para posibilitar a las naciones-Estado satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de autorealizarse; explica así que la internacionalización implica una colaboración entre Estados, mientras que la globalización mina o erosiona la soberanía.

El perfil manifestado a este fenómeno obliga a una reflexión profunda sobre los elementos que han concurrido en esta transformación de la sociedad humana, buscando la respuesta sobre los porqué y como de la misma. Es necesario entonces introducirse en los elementos de la globalización, o modernidad postindustrial, o como se desee llamarla.

1.2.- La confianza como un elemento del capital social de la modernidad postindustrial.

La teoría social clásica que ha calificado al orden social que surge de la modernidad, no ha sustentado satisfactoriamente tesis sobre el estudio de las etapas o estados de evolución de las instituciones modernas. Por una parte se le ha denominado como capitalista según Marx, ó como industrial según Durkheim, ó como capitalista racional conforme a Weber; sin considerar que dichas teorías no son excluyentes y por tal Giddens propone una tesis que considera a la modernidad como "multidimensional" en el plano de sus instituciones que contiene un dinamismo que separa el tiempo del espacio permitiendo una regionalización de la vida social²⁵. Una de las explicaciones del porqué esta regionalización se ha desarrollado, es que la modernidad ha sido influenciada por la forma en que se ha impuesto para la sociedad el desarrollo de una "fiabilidad" que funge como gran "concepto generalizador" de tiempo y espacio; lo cual, a su vez, trae como consecuencia una concepción de seguridad frente al peligro y de fiabilidad frente al riesgo²⁶; incluso, a partir de esta observación, se ha dado lugar a la teoría de una sociedad desarrollada en el riesgo, la cual es desarrollada, entre otros tratadistas por Beck²⁷ y Luhmann²⁸.

Al analizar el concepto de "fiabilidad", se presenta al uso del dinero como ejemplo de la influencia y actuación de la misma en el sistema social. En este

²⁴ **Grün, Ernesto**, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI*, edit. LexisNexis-IJ UNAM, Buenos Aires 2006, pág. 84.

²⁵ **Giddens, Anthony**, op. cit. nota 12, pág 28.

²⁶ **Ibidem**, pág. 20.

²⁷ **Beck, Ulrich**, *La Sociedad del Riesgo*, edit. Paidós, 1ª. ed. Barcelona 2002, pág. 51.

²⁸ **Luhmann, Niklas**, *Sociología del Riesgo*, edit. Universidad Iberoamericana, 3ª- ed, México 2006, págs. 89-95.

punto se cita a Keynes en su concepción del dinero²⁹, al mencionar que éste, en su forma desarrollada, se aplica como un término de crédito y deuda referido a una pluralidad de intercambios ampliamente extendidos. En esta idea, *“El dinero es una manera de abrir un paréntesis en el tiempo, liberando de esta forma las transacciones de un particular medio de intercambio. Para decirlo más exactamente y en los términos ya introducidos, el dinero es un medio de distanciamiento entre el tiempo y el espacio. El dinero permite la verificación de transacciones entre agentes ampliamente separados en tiempo y espacio”*³⁰. Así, la “fiabilidad” en el dinero es más que un cálculo en la confianza de probables acontecimientos futuros, se otorga a esta palabra el concepto de fe en la confianza de resultados probables expresados en una obligación; y para completar la idea se expresa que se enlaza la “fiabilidad” en las transacciones monetarias con la certidumbre del público en las emisiones gubernamentales de moneda en papel o en metal, o en las emisiones de títulos. Se explica que la certeza en el dinero significa que se está confiando en un sistema, lo cual es un grado de mayor evolución en la credibilidad, ya que de otorgar crédito en personas de una manera primaria, se avanza a confiar en un sistema de mayor complejidad, que se refleja cuando existe un ambiente de certidumbre en el sistema económico que por consecuencia es proclive a la inversión³¹. En otras palabras, quien tiene dinero, tiene por consecuencia confianza en un sistema institucional y esta circunstancia, le elimina la necesidad de confiar en otros elementos personalizados.

Otro estudioso de la confianza es Fukuyama³², quien la ubica como el elemento fundamental del concepto de *capital social*, noción que se reviste de una “sociabilidad espontánea” consistente en la capacidad de formar nuevas asociaciones y colaborar dentro del marco de referencias que se establecen. A continuación se transcribe el término mencionado: *“El capital social consiste en una capacidad fundamentada en el predominio de la confianza en una sociedad o en algunos de sus aspectos. Puede materializarse en el más pequeño y básico de los grupos sociales, o sea, la familia, pero también en el más amplio de los grupos, la nación, así como en todos los grupos intermedios. El capital social difiere de otras formas de capital humano en tanto que suelen crearlo y transmitirlo mecanismos sociales como la religión, la tradición o los hábitos históricos”*³³. Esta idea de capital social es equiparado al de “*solidaridad orgánica*” que expresa Durkheim³⁴, que se considera un elemento que facilita el crecimiento de las grandes empresas.

²⁹ “Dinero es un activo extremadamente líquido, medido en una unidad padrón de cuenta, que permite con certeza liberarse de deudas expresadas en dicha unidad”, **Sills, David L.** *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, edit. Aguilar 1ª. ed. 2ª. reimpr. Madrid, 1979, tomo 3, pág. 668.

³⁰ **Giddens, Anthony**, op. cit. nota 12, pág. 34.

³¹ **Luhmann, Niklas**, *Confianza*, edit. Antropos, 1ª. reipr. Barcelona, 2005, págs. 86-87.

³² **Fukuyama, Francis**. *La Confianza*, edit. Sine qua non, Barcelona, 1998, pág. 47.

³³ **Ibidem.**, pág. 44.

³⁴ **Durkheim, Emile.**, op. cit. nota 7, págs. 241-244.

Pero, desde luego, no se debe olvidar que esta confianza en el dinero y en la economía se encuentra ubicada en un sistema que es y ha sido capitalista³⁵, el cual ha estado conceptualizado como una colección de muchas instituciones combinadas en procesos interrelacionados entre sí, lo que se constituye como elemento multidimensional según Giddens; en reafirmación a lo asentado, se puede referir a la confianza que manifiesta un comerciante que concurre a un mercado y su garantía de legalidad en las operaciones realizadas por los actores del mismo consiste únicamente en un supuesto, válido para las partes que comercian, de que todas ellas tienen el interés de continuar en el futuro las relaciones de intercambio, ya sea recíprocamente, o sea con otros comerciantes, por tal se mantienen en lo acordado y evitan violaciones a los pactos y fraudes que afecten a la buena fe de los convenios, porque saben que en caso de fallar a este principio, no podrían volver a ese mercado³⁶.

El tema de la confianza como elemento constitutivo de los mecanismos económicos de la nueva era, es el punto medular que trata este estudio, ya que, según explica Luhmann, *"la complejidad del mundo futuro se reduce por medio del acto de confianza. Al confiar, uno se compromete con la acción como si hubiera solo ciertas posibilidades en el futuro"*³⁷. Así es, en la modernidad se ha desarrollado la fiabilidad en sistemas abstractos³⁸ que se han institucionalizado, provocando en el individuo una credibilidad que se ha definido como capital social. El elemento comparativo con las sociedades premodernas serían los contextos de la confiabilidad determinados en el parentesco, la localidad, la religión y la tradición³⁹, lo cual, resulta significativo, en especial el aspecto religioso ya que la misma presume y exige confianza, que se refleja en los actos de fe, cuyo vocablo es una derivación de la acepción latina *confido, confidis, confidere, confisus, confisum*⁴⁰, que significa tener confianza. En este punto cabe recordar la argumentación de Weber, contraria a Marx, al afirmar que las fuerzas económicas no creaban productos culturales como la religión y la ideología, sino que era la propia cultura la que producía comportamientos económicos⁴¹. En la sociedad premoderna, el riesgo como factor de desajuste de la fiabilidad era importante sobre todo al considerar las amenazas naturales, humanas y místico religiosas, creando miedos y angustias.

Por lo que toca al entorno de la sociedad moderna, se puede afirmar que su desarrollo presenta un mayor equilibrio entre la fiabilidad y el riesgo, y la seguridad y el peligro; así los contextos de la "fiabilidad" en los sistemas abstractos han variado por la condición del distanciamiento espacio-tiempo y por las

³⁵ **Wallerstein, Immanuel**, op. cit. nota 10, pág. 40.

³⁶ **Weber, Max**, *Economía y Sociedad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 16ª. reimpr. México 2005, pág. 494.

³⁷ **Luhmann, Niklas**, op. cit. nota 31, pág. 33.

³⁸ **Giddens, Anthony** op. cit. nota 12, pág. 90.

³⁹ **Ibidem.**, págs. 98-103.

⁴⁰ **Blánquez, Agustín**, *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, edit Sopena, 4ª. ed. Barcelona, 1958, pág. 129.

⁴¹ **Weber, Max**, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed. 1ª. reimpr. México, 2004, págs. 270-289.

grandes áreas de seguridad que proporcionan las instituciones modernas a la vida diaria de las personas en comparación a las vivencias en las sociedades premodernas⁴²; el parentesco ha dejado de ser protagónico de la organización social intensa, la importancia del lugar ha sido desplazada por las interrelaciones de la globalización, pues lo local y lo global se han entretelado⁴³, aún y cuando el pensamiento y actividad religiosa se sostienen como importantes actitudes sociales, su posición ha variado hacia una liberalidad mística por el efecto de la secularización, el conocimiento reflexivo, la observación empírica, el pensamiento lógico y la aplicación tecnológica.

Cabe mencionar que el más afectado de los contextos de la fiabilidad es la tradición, ya que la sociedad moderna en su desarrollo racional científico tomó como divisa el cuestionamiento y eliminación de las posiciones tradicionales, dando como consecuencia la variación de los perfiles del riesgo y del peligro, y también de sus contrasentidos en la fiabilidad y seguridad, teniendo como efecto la casi eliminación del concepto de destino y la reaparición del concepto suerte.

Así, en la teoría del riesgo la sociedad moderna tiene otra concepción de las catástrofes naturales y otros sistemas de protección de las mismas, por que los riesgos estructurados son de creación humana y no atribuibles a efectos de culpas por faltas a la divinidad; la militarización es propia de un orden mundial y la guerra civil es poco posible en estas sociedades de la modernidad, quedando la guerra internacional y la civil para las sociedades que aún son premodernas.

La "fiabilidad" en la sociedad moderna está enfocada a sistemas abstractos que se han desarrollado en la obtención de una seguridad de gran margen para las personas e instituciones, reduciendo la interacción tiempo-espacio y aplicando una tecnología que permite la individualización de las realizaciones a un grado incluso de intimidad, transformando a esta última en su confianza hacia los mecanismos de esta "fiabilidad" abstracta que pretende personalizarse desde un esquema despersonalizado. Sin embargo, se ha presentado el fenómeno de que la modernidad en su globalización ha transformado la intimidad de la vida cotidiana, porque la "fiabilidad" en los sistemas abstractos puede proporcionar seguridad de la confianza en la cotidianidad, pero no se obtiene la reciprocidad de las relaciones de la confianza personalizada, por lo cual en la modernidad se alcanza la fe o confianza en principios impersonales y en algunos de carácter anónimo que se buscan personalizar mediante agentes confiables; es por eso que los sistemas abstractos buscan obtener una relación interpersonal mediante sujetos dignos de confianza.

El carácter anónimo de los sistemas busca relacionarse interpersonalmente con sus sujetos a consecuencia de que las instituciones modernas se han apoderado de grandes espacios de la vida de las sociedades, transformando sus códigos y lenguajes, debilitando la intimidad y privacidad de las personas en sus interacciones, dando lugar a relaciones institucionalizadas en su naturaleza, como

⁴² Giddens, Anthony, op. cit. nota 12, pág. 110.

⁴³ *Ibidem.*, págs. 106-107.

sucede con el trabajo corporativo, el comercio sistemático e impersonal, las sociedades impersonales, las amistades institucionales, incluso el amor temporal y el erotismo impersonal. En pocas palabras, la intimidad ha sido asaltada por la institucionalización despersonalizada.

También se menciona la existencia de una confianza automatizada que se constituye a través de una experiencia afirmativa y continua que se retroalimenta y es simple de aplicar, pero compleja en su control⁴⁴, así siempre será necesaria la vinculación con la verdad; en este sentido, se determina la confianza depositada en el sistema económico derivado en el dinero, en las habilidades especializadas y demostrables para procesar información, es decir, en la autoridad funcional y en el poder político legítimo constituido mediante aparatos de representación popular democráticos que sean apoyados; todo esto, se explica cómo confianza abstracta o, en términos de Giddens, como confianza en un sistema abstracto.

Ahora bien, estas nuevas condiciones de la confianza en las instituciones de la modernidad -por las que se industrializa la producción de bienes y servicios, se reparte la riqueza con mayor equidad, se gobierna en democracia y representación, se reflejan en las relaciones de la fiabilidad y el riesgo, y la seguridad y el peligro; son relaciones que presentan nuevos aspectos a analizar porque anuncian una fractura dentro de la modernidad derivada de la revolución industrial y la llamada sociedad del riesgo; circunstancias que buscan alcanzar un equilibrio entre las contradicciones de continuidad y pausa en la modernidad, reflejadas en el contraste entre la modernidad y la sociedad industrial, y entre ésta última y la sociedad del riesgo⁴⁵. La explicación de este fenómeno corresponde a que el concepto de modernidad, según se afirma, está asociado al concepto de racionalización en la ideología occidental que reemplaza la causalidad mágica o religiosa⁴⁶ y que, por consecuencia, derivaría en un orden social racional que aportaría la aparición de una nueva sociedad⁴⁷, un poder político nuevo y un hombre nuevo, paradigma que entonces entusiasmó y posteriormente desalentó a los pensadores del momento, entre ellos Nietzsche⁴⁸, quien impugnó el concepto platónico de la historia; sin embargo, Beck refiere: *"En el siglo XIX, la modernización tuvo lugar sobre el trasfondo de su opuesto: un mundo tradicional, una naturaleza que había que conocer y dominar. Hoy en el umbral del siglo XXI, la modernización ha consumido su opuesto, lo ha perdido y da consigo misma en sus premisas y principios*

⁴⁴ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 31, pág. 86.

⁴⁵ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 16.

⁴⁶ Touraine, Alain, *Crítica de la Modernidad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., 2ª. reimpr., México, 2006, págs. 18-19.

⁴⁷ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 25. *"La Modernización, se refiere a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas"*.

⁴⁸ Nietzsche, Friedrich, *El Caso Wagner Epilogo*, referido en la obra de Henri Lefebvre *"Nietzsche"*, edit. Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr. México, 2004, pág. 229.

funcionales de sociedad industrial"⁴⁹. En este punto, indica Beck, que el contraste presentado entre modernización y sociedad industrial da lugar a una distinción entre dos formas de modernización: la modernización de la tradición y la modernización de la sociedad industrial; la primera es simple y sencilla, en tanto que la segunda es reflexiva. El problema según Beck, es que la modernización reflexiva de la sociedad industrial crea una interrelación de continuidad y pausa entre la producción de riqueza y producción de riesgos; pues mientras en la sociedad industrial, la *lógica* de la producción de riqueza domina a la *lógica* de la producción de riesgos, en la sociedad de riesgos se invierte la relación. La ganancia de poder del progreso técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos. La *lógica* a la que se refiere el mismo autor, es la expresada para la producción y reparto de riesgos paralela al reparto de la riqueza conforme lo plantean las diversas teorías socioeconómicas; la cual, se configura como consecuencia de la modernización que se convierten en amenazas irreversibles a la ecología y la vida de plantas, de animales e incluso de seres humanos; estas amenazas y riesgos no tienen límite por los efectos de la globalización y su reproducción, no respeta grupos, lugares o fronteras nacionales y no son específicas de políticas de clase o dinámica social⁵⁰.

De manera simple, al determinar al riesgo como otro elemento de la integración del capital social en la sociedad, se ha concebido a este mencionado elemento como una justificación de la ganancia empresarial por medio de la función de absorción del margen de incertidumbre⁵¹; sin embargo el concepto de riesgo en los parámetros de la modernidad ha desarrollado en la llamada sociedad del riesgo, una clasificación conceptual que expone Giddens⁵² sobre la que busca provocar mayor reflexión sobre este punto:

- a) Globalización del riesgo en la intensidad, por ejemplo una guerra nuclear, y el desastre ecológico como amenaza a la vida humana;
- b) Globalización del riesgo en el sentido del creciente número de sucesos contingentes que afectan a todos, o a un gran número de humanos, por ejemplo, los cambios en la división del trabajo, la explosión demográfica incontrolada y el colapso del intercambio económico global;
- c) El riesgo originado por la naturaleza socializada, como lo puede ser la radiación, debido a accidentes nucleares, la contaminación química de los mares, el "efecto invernadero" derivado de los contaminantes atmosféricos que atacan la capa de ozono deritiendo las capas de hielo, la destrucción de los bosques húmedos que afectan la suficiente renovación del oxígeno, y la devastación de millones de hectáreas de la capa del suelo por fertilizantes artificiales;
- d) Riesgos Institucionalizados que afectan las oportunidades de vida de millones de humanos, por ejemplo, los mercados de inversión y los gastos en la carrera armamentista;

⁴⁹ Beck, Ulrich, op. cit. nota 26, pág. 16.

⁵⁰ Ibidem., "En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos", pág. 25.

⁵¹ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 27, pág. 45.

⁵² Giddens, Anthony, op. cit. nota 12, pág. 120.

- e) La consciencia del riesgo, consistente en lagunas del conocimiento de riesgos que no se pueden transformar en certezas;
- f) La consciencia de riesgos ampliamente publicitada y reconocida por la población;
- g) La consciencia de las limitaciones de sistema respecto a los riesgos.

En los estudios sobre la sociedad del riesgo que señalan los tratadistas no se rompe en absoluto la lógica del desarrollo capitalista, sino que ésta se eleva a otro nivel⁵³, así que los referidos riesgos de baja probabilidad y graves consecuencias no desaparecerán del mundo moderno, aún cuando en un escenario óptimo, se piensa que sí podrían disminuir⁵⁴.

Es indiscutible que la modernidad ha dado lugar a los riesgos mencionados y a otras circunstancias desfavorables como consecuencias no previstas y fuera de control que, sin embargo, éstos se han presentado en la modernidad debido a que los sistemas abstractos, que son inseparables de la misma, pueden tener y de hecho han tenido defectos de diseño y fallas de operación⁵⁵ que siempre tendrán como escenario la difícil complejidad de la sociedad humana mundial.

Esta conclusión permite considerar que el factor confianza en la sociedad moderna subsiste, aún y cuando la presencia del riesgo y las consecuencias no impredecibles y fuera de control son factores permanentes que han acompañado a la humanidad en sus miedos catastróficos. Cabe citar a Giddens: *“Confianza y riesgo, oportunidad y peligro – esos rasgos polares y paradójicos de la modernidad – permean todos los aspectos de la vida cotidiana, reflejando, una vez más, la extraordinaria interpolación de lo local y lo global. Se puede mantener una aceptación pragmática de la mayoría de los sistemas abstractos con que tropieza la vida de las gentes, pero tal actitud, por su misma naturaleza, no puede sostenerse todo el tiempo respecto a todas las áreas de actividad, porque la información experta que nos va llegando llega frecuentemente fragmentada o es inconsistente, como el conocimiento reciclado que colegas, amigos, e íntimos se pasan de uno a otros”*⁵⁶.

A pesar de las posturas catastróficas y pesimistas, también se encuentran sociólogos como Stiglitz, que presenta en el año 2006 advertencias y recetas para la regulación del capitalismo⁵⁷ y la promesa de que otro mundo es posible⁵⁸, y mantiene su postura esperanzadora a pesar del derrumbe financiero del 2008, previendo un nuevo orden capitalista⁵⁹.

⁵³ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 29.

⁵⁴ Giddens, Anthony, op. cit. nota 12, pág. 127.

⁵⁵ Ibidem., pág. 142-143.

⁵⁶ Ibidem., pág. 139.

⁵⁷ Stiglitz, Joseph E., *El Malestar de la Globalización*, edit. Taurus, 6ª. reimpr. México, 2006, págs. 311-314.

⁵⁸ Stiglitz, Joseph E., *Como Hacer que funcione la Globalización*, edit. Taurus, México, 2006, pág. 52.

⁵⁹ Stiglitz, Joseph E., *Caída libre*, edit. Taurus, Buenos Aires, 2010, págs. 229-233.

También Fukuyama expresa en el 2004 una posición de consideración sociopolítica propositiva partiendo del análisis prospectivo de la Unión Europea⁶⁰, pero su estudio no consideró el colapso financiero del año 2008, sin embargo, sus consideraciones sociopolíticas no se pierden en el contexto analítico derivado de la crisis.

Toeffler señala en obras de los años 2004⁶¹ y 2006⁶², prevenciones en el sentido de que la sociedad actual se abre a sí misma oportunidades y puede canalizar sus retos en buen destino, mostrando así posiciones optimistas respecto de esta nueva etapa social, que él denomina la "tercera ola", ó, si se le desea llamar así, respecto de la modernidad y sus consecuencias. Por lo que corresponde a la obra del 2006, que postula una revolución de la riqueza, el vaticinio fue erróneo por el desenlace de la crisis del 2010, que dio a lugar a un panorama totalmente adverso a la predicción expresada en su trabajo.

En los anteriores estudios de carácter optimista, se explica que para buscar salidas a las crisis provocadas por la sociedad del riesgo se propone equilibrar el ideal utópico con el realismo de una manera más rigurosa que la presentada por los radicales críticos de modernidad y el liberalismo; se presenta esta propuesta en base a que se ha demostrado que la historia no corresponde a la dialéctica de amo-esclavo⁶³ y que las consecuencias de la modernidad como lo son las sociedades del riesgo, no son sociedades de clases⁶⁴, ya que tanto los riesgos, como los postulados humanistas de compromisos radicales para buscar el incremento de las posibilidades para una vida plena y satisfactoria para todos son incluyentes y globalizados, sin que esto signifique que la modernidad está asociada únicamente al capitalismo o el industrialismo; porque se habrá de reconocer siempre en ella la presencia de movimientos sociales que son y serán motores de su traslado hacia circunstancias consecuentes previstas o no, como lo es en el caso de la sociedad del riesgo.

Pero surge la pregunta: ¿El planteamiento de la sociología del riesgo es la viabilidad de la sociedad dentro de los parámetros de la modernidad? o ¿La aparición de la sociedad del riesgo anuncia el fin de esta etapa de modernidad y se constituye en el inicio de una nueva etapa postmoderna?; la cual, probablemente para unos, o seguramente para otros, ya arribó.

Ante los anteriores cuestionamientos, se conceptúa al postmodernismo como: *"la culminación de un largo movimiento intelectual que casi constantemente se opuso a la modernización técnica y económica que no fue interpretada por ninguna obra intelectual importante durante el siglo pasado"*⁶⁵. Lo cierto es que la modernidad ha sido cuestionada por su racionalismo desde

⁶⁰ Fukuyama, Francis. *La Construcción del Estado*, edit. Sinequanon, Barcelona, 2004, pág. 172.

⁶¹ Toffler, Alvin y Heidi *"La Creación de una Nueva Civilización"*, edit. Plaza & Janes, Barcelona, 1996, págs. 188-122.

⁶² Toffler, Alvin y Heidi, *"La Revolución de la Riqueza"*, edit. Debate, México, 2006, pág. 362.

⁶³ Giddens, Anthony, op. cit. nota 12, págs. 145-146.

⁶⁴ Beck, Ulrich, op. cit. nota 26, pág. 53.

⁶⁵ Touraine, Alain, op. cit. nota 46, pág. 186.

1725 en la obra de Vico⁶⁶, pero es en el campo del arte en donde se cultiva la idea del postmodernismo hasta llegar a influenciar en las revisiones y cuestionamientos más metódicos de la ciencia, mediante la deconstrucción. Sin embargo, varios pensadores consideran que el movimiento llamado de postmodernidad no es más que unas de las crisis de la propia modernidad. Touraine explica: *"La crisis de la modernidad, que a algunos les parece una ruptura con la secularización y con la confianza en la razón, ¿no es más bien la entrada en una modernidad más completa, que ha roto todas las amarras que la retenían aún en las orillas del orden de las cosas, natural, divino o histórico?"*⁶⁷; en otras palabras, la modernidad se ha desarrollado por la influencia de la modernización, que en una primera etapa que se denomina "modernidad limitada", en donde su desarrollo lleva a un estado de crisis que es confundido conceptualmente y es presentado como la postmodernidad, pero en realidad, esta crisis de la primera etapa y su desarrollo no son una nueva era diferente a la modernidad, sino el arribo de la segunda etapa de la modernidad llamada la "modernidad plena"⁶⁸, en la cual se combinan por una parte, la racionalización y la subjetivación, y por la otra, eficacia y libertad.

Conforme al pensamiento de Touraine, el concepto de modernidad se presenta un dualismo que comprende a la racionalización y la subjetivación: desde luego, no hay modernidad sin racionalización y tampoco sin subjetivación; la subjetivación es la transformación del individuo en sujeto, convirtiendo al hombre en el fundamento de los valores, en especial el de la libertad, reconstruyendo así, el concepto de la modernidad fragmentada, porque en la subjetivación se separan los objetos de los sujetos que estaban confundidos en la "modernidad limitada"⁶⁹. La libertad permite que en la "modernidad plena" se transite hacia una sociedad de plenitud democrática, porque para que haya democracia es necesario que los conflictos sociales se mantengan en los límites de los valores de la modernidad, siendo estos la racionalización y la subjetivación⁷⁰. La libertad también es un concepto fundamental para los movimientos sociales, especialmente el movimiento obrero⁷¹, que buscan en el pretendido equilibrio del "realismo utópico" para alcanzar salidas a las crisis que presenta la sociedad del riesgo.

Touraine, Giddens y Habermas⁷² han planteado que la postmodernidad es alcanzable, pero que aún no se ha llegado a ella, por lo que la actual etapa es todavía moderna, con sus circunstancias especiales ya explicadas, a las cuales también se les señala como consecuencias. Una de esas consecuencias sería indudablemente la mundialización o globalización⁷³, otra es la sociedad

⁶⁶ **Vico, Giambattista**, *Principios de una Ciencia Nueva sobre la Naturaleza Común de las Naciones*, edit. Aguilar, 4ª. ed., Buenos Aires 1975, t. IV, pág. 205.

⁶⁷ **Touraine, A.**, op. cit. nota 46, pág. 358.

⁶⁸ **Ibidem.** pág. 359.

⁶⁹ **Ibidem.** pág. 205.

⁷⁰ **Ibidem.** pág. 334.

⁷¹ **Giddens, Anthony**, op. cit. nota 12, págs. 149-151.

⁷² **Díaz, Esther**, op. cit. nota 14, pag. 16.

⁷³ **Ibidem.** pág. 163.

postindustrial⁷⁴, la aplicación de la alta tecnología, la sociedad del riesgo, la modernidad líquida⁷⁵, entre otras, que los tratadistas van determinando; entre tanto, es importante la conceptualización y caracterización de estas consecuencias en los diversos aspectos de la sociedad moderna resultante como elementos de la transformación que se experimenta y ofrecer una reflexión que ubique e identifique al sujeto en su entorno dentro de esta nueva era o etapa contenida en una mundialización extensiva y que en virtud de tal, se han masificado los efectos de la economía derivada de la revolución industrial, y se ha desarrollado una infraestructura tecnológica de comunicación masificada con interacción individualizada.

1.3.- La estructura socioeconómica intermedia entre el Estado y los individuos como elemento de la modernidad postindustrial.

El mundo moderno ha sido afectado por los efectos de una globalización, representada en términos de una dualidad global-nacional, en donde la primera gana poder y ventajas a expensas de la segunda; dualidad que ha sido provocada por la aparición de actores transnacionales que desnacionalizan los espacios urbanos de las ciudades globales⁷⁶.

Ante esta situación, el estado nacional, aún poderoso (considerando que la política económica nacional ya no es tan eficaz como antes⁷⁷), ha tenido que reaccionar para anticipar la participación de estos agentes económicos emergentes cuya actuación se intenta regular en los lineamientos contenidos en tratados internacionales o en políticas seguidas por organismos internacionales que afectan o brindan oportunidades en participación socio-económica a las agrupaciones y a los individuos de los distintos países suscriptores.

Sobre el particular destaca que en 1980 la obra futurista de Toffler mencionaba: *“los países europeos, por ejemplo, se han visto obligados, a regañadientes, pero ineluctablemente, a crear un mercado común, un parlamento europeo, un sistema monetario europeo y agencias especializadas como la organización europea de investigación nuclear”*⁷⁸. Definitivamente este sociólogo del futuro no imaginó que en veinte años la unión europea se convertiría en la potencia que ha hecho realidad el sueño de Carlomagno y Napoleón, aglutinando en este año a veintisiete países⁷⁹ que han encontrado en esta participación el motivo de su recuperación, fortaleza y proyección.

⁷⁴ Touraine considera a la sociedad postindustrial como aquella en donde la producción de bienes materiales cedía lugar central a la producción de bienes culturales y donde el conflicto principal oponía la defensa del sujeto a la lógica del sistema de producción, de consumo y de comunicación. Op. cit. nota 46, pág. 361.

⁷⁵ Bauman, Zygmunt, op. cit. nota 15, pág. 127.

⁷⁶ Sassen, Saskia, *Los Espectros de la Globalización*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. Buenos Aires, 2007, págs. 15-16.

⁷⁷ Giddens, Anthony, *“Un Mundo Desbocado”*, edit. Taurus México, México, 2000, pág. 30.

⁷⁸ Toffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 414.

⁷⁹ http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/ 2-VIII-08

El hecho es que la globalización es un proceso complejo, impulsado por factores sociopolítico-económicos amalgamados en sus tendencias y contradicciones, que ha hecho variar las estructuras que se venían presentando como tradicionales, derivadas de la inercia de la revolución industrial (y varían más, ahora que está vigente la era postindustrial). También ha variado la velocidad de los vínculos, la actitud participativa de los gobiernos en temas internacionales y el desarrollo de las empresas transnacionales.

La globalización ha creado un efecto de organización socio-económica en los países involucrados que, independientemente de su grado de participación en este fenómeno, ha influido en la actitud de los gobiernos, empresas, agrupaciones e individuos de dichos países, haciendo variar los agentes de participación, y por consecuencia, cambiando las reglas de interrelación⁸⁰.

En este punto, se debe de hacer una reflexión sobre el desarrollo del comercio que se ha alcanzado en la globalización. Partiendo de que en su primera etapa las sociedades humanas utilizaban una economía de autoconsumo y que a partir de la revolución industrial el desarrollo comercial modificó esta concepción, dividiendo a los productores de los consumidores en función de la masificación de los mercados; es decir, se comenzó a producir y a consumir masivamente, con lo cual se expandió el mercado, multiplicando las transacciones, proliferando intermediarios y ampliando la infraestructura mercantil en sistemas de financiamiento, apoyo tecnológico y formas de competitividad; creando de tal manera, una comercialización de la vida misma⁸¹.

El mercado⁸², es concebido como estructura, a través de la cual, se encausan bienes y servicios, y esta es rebasada como concepto económico por las circunstancias sociales de la modernidad y la globalización, convirtiéndose en una estructura psicosocial que relaciona entre sí a millones de personas, constituyéndose en una verdadera escuela para la sociabilidad que permite oportunidades e incentivos a la gente para colaborar entre sí para favorecerse y enriquecerse mutuamente⁸³.

Cabe indicar que esta concepción del fenómeno de mercado se venía desarrollando con un sentido sociológico al conceptualizar Weber que: *“representa socializaciones- o sociedades- racionales, coetáneas y sucesivas; cada una de las cuales tiene un carácter efímero ya que se extingue con la entrega de los bienes de cambio a no ser que se haya dictado –otorgado- un ordenamiento que imponga al que cambia frente a su parte contraria la garantía*

⁸⁰ **Giddens, Anthony**, *La Tercera Via*, edit. Taurus México 2ª reimpr., México, 2001, pág. 43.

⁸¹ **Toffler, Alvin**, op. cit. nota 9, págs. 365-371.

⁸² “Un mercado es un mecanismo a través del cual compradores o vendedores interactúan para determinar precios e intercambiar bienes y servicios”. **Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D.** *Economía*, edit. Mc Graw Hill, 18a. ed. México, 2006, pág. 25.

⁸³ **Fukuyama, Francis**, op. cit. nota 32, pág. 430.

de evicción (de la adquisición legal). El cambio realizado constituye una sociedad sólo con el partícipe⁸⁴”.

De esta manera, el concepto de mercado de la modernidad trasciende de lo meramente mercantil y materialista hacia una postura de corresponsabilidad humana en el abasto y suministro en función de las redes humanas de productores y consumidores que lo integran, cumpliendo, tanto, con el deseo por satisfacer necesidades materiales mediante la acumulación de bienestar y riqueza, como el deseo de reconocimiento en la sociedad civil como portador de los sentimientos éticos de honradez y dignidad de la clase comercial⁸⁵, en la cooperación con lo universal como movimiento dialéctico⁸⁶.

La interacción económica que ha provocado la globalización ha venido a generar nuevos criterios de organización, administración y actuación hacia los receptores de sus funciones desmasificando, desburocratizando, humanizando, flexibilizando el concepto empresarial para lograr eficiencia y así reforzar la actuación de las empresas mediante la creación y expansión de redes de usuarios, beneficiarios, servidores, trabajadores, administradores e inversionistas; todos ellos con vínculos e intereses relacionados con un objeto, actividad, ideología, religión, preferencia, etcétera, constituyéndolas en verdaderas estructuras intermedias entre los individuos y los gobiernos, independientemente del tamaño o estructura de su corporación⁸⁷. Estas estructuras modernas no solamente son empresariales o comerciales, también se acusa la organización y estructuración internacional de movimientos políticos, culturales religiosos y étnicos.

La participación económica empresarial se ha constituido en una moderna forma de actuar globalizadamente que ha tomado contundencia con el derrumbe del comunismo ortodoxo, especialmente en Europa oriental, donde se estima que la acción empresarial mundial tendrá una repercusión importante y decisiva en las formas de organización económica del inicial siglo XXI⁸⁸. Aparejado a la desaparición del dogmatismo comunista, el panorama mundial se ha asombrado con el despegue de los dos gigantes demográficos de Asia, los cuales aplicaron una revisión a sus sistemas socioeconómicos logrando tasas de crecimiento sostenido que hoy en día son la envidia de los demás países⁸⁹. La explosión empresarial asombrosa de Asia, especialmente en China, donde aún y cuando se siguen autodenominando marxistas, es claro que aplican una

⁸⁴ Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 493.

⁸⁵ Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, edit. Casa Juan Pablos, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México, 2004, pág. 184.

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 179.

⁸⁷ Toffler, Alvin *El Cambio del Poder*, edit. Plaza & Janes, 5ª. ed. Barcelona, 1996, págs. 241-244.

⁸⁸ Giddens, Anthony, op. cit. nota 77, págs. 26-27.

⁸⁹ El crecimiento acumulado del Producto Interno Bruto (PIB) en los años del 2000 al 2010, en China es de 170,860 billones de dólares, ajustados por paridad de poder adquisitivo; y en la India es de 103,520. González, Alicia, “Las ‘águilas’ toman el relevo”, “El País” Esp. negocios, “Economía global”, 5 diciembre 2010, pág. 25.

economía mixta bajo un totalitarismo político, más cercana a las posturas nacionalsocialistas que a las comunistas.

En la globalización se desplazaron hacia otro campo las disputas entre socialistas y liberales, sintetizándose en nuevas formas, en la medida en que el distanciamiento entre la producción y el consumo se ha venido resolviendo en un proceso de economía enfocada al intercambio⁹⁰. Este intercambio ha venido a presionar al Estado-nación según Fukuyama, él que presenta el trazo a futuro sobre los factores de la producción que fueron objeto de las disputas entre socialistas y liberales: *“El crecimiento de la economía global ha tendido a erosionar la autonomía de los Estados-naciones soberanos mediante el incremento de la movilidad de la información, el capital, y en menor medida, el trabajo”*⁹¹.

Otra estructura intermedia entre el gobierno y los individuos se ha constituido en las agrupaciones de diversa índole con carácter autónomo como lo son las Organizaciones No Gubernamentales y otras similares, aún con participación estatal; éstas han tenido una rápida proliferación, incluso transnacionalmente, dedicándose, desde la educación, a la exploración oceánica; desde los deportes, a la ciencia; desde la horticultura, a la dispensa de ayudas en situaciones de desastre y calamidad. Cabe decir que la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) tiene más miembros que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y es más atendida y obedecida por sus integrantes en sus directrices y resoluciones; también se puede incluir a la Cruz Roja Internacional, a la Cámara Internacional de Comercio (ICC), con sede en París, la Federación Internacional de Pequeñas y Medianas Empresas⁹², Greenpeace, Médicos sin fronteras, Fondos por la paz, Amnistía Internacional.

De esta manera se observa que la globalización ha reorganizado socialmente a los individuos en forma independiente del gobierno, la iglesia y la familia, dejando atrás la organización masificada, para hacer una labor de organización de mayor interrelación personificada a los intereses de grupo. Esta reorganización ha afectado las formas políticas tradicionales, dando lugar a posturas políticas ágiles y sorprendentes por su capacidad de captar militantes y simpatizantes, dejando atrás a los partidos políticos de posturas estáticas. Pero en la actitud económica, los individuos buscan participar en empresas que les permitan participar en las seguridades pronunciadas por el Estado de bienestar y aspirar a la movilidad socioeconómica ascendente.

1.4.- La política económica del Estado en la modernidad postindustrial.

Las consecuencias de la modernidad han afectado definitivamente a la actual definición de Estado y por consecuencia, a lo que se tenía conceptualizado como su funcionalidad. La sociedad postindustrial ha venido desplazando al

⁹⁰ Toffler, Alvin, *El Shock del Futuro*, edit. Plaza & Janes, 12ª. ed Barcelona, Esp. 1998. pág. 344.

⁹¹ Fukuyama, Francis. op. cit. nota 60, pág. 175.

⁹² Toffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 413.

Estado totalitario mediante el arribo de un Estado participativo, pero la democratización no es suficiente para la sociedad actual, es necesario un sistema eficiente que resuelva aspectos económicos, políticos, ecológicos, entre otros. Las prioridades de la globalización han hecho variar los fines gubernamentales; los logros de la sociedad de la revolución industrial se han convertido en figuras rebasadas por la interacción económica de las naciones, regiones y agrupaciones internacionales, tanto gubernamentales, como privadas. Así, el Estado en la modernidad postindustrial ha descansado en el paradigma del *welfare state*. Pero, ¿Qué perspectiva ofrece el Estado de bienestar en los retos de la política económica de la modernidad postindustrial?

El Estado de bienestar es promovido, entre otros por Groppali, quien indica que el fin de todo Estado es la conservación y el bienestar de los individuos⁹³; situación también expresada en la Declaración de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos, propuesta por la revolución francesa en la constitución de 24 de junio de 1793, que señala en su artículo 1º que el fin de la sociedad es la felicidad común, principio que se tomó, por la influencia de Jefferson que fungió como embajador de los Estados Unidos de América en Francia durante esa época y que definitivamente se sabe que dicho personaje promovió este concepto que él mismo expresó e insertó como parte de la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776.

El considerar el bienestar de los ciudadanos como uno de los fines del Estado es una tesis reiterada entre los tratadistas políticos, en especial por los teóricos del Estado del siglo XIX, como Duguit, que influenciados por el modelo de la aplicación de la seguridad social en la Alemania Imperial de Bismarck⁹⁴ señalaron la aplicación de la solidaridad del Estado, con el bienestar de los ciudadanos, influyendo así en una revisión y abandono al concepto del Estado liberal gendarme.

El maestro Jellinek señala como fines del Estado a los siguientes:

- a.- El bienestar del individuo y de la colectividad, manteniendo y protegiendo su existencia;*
- b.- Asegurar la libertad, la seguridad y el mantenimiento de la vida del derecho;*
- c.- Darle a la comunidad condiciones exteriores favorables bajo las cuales puedan desenvolverse algunas actividades vitales que no están, ni pueden estar, bajo la influencia directa del Estado, como las artes, la moralidad, la ciencia y el sentimiento religioso;*
- d.- Conservar, ordenar y fomentar, las manifestaciones sistemáticas de la vida solidaria de los hombres;*
- e.- Defensa del territorio contra los posibles ataques externos, propendiendo al mismo tiempo, por el prestigio internacional; y*
- f.- Asegurar los servicios públicos⁹⁵.*

⁹³ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría de Estado*, edit. Porrúa, 4ª. ed. México, 1966, pág. 410.

⁹⁴ Giddens, Anthony, op. cit. nota 80, pág. 132.

⁹⁵ Jellinek, Georges, *Teoría General del Estado* edit. Albatros, Bs. As. Arg., 1943, pág. 647.

Por su parte, el maestro Serra Rojas menciona que la acción política y administrativa del Estado se puede clasificar en actividades jurídicas, económicas y sociales, siendo estas:

Actividades jurídicas: Las tendientes al mantenimiento del derecho, conservación de la paz y el ordenamiento de la comunidad;

Actividades patrimoniales o económicas o financieras: Las encaminadas a la gestión del propio patrimonio, obtención de recursos y su correlativo empleo para la realización de los servicios públicos; y

Actividades sociales: Las tendientes a promover el adelanto del pueblo en sus variadas manifestaciones de bienestar físico, económico e intelectual⁹⁶.

Si bien es cierto que los estudiosos de la teoría del Estado indican principios que incluían la configuración del Estado de bienestar, estas recetas socialdemócratas para alcanzar el desarrollo socioeconómico han variado en el transcurso de la teoría política-económica. De esta manera, las teorías expresadas por Eduard Bernstein⁹⁷, y otros socialistas⁹⁸, fueron promoviendo el revisionismo del socialismo radical hacia la economía mixta y el capitalismo social; así las ideas revisionistas resultaron convertidas en un movimiento que fue impulsado por los socialdemócratas.

Con la influencia que contienen los antecedentes expuestos sobre el movimiento socialdemócrata y el señalamiento del Estado de bienestar como principio social básico, la sociedad recibió la aparición de constituciones políticas con sentido social como la del México revolucionario de 5 de febrero de 1917 y la de la Alemania del Weimar de 11 de agosto de 1919⁹⁹.

Aún y cuando se puede decir que ésta tendencia de la socialdemocracia también influyó, por lo menos formalmente, en algunos de los postulados de la constitución de la Unión Soviética de 5 de diciembre de 1936¹⁰⁰, habrá de reconocer que en ella, no se pierde, ni se desdibuja el original carácter dogmático del comunismo totalitario.

Por otra parte, no se puede dejar pasar por alto la aplicación del mismo concepto social demócrata del bienestar en el Estado liberal capitalista de los Estados Unidos de Norteamérica, que fue ejecutado mediante la aplicación del *New Deal* del presidente Franklin Delano Roosevelt de 1933 a 1941¹⁰¹.

⁹⁶ Serra Rojas, Andrés, *Teoría General del Estado* edit. Manuel Porrúa, México, 1964, pág. 261.

⁹⁷ Sills, David L., *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, edit. Aguilar, 2ª reimpr. Bilbao, Esp., 1979, Christian Gneuss, Vol. 1, pág. 755.

⁹⁸ Encarta 2000, Microsoft Corporation, "Enciclopedia", Socialismo, pag. 3. <http://www.Microsoft.com/encarta/es/4 X 09>.

⁹⁹ De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, edit. Porrúa, 10ª ed. 1ª reimpr. México, 1967, págs 44 y 47.

¹⁰⁰ *Fundamentos de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas Sovieticas*, edit. Progreso trad. al esp. Moscu, U.R.S.S., 1975, pág. 110.

¹⁰¹ *Historia Universal Siglo XXI*, edit Siglo XXI, 2ª ed. en esp. México, 1979, volumen 30 'Los Estados Unidos de Norteamérica', Willi Paul Adams, págs. 305-323.

Los mismos principios socialdemócratas que buscan el Estado de bienestar, también fueron aplicados, en especial, por la recomposición de la posguerra, que dio lugar a nuevas constituciones políticas entre los Estados que participaron en el conflicto, como lo son: Alemania, Francia, Italia y Japón; así, de esta forma, se ha llegado en la actualidad a la vigencia del Estado de bienestar.

La recomposición de la economía y la política de los países impactados por el conflicto se determinaron en la creación de la Organización de las Naciones Unidas y los acuerdos de Bretton Woods. De esta forma, los esquemas económicos de la posguerra se basan en la rectoría económica del Estado que pasan por un amplio espectro desde la economía cerrada del Estado comunista, hasta la aplicación más liberal de los gobiernos de los partidos republicano en los Estados Unidos de Norteamérica y conservador en Inglaterra, pero en especial se presentan fórmulas para incorporar a los países marginados a proyectos de desarrollo que promueven inversiones externas de centros financieros internacionales o empresas transnacionales.

Amartya Sen¹⁰² y Gustav Ranis¹⁰³ expresan de manera sobresaliente que para evaluar el progreso de un país, especialmente en países pobres, se deben tener en cuenta, además de factores como: los ingresos que llenen las necesidades básicas, los ingresos del mercado y el consumo creciente per cápita de bienes de mercado, a otros como salud, expectativas de vida, inscripción en escuelas, escolaridad de los adultos y la independencia de las mujeres¹⁰⁴; todos estos factores últimamente mencionados corresponden indudablemente a políticas que propicia el Estado de bienestar, con lo cual queda este objetivo político del bienestar condicionado al desarrollo. Sin embargo, no solamente es maximizar el bienestar; hay otras metas además del bienestar, hay otros valores además de las metas: La valoración ética de los seres humanos¹⁰⁵.

De las consideraciones de los tratadistas anteriores se desprende que del crecimiento potencial de la economía de un país son¹⁰⁶:

- 1) Los recursos humanos. En este sentido, los países en desarrollo deben luchar no solo en contra de la explosión demográfica, sino además deben superar la calidad de sus recursos humanos, procurando un "*capital humano*", controlando las enfermedades y mejorando la salud y la nutrición, mediante el abastecimiento de agua potable y extendiendo las clínicas de prevención de enfermedades a mayor número de usuarios; proporcionando una mejor educación mediante la reducción del analfabetismo, la capacitación de los trabajadores y la inclusión de estudiantes de educación superior en centros avanzados del país o el extranjero; y sobre todo, no desestimar la importancia de los recursos

¹⁰² Premio Nobel de Economía de 1998 y profesor de Harvard, de origen bengalí.

¹⁰³ Profesor emérito de la Universidad de Yale.

¹⁰⁴ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., *Economía*, edit. McGraw Hill, 18ª. ed. México, 2006, pág. 557.

¹⁰⁵ Sen, Amartya K., *Bienestar, justicia y mercado*, edit. Paidós, trad. Damián Saucedo, Barcelona, 2008, pág. 62.

¹⁰⁶ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., op. cit. nota 104 , págs. 557-571.

humanos adquiriendo destrezas y conocimientos para la operación y mantenimiento de la planta productiva, así como la participación de la población en el esfuerzo productivo interno;

- 2) Los recursos naturales. Probablemente el recurso natural más valioso de los países en desarrollo es la tierra cultivable porque gran parte de su población laboral es agricultora; sin embargo, se requiere arraigar usos de conservación y de labranza adecuados, así como preferenciar cultivos competitivos adecuados a las condiciones regionales y de mercado, además de utilizar los fertilizantes menos riesgosos y aceptados por los estándares de consumo; todo esto buscando un marco de tenencia de la tierra regularizada que permita inversiones de capital, mejorando el riego y la tecnología que eficiente la producción.
Por lo que se refiere a otros recursos materiales, como minería y petróleo, será necesario evitar saqueos y búsqueda de rentas por parte de líderes corruptos o populistas, para así convertir esta riqueza natural en capital humano;
- 3) Formación de capital. Como toda economía moderna requiere de una serie importante de bienes de capital. Los países en desarrollo deben reducir el consumo corriente y buscar la producción indirecta, además de fomentar el ahorro para invertir en infraestructura para el desarrollo, ya que el financiamiento externo es riesgoso, tanto para los inversionistas, como para los receptores del crédito; y
- 4) Cambio tecnológico e Innovaciones. Un país no puede prosperar sin gobernantes y empresarios dispuestos a tomar riesgos, como lo es abrir empresas que adopten nuevas tecnologías e importen nuevas formas de hacer negocios, así también realizar inversiones en servicios adicionales de capacitación de técnicos y fuerza de trabajo calificado.

Las indicaciones anteriormente expuestas, no representan un modelo único; indudablemente se han planteado diversos modelos alternativos de desarrollo, pero lo que más ha impactado fue la falla del modelo del comunismo soviético y el ajuste del socialismo chino hacia las economías de mercado abierto; así mismo, se destacó la prosperidad de las economías asiáticas llamadas "dragones", en este caso, Corea del Sur, Taiwán, Hong Kong y Singapur; también la prosperidad en países del Commonwealth del Pacífico Sur y el Océano Índico, como Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, y el crecimiento de la India y el Brasil; además se observó el rezago de América Latina y el estancamiento del África Sur-sahariana, delineándose en los progresos de estos modelos las constantes buscadas en las altas tasas de inversión, vigilancia de la macroeconomía bajando la inflación y aumentando el ahorro y la orientación hacia el exterior en su economía, buscando un mercado abierto. El triunfo del mercado abierto desplazó la economía cerrada del comunismo, hasta llegar a la broma cruel de considerar que el comunismo era un camino más largo para arribar al capitalismo¹⁰⁷.

Como se observó anteriormente, los modelos político-económicos de desarrollo son variados y las fórmulas dentro de dichos modelos para alcanzar el

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 570.

desarrollo también han sido variadas, de tal forma que Barre determina como instrumentos de una política de desarrollo para los países subdesarrollados a:

1. La política de inversión, que debe considerar la productividad social marginal de la inversión, para elevar con ésta la relación de la producción corriente, la relación del trabajo y la relación de los bienes exportables;
2. La política agrícola, que debe de estimular el rendimiento e incitar a la inversión, distribuir las grandes propiedades y dimensionar la explotación agrícola;
3. La política monetaria, que debe ser estabilizadora para contrarrestar las tendencias inflacionistas y fomento el ahorro;
4. La política financiera, que debe de buscar una movilización fiscal de recursos para la inversión; y
5. La política de los cambios exteriores, que debe considerar conveniencias coyunturales en el proteccionismo, la exportación y la política cambiaria¹⁰⁸.

Otros, como Furtado¹⁰⁹, apoyados en cierto dogmatismo analítico marxista, niegan toda posibilidad de desarrollo para los países marginados, ya que todo beneficio del intento de desarrollo quedaría en las élites. El dogmatismo expresado por varios tratadistas resulta superado por la realidad y los análisis de una sociedad abierta considerada como moderna y racional, y que, dentro de este esquema de reflexión, esas posturas, derivadas de un dogmatismo teórico marxista son consideradas por estudiosos de la metodología científica, entre ellos Karl R. Popper, como elementos adversos o enemigos de esta apertura social moderna¹¹⁰, expresando que: *“El marxismo solamente constituye un episodio, uno de los tantos errores cometidos por la humanidad en su permanente y peligrosa lucha por construir un mundo mejor y más libre”*¹¹¹.

El espíritu empresarial de estimular la demanda y la oferta de mejores tecnologías tiene una destacada importancia, aún mayor que la de invertir, ya que hoy en día resulta que el conocimiento es uno de los factores de la producción y de los objetivos del Estado de bienestar, porque resulta más barato producir con tecnología de punta que con mayor inversión en mano de obra con tecnologías rebasadas o insuficientes.

Resulta evidente advertir que el avance tecnológico favorece el crecimiento de la productividad y el bienestar social. Este razonamiento produce el comentario común de economistas y sociólogos en el siguiente sentido: *“los gobiernos no pueden obligar a pensar durante más tiempo o a ser inteligentes. Los países socialistas basados en un sistema de planificación central utilizaban*

¹⁰⁸ Barre, Raymond, *El Desarrollo Económico* edit. Fondo de Cultura Económica, 6ª. reimpr. México 1975, págs. 146–173.

¹⁰⁹ Furtado, Celso, *El Desarrollo Económico Un Mito*, edit. Siglo XXI, México 1975, págs. 81–91.

¹¹⁰ **Sociedad cerrada:** es la que se expresa como mágica, tribal o colectivista; **Sociedad abierta:** es aquella en que los individuos deben adoptar decisiones personales. Popper, Karl R., *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, op. cit. nota 4, pág. 189.

¹¹¹ **Ibidem.**, pág. 11.

'palos' para promover la ciencia, la tecnología y la innovación, pero sus esfuerzos no rendían frutos por que no existían ni las instituciones ni las 'zanahorias' necesarias para estimular tanto la innovación como la introducción de nuevas tecnologías"¹¹²

La planificación central no se presentó como opción para una sociedad abierta, por lo que para los analistas del Estado moderno el incluir dentro de los fines del Estado a la estabilidad patrimonial, no sólo de la sociedad en sí sino también a la de sus integrantes como individuos, implica una postura de liberalidad económica que se ha aceptado de forma general, y que ha venido haciendo frente a dogmas y posturas radicales, que acabaron por ser desplazadas llevándose con ellas a la bipolaridad mundial. La guerra fría presentaba ante la sociedad el planteamiento de que el Estado protegía a sus ciudadanos de la "amenaza" del Estado contrario, circunstancia que al finalizar con la desaparición de una de las partes antagonistas, evidenció ineficiencias que se trataban de justificar en la vigila del peligro que significaba el mundo bipolar, la nueva etapa internacional exige un Estado eficiente y presto a resolver los retos de los riesgos que genera la modernidad. Indudablemente, el fin de la bipolaridad cambió todo el panorama y las posibilidades de desarrollo se vincularon de manera abrupta a la integración comercial en bloques regionales que exigen a su membresía denominadores comunes de condiciones internas y sobre todo externas. Ante las nuevas condiciones que presentó el fin de la bipolaridad, el modelo del Estado de bienestar generalizado por la socialdemocracia occidental, sufrió el embate del neoliberalismo; sin embargo subsiste en una nueva tercer vía y se perfila a enfrentar los retos y riesgos de la modernidad, la globalización, la democratización, la ecología, la legitimidad sin bipolaridad y la eficientización; todo ello, sin abandonar el humanismo social como doctrina.

Como reacción ante el Estado gendarme del liberalismo individualista y la perspectiva del Estado socialista totalitario, la teoría de la social democracia plantea al Estado de bienestar ha sido uno de los referentes más significativos del desarrollo civilizador de la segunda mitad del siglo XX; en el planteamiento referido por la socialdemocracia, el Estado de bienestar ha sido concedido como un Estado que reacciona a las consecuencias de la industrialización con medidas de prevención social, dotando de extensas prestaciones sociales a determinadas capas de la población¹¹³, de esta forma el Estado toma medidas para ejercer la rectoría económica mediante políticas de equilibrio social dejando que los mercados dirijan las actividades detalladas de la vida económica mientras el Estado regula condiciones sociales, regulando monopolios, tasando ingresos, y proporcionando una red de seguridad social a los trabajadores y sus dependientes, sin olvidar grupos desvalidos como los ancianos, desempleados y

¹¹² Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., op. cit. nota 104, pág. 696.

¹¹³ Luhmann, Niklas, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, edit. Alianza Universidad, 3ª. reimpr. Madrid 2002, pág. 47.

pobres en general¹¹⁴; lo cual es el resultado de un amplio consenso social interclasista que ha posibilitado el crecimiento económico y la estabilidad social en la sociedad democrática de la modernidad durante varias décadas, al menos en los países más desarrollados¹¹⁵.

En otras palabras, el Estado de bienestar mediante el concepto de inclusión, incorpora a la población a las prestaciones de los sistemas funcionales de la sociedad, pues en la medida en que se va realizando la integración propuesta, es como se van reduciendo los grupos que no participan de la plenitud de la vida social, o participan marginalmente; por eso la incorporación de estos grupos en el ámbito funcional de la política, es el tránsito al Estado de bienestar¹¹⁶. Por lo anterior, el Estado de bienestar se hace realidad mediante la integración de grupos desprotegidos en la gestión de riesgos que las políticas de seguridad e igualdad brindan a la sociedad; entendiéndose entonces, que el Estado de bienestar consiste en una mancomunidad de riesgos que la solidaridad de la política social ha redistribuido¹¹⁷; en otras palabras, el Estado de bienestar tiene como política un socialismo asistencial que se puede auto limitar en función del reconocimiento de derechos a las prestaciones y la posibilidad presupuestal de atenderlos, y estos aspectos están finalmente vinculados a los lineamientos del Estado Constitucional y las libertades políticas contenidas en el paradigma democrático que es concebido por Luhmann como la escisión en la cima del sistema político diferenciado mediante la distinción entre gobierno y oposición¹¹⁸.

Sin embargo, no se puede eludir el hecho de que la globalización de la modernidad postindustrial, la sociedad cibernética y las limitaciones al Estado-nación han puesto en jaque a la socialdemocracia y al Estado de bienestar por consecuencia. El poder de los mercados acreedores (como lo han demostrado en la crisis de los E.U.A. y la Unión Europea, especialmente en Grecia, Irlanda, Portugal, Italia y España), es estrechante del concepto aludido, pues, el Estado deudor se ve obligado por la fiscalización global a realizar “ajustes” que implican reducir sueldos, pensiones, inversiones públicas, burocracia y beneficios fiscales a los ciudadanos. Estos ajustes afectan la redistribución aumentando los impuestos a los más pudientes, a las grandes fortunas y capitales, a gravar las transacciones financieras internacionales, a combatir la evasión fiscal, los paraísos fiscales y la economía sumergida, quedando como alternativa mejorar la capacidad fiscal o recortar los gastos sociales, y lo último se ha venido realizando porque los acreedores imponen políticas antisociales¹¹⁹. Como recomendación, los estudiosos expresan que la sociedad del Estado de bienestar debe ampliar sus fórmulas de democracia para controlar las finanzas por la política y desechar el dogma del neoliberalismo en el sentido de que el mercado se auto regula; por lo cual se debe aplicar, incluso constitucionalmente, un control de los adeudos de Estado y de la banca pública privada, priorizando el pago de deudas sobre otros

¹¹⁴ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William ., op.cit. nota 104, pág. 24.

¹¹⁵ <http://www.fuhem.es/CIP/publicaciones/bienpresen.html>, 4 X 09

¹¹⁶ Luhmann, Niklas, op.cit. nota 113, pág. 49.

¹¹⁷ Giddens, Anthony, op. cit. nota 9, pág. 138.

¹¹⁸ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 113, pág. 162.

¹¹⁹ Sartorius, Nicolás, “Que le pasa a la izquierda”, “El País”, Esp. secc. Opinión, 15 julio 2011, pág. 23.

gastos como sucede en los Estados Federales de los Estados Unidos de América¹²⁰; y así también en la aprobación del Senado italiano a la propuesta del Primer Ministro Silvio Berlusconi y el Ministro de Finanzas Guilio Tremonti, en el sentido de introducir a la Constitución una “regla de oro” que exige el equilibrio de las cuentas públicas para alcanzar en el año 2014 la reducción en 79,000 millones el déficit¹²¹.

Por otra parte, cabe considerar que el Estado de bienestar no es un concepto económico, sino de carácter psicológico, consistente en el estado de la persona en el que es sensible del buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica por contar con el conjunto de cosas necesaria para vivir bien¹²², que provoca la sensación de “estar bien”; en este sentido es importante determinar y diseccionar el concepto de bienestar, mismo que se forma a partir de diversas satisfacciones que un individuo percibe en el transcurso de su vida, por lo que dicho sujeto siempre promoverá su propio bienestar mediante un sistema de deseos y acciones para conseguirlo¹²³.

De la misma manera, el bienestar de la sociedad parte de los deseos y acciones sistematizadas del grupo social para obtener satisfacciones, las cuales tienen una concepción de principios utilitarios que son, sin lugar a dudas, una meta política¹²⁴. En este punto se debe de reconocer que el Estado de bienestar tiene un costo económico importante, porque al expandir el ámbito de sus prestaciones, genera burocracia y tiene tendencias inflacionistas¹²⁵; pero, en la modernidad la exigencia del bienestar de los ciudadanos es concebida como una situación organizativa de la sociedad en los reclamos de libertad, igualdad y seguridad, la cual el Estado necesariamente debe cumplir con la población, en relación a los parámetros que marquen los derechohabientes y el presupuesto económico para atender el universo del programa, mediante un sistema que indudablemente tiene un contexto político.

Aquí se presenta un debate político sobre la amplitud e intensidad del bienestar social, ya que la socialdemocracia pretende mantener un gasto elevado de este concepto, en tanto que el neoliberalismo, busca una red de seguridad mínima; también está la postura de la vía tercia, que se apoya en el concepto de una “nueva economía mixta”, se dice nueva, porque la “vieja economía mixta” es sin duda un modelo generalizado en el Estado de la modernidad, debatiéndose las formas de eficacia y eficiencia como fundamentales para la modernización de las instituciones de bienestar,

¹²⁰ **Cooley, Thomas y Marimón, Ramón**, “*Compromisos creibles para la eurozona*”, “El País”, Esp. secc. Opinión, 12 julio 2011, pág. 25.

¹²¹ **Mora, Miguel**, Nota periodística: “*Italia golpea a los más débiles para reducir du déficit en 79,000 millones*”, “El País”, Esp. secc. Economía, 15 julio 2011.

¹²² **Real Academia Española**, *Diccionario de la Lengua Española*, edit. Espasa Calpe, 21ª., ed. 1992, t. I, pág. 290.

¹²³ **Rawls, John**, *Teoría de la Justicia*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., 5ª. reimpr., México 2004, pág. 35.

¹²⁴ **Luhmann, Niklas**, op.cit. nota 113, pág. 56.

¹²⁵ **Ibidem.**, pág. 106.

desplazando al Estado como único agente activo; buscando así la aparición y participación de nuevos agentes sociales que diversifiquen responsabilidad de la prestación del bienestar, los grados de participación de dichos agentes y la reconstrucción de formas de aplicación de la justicia social¹²⁶.

La aplicación de la justicia social conlleva a una reflexión sobre este valor axiológico al cual Rawls define como *“el principio de prudencia racional aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo”*¹²⁷. También se expone una concepción que se expresa en el sentido de ser: *“un criterio que rige las relaciones entre los individuos y la sociedad, sea considerando el punto de vista de los derechos de la sociedad (justicia legal o general), sea considerando el punto de vista del derecho de los individuos (justicia distributiva). Esta justicia social se opone a la justicia particular, o privada que rige las relaciones de intercambio de bienes entre los particulares”*¹²⁸.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que se ha anunciado la participación en el debate sobre la justicia otro punto de observación que expresa Amartya Sen, quien expresa:

*“En verdad, la teoría de la justicia, tal como está formulada de acuerdo con el institucionalismo trascendental en vigor, reduce muchas de las cuestiones más relevantes de la justicia a retórica vacía aunque bien intencionada. Cuando a lo largo y ancho del planeta la gente se agita para exigir más justicia global, y subrayo el comparativo ‘más’, no está reclamando algún tipo de ‘humanitarismo mínimo’. Ni se moviliza a favor de una sociedad mundial ‘perfectamente justa’, sino por la supresión de algunos arreglos escandalosamente injustos y por el avance de la justicia global como Adam Smith, Condorcet o Mary Wollstonecraft hicieron en su época, con apoyo en los acuerdos que se puedan alcanzar a través de la discusión pública y a pesar de la continua divergencia sobre otros temas”*¹²⁹.

De la reflexión sobre los conceptos de justicia expuestos y de su aplicación en el marco del Estado de bienestar en la globalización, se tiene que aceptar que durante un largo período de tiempo, el modelo de Estado de bienestar mostró su vigor a través de evidentes logros, pero la aparición de desajustes económicos y ecológicos, que se presentaron a partir de los años 70, incorporó ciertas sombras sobre su eficacia y su capacidad de supervivencia; todo esto, debido a que el Estado de bienestar produce su propia inestabilidad en la medida que reacciona ante las necesidades que él mismo ha creado, pero que no supo predecir y lo rebasan¹³⁰.

¹²⁶ Giddens, Anthony, op. cit. nota 9, pág. 85.

¹²⁷ Rawls, John, op. cit. nota 123, pág. 35.

¹²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *Diccionario Jurídico Mexicano*, edit. Porrúa, 11ª. ed., México, 1998, Jorge Adame Goddard, t. III, pág. 1909.

¹²⁹ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, edit. Taurus, Bogotá, 2010, págs. 57-58.

¹³⁰ Luhmann, Niklas, op.cit. nota 112, pág. 86.

Los países que desarrollaron tardíamente sus instituciones de bienestar, que obviamente son Estados que acusan una entrada tardía al capitalismo, han acumulado también los desequilibrios en un período menor de tiempo y en consecuencia se contempla, en ocasiones con perplejidad y preocupación, la sola posibilidad de renunciar a algo apenas conseguido¹³¹.

Es de considerar que si bien, los Estados de sociedades socioeconómicamente desarrolladas se impactan en sus políticas sociales ante aspectos de riesgo económico, ecológico y político-social, por los efectos de la modernidad como la globalización, los Estados que han arribado tardíamente a la revolución industrial y al capitalismo, son mayormente vulnerables a la problemática de eficiencia y ajuste de políticas para enfrentar estas crisis. No obstante, se afirma preventivamente que el Estado de bienestar que se desarrolla en las zonas altamente industrializadas del planeta no puede ser completamente entendido si se piensa en él como un Estado social caracterizado como socialista y estatista, ya que el concepto clásico de Estado Social se encuentra hoy en día en disolución¹³², por lo cual, se presentan las fórmulas expuestas en la tercera vía como posibilidad de ajuste en sus programas para adoptar una "nueva economía mixta" como forma de consolidación de una sociedad participativa que se solidarice en la sociedad de bienestar, relevando al Estado como único protagonista del proyecto.

En este contexto, aparece como imprescindible la reflexión teórica rigurosa y el análisis práctico para reforzar la articulación y coordinación de las diversas instancias públicas y privadas, formales e informales, que configuran lo que algunos autores han denominado economía mixta o pluralista del bienestar, con el desarrollo del voluntariado, las agrupaciones no gubernamentales y la iniciativa social sin ánimo de lucro; todo esto dentro de la acción de una sociedad democrática, elemento fundamental para desarrollar la sociedad del bienestar, más que el Estado de bienestar.

Ahora bien, se puede concluir que la Teoría del Estado moderna reconoce la necesidad de un Estado con sentido social, que en sus actividades se trace un sentido humanista del desarrollo económico dentro de la realidad que la modernidad y la globalización presentan en una economía de mercado. Lo anterior significa que el Estado moderno que pugna por el bienestar ciudadano debe adaptarse a la interrelación global que presentan los mercados y sus dos monarcas: los gustos y la tecnología¹³³; circunstancia que conlleva un gran reto al concepto tradicional del Estado de bienestar y que le ha obligado a la necesaria revisión que genera la nueva versión del mismo, con participaciones estatales, empresariales y sociales de mayor descentralización económica y social que han permitido a regiones y sociedades deprimidas, especialmente en Asia oriental, superar rezagos e integrarse con éxito a la nueva etapa.

¹³¹ **Habermas, Jürgen**, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid, 1999, pág. 68.

¹³² **Luhmann, Niklas**, op.cit. nota 113, pág. 31.

¹³³ **Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D.**, op.cit. nota 101, pág. 27.

Giddens acepta el reto que plantea la necesidad de ajustar el Estado de bienestar a la globalización y toma postura en una respuesta, explica la necesidad del Estado contemporáneo de afianzarse en la modernización mediante una economía mixta y buscar una tercera vía en las siguientes acciones:

- a. *El Estado debe responder estructuralmente a la globalización;*
- b. *El Estado debería aumentar el papel de la esfera pública, que implica una reforma constitucional dirigida a una mayor transparencia e imparcialidad, junto a la introducción de nuevas salvaguardas de la corrupción;*
- c. *Para conservar o recobrar legitimidad, los Estados sin enemigos, han de elevar su eficiencia administrativa;*
- d. *La presión hacia abajo de la globalización introduce no sólo la posibilidad, sino la necesidad, de formas democráticas distintas al proceso ortodoxo de votación;*
- e. *Los Estados sin enemigos dependen más que antes, si quieren conservar su legitimidad, de su capacidad para la gestión del riesgo; y*
- f. *La democratización de la democracia no puede ser solo local o nacional. La democratización descendente supone la renovación de la sociedad civil y ayuda a promover el nuevo Estado democrático¹³⁴.*

El hecho es que el Estado actual se encuentra impactado por transformaciones sociales de la llamada *tercera ola* originada por la revolución informática y su globalización consecuente¹³⁵. Tal impacto está modificando patrones económicos de producción, consumo y sus correlaciones en la política y cultura.

Toffler insiste¹³⁶ en que la *tercera ola* revierte los efectos de la revolución industrial con todas sus implicaciones al cambiar los patrones de conducta social, entre ellos, la modificación de la prioridad de valores en el impulso económico, al desmasificar a la sociedad¹³⁷, el modo de creación de la riqueza, la integración de los factores de la producción, la actuación social bélica, entre otras. Así, tanto en la revolución industrial, como en la *tercera ola*, los rasgos de modificación de patrones que presentan en el fenómeno bélico, son similares¹³⁸. Se determinan dichos rasgos como los siguientes¹³⁹:

1. *Factores de producción.* A la naturaleza, el capital y el trabajo debemos agregar el conocimiento, ya que la nueva economía lo tiene como prioritario y generador de una cultura de interrelación económica y ahora se necesita menos capital para producir más cosas¹⁴⁰. La frase: *El*

¹³⁴ Giddens, Anthony, op.cit. nota 80, págs. 85 –95.

¹³⁵ Toffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 165.

¹³⁶ Toffler, Alvin, op. cit. nota 90, pág. 473.

¹³⁷ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 50.

¹³⁸ Toffler, Alvin y Heidi, *Las Guerras de Futuro*, edit. Plaza & Janes, 6ª. ed., Barcelona, Esp., 2000, pág. 104.

¹³⁹ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, págs. 50 -58. y op. cit. nota 134, págs. 102 - 120.

¹⁴⁰ Idem, pág. 46.

*conocimiento es la auténtica palanca del poder*¹⁴¹, es un importante indicador de la nueva etapa, porque lo que se modificó fue la forma de transmisión del conocimiento¹⁴² y del ejercicio del poder¹⁴³, no obstante la máxima "*Conocimiento es poder*"; pero lo que ahora sucede es que la información ha empezado a desparramarse desde la esfera formal hacia la informalidad, permitiendo transparentar datos hacia la sociedad civil, la que actúa en consecuencia aportando conclusiones y creatividad¹⁴⁴.

2. *Valores Intangibles.* La estimación utilitaria de los objetos ha dejado de ser sobre bienes tangibles de valor para evolucionar en los denominados valores abstractos como lo son todos los elementos que se manejan cibernéticamente. Incluso, existen en la actualidad tendencias y corrientes que promueven la desmaterialización de cosas mercantiles, como lo es el dinero y los títulos valor, transformando los objetos que los representan y, adoptando con el concepto material de cosas comerciales a tarjetas de plástico y chips electrónicos¹⁴⁵.
3. *Desmasificación.* La producción en serie, la burocracia, el comercio genérico, el gigantismo en las obras materiales y las guerras masivas son obsoletas frente a la computadora individual, y enfrenta las necesidades de una sociedad más enfocada a la especificación individualizada¹⁴⁶.
4. *Trabajo.* La mano de obra como factor productivo se ha transformado de muscular y poco especializada e intercambiable, propia de la revolución industrial, al requerimiento y revaloración del trabajo indirecto y de alto conocimiento¹⁴⁷.
5. *Innovación.* Son necesarias innovaciones continuas para poder competir; nuevas ideas para productos, tecnologías, procesos, mercadotecnia y financiación. Se debe promover vía libre para la iniciativa en empresas inteligentes y competitivas¹⁴⁸.
6. *Escala.* Menos personas con una tecnología inteligente pueden conseguir más que un gran número de individuos con las herramientas de la fuerza bruta de la revolución industrial¹⁴⁹; por otra parte, la escala de las operaciones se miniaturiza junto con innumerables artículos¹⁵⁰.
7. *Organización.* Urge, ante la velocidad de los cambios, dismantelar las estructuras burocráticas de la *segunda ola*, privilegiando la autonomía y la participación de la autoridad decisiva a los niveles más bajos de la estructura¹⁵¹.

¹⁴¹ Toffler, Alvin, op. cit. nota 87, pág. 52.

¹⁴² McLuhan, Herbert Marshall *La Galaxia Gutemberg*, Edit. Paidós 3a. ed. México, pág. 42.

¹⁴³ Mills, Charles. Wright *La Élite del Poder*, edit. Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr., México, 1969, págs. 219 –228.

¹⁴⁴ Toffler, Alvin, op. cit. nota 87, pág. 218.

¹⁴⁵ Toffler, Alvin, op. cit. nota 87, pág. 51.

¹⁴⁶ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 51. op. cit. nota 134, pág. 108.

¹⁴⁷ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 53. op. cit. nota 134, pág. 110-113.

¹⁴⁸ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 54. op. cit. nota 134, pág. 114.

¹⁴⁹ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 135, pág. 115.

¹⁵⁰ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 54.

¹⁵¹ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 135, pág. 116. op. cit. nota 60, pág. 55.

8. *Integración de Sistemas.* Se exigen mejores formas de integración organizativa e informática de los sistemas de dirección mediante comunicaciones computarizadas y satélites¹⁵².
9. *Infraestructura.* Se requiere una infraestructura basta y ramificada que haga posible la integración¹⁵³.
10. *Aceleración.* El ritmo de las operaciones y transacciones es acelerado; el ahorro en la velocidad sustituye al ahorro en la escala, mediante una estrategia competitiva de ciclo rápido basada en el tiempo¹⁵⁴. *“Lo que importa en el campo de batalla no es necesariamente la velocidad absoluta, sino la velocidad en relación con el ritmo del enemigo”*¹⁵⁵.

Los rasgos anteriores se presentan frente la sociedad actual de manera repentina, obligándola a asimilarlos como respuesta a la globalización¹⁵⁶ que incorpora las transformaciones de la *tercera ola* a una nueva manera de crear la riqueza y a una participación competitiva en la economía, la política y en la cultura, teniendo como actores principales a las empresas en su calidad de organizaciones estructurales. Estos actores de la sociedad moderna que cumplen funciones intermedias entre el Estado y los individuos han tomado relieve en función de enfocarse a las preferencias de las personas, fortaleciendo los principios del libre mercado y la democracia como canales de interrelación con las empresas públicas y privadas, los organismos no gubernamentales y el Estado.

1.5.- El libre mercado y la democracia en la globalización

El triunfo del libre mercado sobre la economía cerrada a nivel mundial dio lugar a una reorganización del esquema de la globalización fortaleciendo los bloques regionales de integración económica, como es el caso del Mercomún Europeo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico, el Mercosur y la revisión de fórmulas de participación, regulación e integración en la Organización Mundial del Comercio.

La interacción de estos mercados ha dado como consecuencia la diversificación de la producción dando fin a la estandarización¹⁵⁷ y uniformidad de los productos, los que tenían características idénticas conforme se estilaba en el auge de la revolución industrial; ahora, en el superindustrialismo, la producción se enfoca hacia una clientela de gustos diversificados y obliga a los productores a buscar mercados especializados pasando de un mercado de consumo homogéneo a un mercado segmentado y fragmentado, teniendo cada uno de ellos estilos y preferencias propias con definidas tendencias a la individualización

¹⁵² Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 56. op. cit. nota 134, pág. 116.

¹⁵³ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 135, pág. 117.

¹⁵⁴ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 57. op. cit. nota 134, pág. 118.

¹⁵⁵ Von Clausewitz, Karl *“De la Guerra”*, edit. Diógenes, México, 1972, Tomo II, pág. 26.

¹⁵⁶ Giddens, Anthony, op. cit. nota 77, pág. 26.

¹⁵⁷ Toffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 277.

del consumo. Esta tendencia económico-social es contraria a las posturas doctrinales de los mercados generalizados de las economías cerradas en donde el consumidor individual no era considerado como factor, el libre mercado permite al consumidor la capacidad de decidir con libertad su preferencia en el consumo.

Con los principios del ejercicio del libre mercado en donde el consumidor tiene la libertad de preferir productos, resulta evidente que en la globalización comercial la acción de las empresas públicas y privadas en su carácter de estructuras intermedias entre el Estado y los individuos ha sido importante y es determinante en la necesaria transformación del sentido del comercio abierto hacia la individualización del consumo, lo cual repercute en las políticas del Estado hacia los individuos y en la reacción de los individuos hacia las instituciones exigiendo el mismo principio en la participación social y política democratizando la sociedad y el Estado.

La tendencia individualizadora de la economía de mercado abierto está íntimamente vinculada a la idea de la democracia, la cual parte de un principio activo, producto de la ilustración y la modernidad, fortalecido en el siglo XX y considerado como principio fundamental del Estado de Derecho en el siglo XXI.

Es tan definitivo el paradigma democrático en la concepción del Estado moderno, que hoy en día, son pocos los Estados del planeta que no se autodenominan democráticos¹⁵⁸, incluso China, Cuba y Corea del Norte se dicen ser “democracias populares”, cuando, en su realidad social no cumplen plenamente con el postulado que plantean, ya que en las democracias plenas rigen los postulados de igualdad, libertad, diversidad, respeto, transparencia y competitividad, y en especial, este último es también un principio aplicable al concepto de libre mercado. Por ende, tanto el libre mercado como la democracia han sido presentados como conceptos de aplicación paralela que se presentan como postulados en el fenómeno de integración a la globalización, evidenciando a los países que no cumplen con estos dos aspectos. Tal es el caso, que en los bloques comerciales más importantes, como lo son el Mercomún Europeo y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es requisito cumplir con la cláusula democrática para ingresar a participar como miembro o como socio comercial.

El ejercicio de la democracia es una de las características más importantes de la teoría del Estado de Derecho, y sobre el caso, se expresa la necesidad de que en el ejercicio del mismo, se mantenga un gobierno que en su aplicación contemple la postura crítica y la participación de la oposición política como

¹⁵⁸ Giddens, Anthony, op. cit. nota 77, pág. 82.

elemento cupular¹⁵⁹, permitiendo de tal forma que los individuos tengan como satisfactor psicológico y político la certeza de que su voluntad es representada en el contexto del ejercicio del poder, aún y cuando para un grupo de ciudadanos la opción política por la que se manifestaron no se haya constituido en el gobierno, pero que, como oposición tienen una opinión que tiene una consideración válida por los que ejercen el gobierno. A este respecto Gerard Radnitzky, expresó¹⁶⁰ sobre la sociedad democrática lo siguiente: *“Una de las condiciones “sine qua non” de la sociedad abierta es, por lo tanto, la institucionalización de la crítica. En el sistema democrático se ha institucionalizado una forma de crítica de los dirigentes, a saber, la posibilidad de expresar la disconformidad con el gobierno no votándolo más. Un gobierno es democráticamente legítimo solo si ofrece a los ciudadanos esa posibilidad. En las llamadas democracias populares, se niega a los ciudadanos incluso el derecho a expresar su disconformidad”*¹⁶¹.

Por lo que toca al aspecto comercial de la globalización, la aplicación de los principios de libre mercado y democracia ha evidenciado la necesidad de cambios en la orientación de los fines de las empresas modernas, destacándose como tales la productividad, la competitividad, la eficacia, la calidad, la permanencia, la transparencia y la honestidad. De hecho, se puede considerar que en la actual etapa de la sociedad, el Estado y los organismos intermedios entre él y los individuos cumplen con las exigencias mencionadas anteriormente, permitiendo permear de una manera más profunda la interacción de la persona al expresar su preferencia en el mercado y en la representatividad gubernamental.

El mundo moderno que ha sido afectado por la globalización se encuentra frente a un fenómeno de participación de agentes económicos emergentes cuya actuación se ha venido a incorporar a los lineamientos de políticas contenidas en tratados internacionales o en políticas seguidas por organismos internacionales, que ha afectado en su participación socio-económica a agrupaciones y a individuos de distintos países, independientemente de una participación formal en un acuerdo internacional¹⁶².

Al estudiar los efectos de la globalización no se puede omitir el análisis del impacto de este fenómeno mundial y su implicación en la desaparición de la Unión Soviética y el aislamiento de los países de economía cerrada. Estas circunstancias han provocado varias reflexiones sobre las causas de las del deterioro y derrumbe de estos sistemas político-económicos concluyendo en

¹⁵⁹ **Luhmann, Niklas**, op. cit. nota 113, pág. 155.

¹⁶⁰ Esta manifestación la realizó dentro del simposio sobre el octogésimo aniversario de Karl Popper celebrado en Viena en mayo de 1983, (en los finales de la cortina de hierro),

¹⁶¹ **Popper, Karl/Lorenz, Konrad**, *El Porvenir está Abierto*, edit. Tusquets Editores, 3ª. ed., Barcelona, 2000, pág. 156.

¹⁶² **Giddens, Anthony**, op. cit. nota 77, pág. 28.

señalarlos como víctimas de la globalización¹⁶³, y en su análisis se señala que su estructura no tuvo en cuenta adecuar los fines de sus empresas para que le brindaren capacidad de respuesta ante la competitividad y la apertura provocadas por el desarrollo electrónico y sus efectos en la nueva manera de producir y de la creación de la riqueza, ya que este proceso tendía a individualizarse y a salir del control del Estado totalitario; independientemente de la postura dogmática inmóvil y la consecuente despreocupación del sistema comunista por actualizar su capacidad y eficiencia económica en sus empresas para atender su mercado cerrado, ya que en todo caso un capitalismo de Estado hubiera sido más funcional.

Se ha acusado a la globalización de ser una devoradora de mercados con el único fin de acaparar riquezas, señalando que es un producto del neoliberalismo¹⁶⁴; sin embargo, el realismo del fenómeno globalizador rebasa hipótesis categóricas, ya que no es aislado, ni nuevo, sino que consiste en la continuación de una tendencia añeja, que debe ser encausada con sentido humanista, y no al servicio del lucro y acaparamiento. Noam Chomsky, constituido en otro crítico más de la globalización, no deja de reconocer los antecedentes y el carácter realista del fenómeno; pero todo análisis del fenómeno, lo efectúa, sin dejar de culpar al neoliberalismo de la desproporción del bienestar mundial y de acusar a los Estados Unidos de América de ser alevosos para con sus intereses en la globalización en perjuicio del tercer mundo; además de acusar a los otros polos de poder económico de lo mismo en menor proporción que los más poderosos; y también advierte que en todo caso es un fenómeno que devasta las pretensiones sociales de grupos desfavorecidos¹⁶⁵.

La globalización también permite análisis críticos, como los expuestos por Jürgen Habermas¹⁶⁶, quien cuestiona la legitimación del Estado y del Derecho en función de su aceptabilidad racional; circunstancia que sobreviene por el incremento de las demandas sociales, poniendo en crisis el modelo de Estado intervencionista y confrontándolo con una globalización, y desde luego, la globalización también ha aumentado las demandas sociales en los Estados regidos por postulados socialdemócratas¹⁶⁷.

El ejemplo de la capacidad de respuesta ante la globalización por parte de un Estado de economía mixta socialista y realista que privilegió la acción eficiente y competitiva de sus empresas, tanto públicas, como privadas, es la República Popular China, en la cual las revisiones a su estructura sociopolítica y económica, sin alcanzar la democracia, le han permitido mediante un socialismo nacionalista y mixto, enfrentar e integrarse a la globalización con eficiencia y ha generado una riqueza escandalosa que asombra y que junto con el éxito de otros

¹⁶³ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 61, pág. 77

¹⁶⁴ Ramonet, Ignacio, *¿Qué es la Globalización?*, edit. Monde Diplomatique, Santiago, 2004, pág. 10.

¹⁶⁵ Chomsky, Noam, *Los Mercados y la Sustancia de la Sociedad*, colaboración para *Los Límites de la Globalización*, edit Ariel, Barcelona, 2002, págs. 41 y 46.

¹⁶⁶ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*, edit. Trotta, 4ª. ed., Madrid, 2005, pág.95.

¹⁶⁷ Giddens, Anthony, op. cit. nota 80, págs. 39-60.

países asiáticos ha provocado desajustes en el consumo de productos como alimentos y materias primas en otras zonas del planeta, debido a que rompieron imprevisiblemente sus márgenes de consumo.

Por otra parte, las empresas de los países en vía de desarrollo han tenido que acondicionar sus objetivos a las empresas adquirentes de sus productos, o a las inversoras de capital o tecnología, y cumplir con los requerimientos de calidad, velocidad, honestidad, formalidad y eficiencia, para tener competitividad en los mercados de la globalización. En este sentido, los países de economía emergente como India, Brasil y México están luchando por realizar ajustes estructurales que les permitan ser competitivos en el libre mercado y llegar al equilibrio estable de la democracia plena.

Como conclusión se expresa que el Estado actual dentro de sus fines incluye medidas que garantizan el bienestar de sus ciudadanos dentro de una participación en los objetivos empresariales de una sociedad abierta. Esta idea la refuerza el concepto de sociedad abierta expuesto por Karl Popper que expresa lo siguiente: *“Con la expresión de ‘sociedad abierta’ pretendo designar no tanto una forma de Estado o de Gobierno, cuanto más bien un tipo de convivencia humana en la que la libertad de los individuos, la no violencia, la protección de las minorías y la defensa de los débiles constituyen unos valores primordiales”*¹⁶⁸. Al respecto, Robert Dahl¹⁶⁹ tiene una expresión acerca de la democracia y el desarrollo económico que se aviene a este tema: *“Los sistemas democráticos estimulan la educación de su población; y una población trabajadora educada contribuye a la innovación y al crecimiento económico. Además, el imperio de la ley normalmente se mantiene mejor en los países democráticos; los tribunales son más independientes, los derechos de propiedad son más seguros; los acuerdos contractuales se obligan a cumplir más eficazmente; y la intervención arbitraria del Estado y de los políticos en la vida económica es menos probable. Por último, las economías modernas dependen de la comunicación, y en los países democráticos las barreras a la comunicación son mucho menores”*¹⁷⁰.

1.6.- ¿Qué tan libre debe ser el libre mercado?

Sin embargo, cabe preguntar con sentido crítico ¿Qué tan libre debe ser el libre mercado? En este punto en donde se manifiesta el actual debate a consecuencia de la crisis financiera de septiembre del 2008, la cual se presenta como un parte aguas de la economía del capitalismo. En primer lugar, se debe reflexionar sobre qué fue lo que sucedió y qué originó el desajuste actual; en tal análisis se obtendrán hipótesis que interpreten lo ocurrido, para de ahí construir

¹⁶⁸ Popper, Karl/Lorenz, Konrad, op. cit. nota 158, pág. 190.

¹⁶⁹ Profesor emérito de ciencia política de la Universidad de Yale.

¹⁷⁰ Dahl, Robert, *On Democracy*, edit. Yale University Press, New Haven, Conn., Pág. 59.

una teoría de las medidas correctivas de este desequilibrio y valorar sus perspectivas posibles.

Buscando una explicación, se puede afirmar que la caída financiera de los cinco mayores bancos de inversión en los Estados Unidos de América, que de forma consecuente arrastraron a la banca mundial, tiene mucho que ver con el apalancamiento financiero, aplicado especulativamente, por el cual se multiplica la rentabilidad de las inversiones, solicitando créditos en dinero bajo el supuesto de que los precios de los activos reales (como lo es la vivienda¹⁷¹), continuarían sosteniendo una tendencia a la alza de dichos activos de manera indefinida; sin embargo, estos productos financieros tan comunes entre los corredores de bolsa de Norteamérica por su alta especulación, no redujeron, ni distribuyeron el riesgo, sino que los ocultaron al seguir promoviéndolos financieramente, haciendo difícil su evaluación en el mercado¹⁷², dando lugar a una crisis de liquidez, motivada por la desconfianza cada vez más extendida ante la incertidumbre de no poder conocer con exactitud la solidez y solvencia de los distintos intermediarios que participan en los mercados financieros¹⁷³. Muhammad Yunus¹⁷⁴ denunció críticamente la situación: *“En la desaparición de los grandes bancos de inversión tiene que ver la falta de confianza, ética y seguridad, ya que el sistema fomentó la irresponsabilidad de estos grandes bancos, ya que existe un sistema capitalista para las ganancias, pero socialista para las pérdidas¹⁷⁵”*.

Se dice en todo el planeta que la actual crisis financiera, proveniente del 2008, sepultó al fundamentalismo de mercado¹⁷⁶ que afirmaba con soberbia la

¹⁷¹ El banco que otorgó créditos hipotecarios los revendió posteriormente a un agregado que los puso a la venta en grandes paquetes que contenían miles de hipotecas ‘subprime’ más; entonces esos paquetes de créditos se dividieron y vendieron en pequeños trozos en forma de bonos empresariales a todo tipo de instituciones, que buscaban un beneficio extra. Los pagos que se hacían a la hipoteca subprime servían para pagar intereses de esos bonos; pero cuando se hundió el mercado de vivienda y los estadounidenses no pudieron pagar sus hipotecas, ni vender su casa, los bonos perdieron su valor y, por consecuencia, los bancos que los poseían perdieron capital y toda la pirámide empezó a desplomarse. **Friedman, Thomas L.** *“Que se queden en Las Vegas”*, Global Viewpoint, distr. TribuneMedia Service, “El País”, Esp. secc. negocios, 21 septiembre 2008, pág. 10.

¹⁷² De pronto, en agosto del 2007 se descubre que el sistema financiero norteamericano concedió créditos hipotecarios a personas que no podían pagarlos, y que a través de un sofisticado y entramado sistema de ingeniería financiera internacional, ávido de dinero fácil tras algunos años de extraordinaria bonanza y tipos de interés por los sueldos, han abierto varias burbujas financieras que al caer los precios de las viviendas, las hipotecas subprime provocan que se abran agujeros en los balances de la banca internacional. **Pérez, Claudi**, www.elpais.com/negocios 21-IX-08.

¹⁷³ **Gillén F., Mauro**, Director del Lauder Institute de la Wharton School de la Universidad de Pensilvania, *“Cambio de Guardia en la Economía Global”*, “El País”, Esp. secc. opinión, 18 septiembre 2008, pág. 32.

¹⁷⁴ Premio Nobel de la paz en 2006, con el desarrollo de la *“Banca de los Pobres”*.

¹⁷⁵ *“Reforma”* Mex., secc. negocios, 24 septiembre 2008, pág. 4.

¹⁷⁶ *“Esos economistas del “libre mercado” también tienden más a creer que el mercado, por sí mismo, sin intervención estatal, es eficaz, y que el mejor modelo de ayudar a los pobres es sencillamente dejar que crezca la economía – y de alguna manera, los beneficios llegarán a los pobres - . (Resulta interesante que esas creencias perduren, aunque la investigación económica mine sus fundamentos intelectuales”*. **Stiglitz, Joseph E.** op. cit. nota 58, pág. 23.

frase "El mercado en su autoregulación resuelve sus crisis"; se encontró con que el Gobierno y la regulación no es el problema, sino que es la solución; estos golpes a las prácticas financieras especulativas han sido tan drásticos al grado que el economista Joseph Stiglitz¹⁷⁷ sentenció que dicha sacudida a Wall Street fue para el referido fundamentalismo lo mismo que la caída del muro de Berlín para el comunismo¹⁷⁸. Agrega que: *"La caída del muro de Berlín nos demostró que el comunismo no funciona y la crisis financiera global de hoy nos demuestra que el fundamentalismo del libremercado tampoco funciona; debemos buscar un término medio"*¹⁷⁹. En tal sentido, para este economista es claro que se requiere no sólo volver a regular, sino también rediseñar el sistema regulador; considera necesario reglamentar los incentivos para que las primas se paguen basándose en los resultados de varios años y no de un solo año. De hecho, Stiglitz como seguidor de John Maynard Keynes, siempre ha defendido la regulación de los mercados expresando: *Keynes sostuvo que los mercados no se autocorregían, o al menos no lo hacían en un marco temporal relevante (como dijo en su célebre frase: A largo plazo todos estaremos muertos). A Keynes lo pusieron entonces en la picota: sus críticas al mercado le granjearon la acusación de socialista; sin embargo, en cierto sentido, Keynes fue intensamente conservador. Abrigaba una creencia fundamental en los mercados: si el Estado corregía este único fallo, la economía podría funcionar de modo razonablemente eficiente. No aspiraba a una sustitución cabal del sistema de mercado; pero sabía que si esos problemas básicos no eran abordados, las presiones populares serían gigantescas"*¹⁸⁰.

Otro destacado economista como lo es Paul A. Samuelson ha expresado respecto del actual fenómeno de los mercados que: *"El capitalismo puro no puede evitar algunos ciclos económicos. Y tampoco puede contarse con que los mercados curen por sí solos sus males"*¹⁸¹.

Por su parte, John Gray¹⁸² cree que en realidad no se puede señalar que la crisis vivida provoque el fin del capitalismo, pero explica que el frenesí que se presenta en Washington, no es más que la muerte de un tipo de capitalismo que ha existido en los Estados Unidos de América durante los últimos veinte años, que consistía en una clase de experimento sobre el *laissez-faire*, mismo que fracasó, y que su impacto se hará sentir en todas partes; pero, en donde las economías de mercado se resistieron a la desregulación tipo estadounidense, éstas tendrán

¹⁷⁷ Premio Nobel de economía en 2001.

¹⁷⁸ **Gardels, Nathan**, Entrevista a Joseph Stiglitz, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, "El País", Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008, pág. 10-11. *"Los directivos de los mercados financieros han cosechado esos beneficios con el argumento de que ayudaban a gestionar el riesgo y a asignar el capital con eficacia, y afirmaban que por eso "merecían" unos rendimientos tan altos. Se ha demostrado que no es cierto"*.

¹⁷⁹ **Armendariz, Alberto**, Entrevista a Joseph Stiglitz, "Reforma" Mex. Secc. Internacional, 4 noviembre 2008, pág. 2.

¹⁸⁰ **Stiglitz, Joseph**, op. cit. nota 58, pág. 310.

¹⁸¹ **Samuelson, Paul A.**, "Y vendrán nuevas debilidades", Tribune Media Services, "El País" Esp., secc. negocios 21 septiembre 2008, pág. 8.

¹⁸² Profesor de Pensamiento Europeo de London School of Economics and Political Science.

como premio una mejor capacidad de resistir el temporal negativo que derivó de la teoría de la desregulación¹⁸³.

La verdad es que el debate sobre los alcances del libre mercado dentro del sistema capitalista es viejo y ha tomado en el siglo XX diferentes posturas; cabe recordar que la ciencia económica en el mundo anglosajón estaba bajo un dominio ortodoxo del concepto del libre mercado, en especial el mercado financiero, y que la obra de John M. Keynes *“Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero”*, que publicó en 1936, expresó serios cuestionamientos a la ortodoxia que según el propio Keynes “había conquistado a Inglaterra tan completamente como la santa Inquisición conquistó España”. En este sentido, Keynes era un hereje que representaba la función que en su momento realizó Martín Lutero, al proporcionar el rigor intelectual necesario para hacer la herejía respetable, pero si Keynes era Lutero, Milton Friedman era Ignacio de Loyola¹⁸⁴; en este sentido Friedman y sus seguidores recuperan la influencia de la ortodoxia del libre mercado rechazando las tesis regulatorias, provocando, mediante la acción de sus disciplinados fieles, entre ellos Alan Greenspan¹⁸⁵, una amplia pero incompleta retirada de la *herejía keynesiana*¹⁸⁶.

Desde Luego, la escuela keynesiana influyó en el pensamiento de tratadistas de la talla de Samuelson, Stiglitz y Krugman; sin embargo, a consecuencia de la crisis de septiembre del 2008, se derrumbó la ortodoxia del libre mercado financiero, en especial, de los contratos financieros conocidos como derivados, y entonces, cabe la sentencia que Krugman aplicó al caso: *“Cuando Friedman inició su trayectoria como intelectual público, había llegado la hora de llevar a cabo una contrarreforma contra el keynesianismo, y todo lo que eso conllevaba. Pero lo que el mundo necesita ahora, diría yo, es una contrarreforma contra el absolutismo del libre mercado”*¹⁸⁷. La verdad es que la postura más escuchada es sumamente crítica contra esta doctrina económica y sus seguidores, en especial Greenspan, a quien se le responsabiliza del desbordamiento de los contratos de derivados, de los que el empresario y filántropo estadounidense Warren E. Buffett afirmó que *“eran armas financieras de destrucción masiva que entrañan peligros que, aunque ahora estén latentes, pueden llegar a ser mortíferos”*¹⁸⁸, y de los que el financiero Soros dice que: *“No entendemos realmente como funcionan”*¹⁸⁹. De hecho, el mismo Soros critica a los derivados, denominándolos como “valores sintéticos complejos” y

¹⁸³ **Gray, John**, *“Mucho más que una crisis financiera”*, “El País” Esp., opinión, “La cuarta página”, 11 octubre 2008, pág. 33.

¹⁸⁴ Fundador de la Orden Jesuita o Compañía de Jesús.

¹⁸⁵ Presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América 1987 – 2006.

¹⁸⁶ **Krugman, Paul***, *“¿Quién era Milton Friedman?”*, New York Times Service, www.nytimes.com/about/news-service X 2008. *Profesor de Economía de la Universidad de Princeton y premio Nobel de Economía 2008.

¹⁸⁷ **Idem.**

¹⁸⁸ **Piqué, Josep**, *“La trampa de la liquidez”*, “El País” Esp., secc. Negocios, 19 octubre 2008, pág.12.

¹⁸⁹ **Goodman, Peter S.**, *“Y Greenspan, ¿era realmente tan bueno?”*, “El País” Esp., secc. negocios, 12 octubre 2008, pág. 6.

exponiéndolos como valores riesgosos respaldados por créditos, en este caso hipotecarios, clonados en unidades imaginarias que imitan a los originales. Para el caso de los mencionados valores, se trataba de obligaciones de deuda colateralizada sintética que no financiaba propiedad de vivienda alguna, cuya finalidad en la transacción es generar honorarios y comisiones¹⁹⁰.

Continúa Soros desmenuzando las características de los valores sintéticos, comentando:

“Las permutas de riesgo de crédito (CDS) son instrumentos particularmente sospechosos. Se supone que están para funcionar como una suerte de seguro contra el impago a los tenedores de bonos. Sin embargo, como se puede transar libremente, se pueden usar para montar ataques a la baja, es decir, un tipo de estrategia bursátil por la cual un agente de Bolsa (o un grupo de ellos) intenta forzar la baja del precio de una acción para cubrir una posición corta. Además de funcionar como un seguro, funcionan como una licencia para matar. Su uso se debería limitar sólo a quienes tengan un interés asegurable en los bonos de un país o una compañía¹⁹¹”

Además de todo lo expuesto, y de toda la responsabilidad que tiene el sistema financiero de los Estados Unidos de América, hay que recordar que la crisis explotó a George Bush, que se ha destacado por ser el presidente más impopular de ese país por sus pésimas medidas políticas y económicas, y de ser un fundamentalista del conservadurismo y de esta corriente del pensamiento económico.

1.7.- La acción globalizada contra la crisis.

Ante la crisis presentada, la reacción de los gobiernos tuvo que ser el rescate financiero capitalizando a los bancos rescatables, misma que operó con varias modalidades, según los países y regiones; pero lo más significativo fue que se convocó a una respuesta financiera global, a lo que Stiglitz llama “un nuevo *Bretton Woods*”¹⁹², que confirma la necesidad de refundar el sistema financiero mundial en base a una concepción del nuevo capitalismo.

El hecho es que el rescate financiero aplicado por Barak Obama, Presidente de los Estados Unidos de América, ha marcado una pauta a seguir por otras organizaciones y gobiernos. La Unión Europea en dos ocasiones a acudido

¹⁹⁰ **Soros, Geoges**, “Hay que controlar los valores sintéticos”, “El País” Esp., secc. Negocios, 2 mayo 2010, pág12.

¹⁹¹ **Idem.**

¹⁹² **Stiglitz, Joseph E.** “El próximo *Bretton Woods*”, “Reforma” Mex., secc. negocios, 21 noviembre 2008, pág. 8.

al rescate de las finanzas griegas, ya que de no hacerlo peligraría su divisa común: el euro. La segunda crisis griega amenazó con producir un “efecto dominó” financiero en economías como las de Irlanda, Portugal, España e Italia, con resultados desastrosos en el mundo. La situación del rescate griego ha llegado a tal punto que los rescatistas están convencidos de la necesidad del mismo, aún a sabiendas de que Grecia carece de fondos suficientes para cumplir con el pago requerido¹⁹³. Es de aclarar que el rescate financiero exige a la Unión Europea recapitalizar la banca de la eurozona¹⁹⁴, porque como lo expuso el exPrimer Ministro inglés Gordon Brown, sobre la crisis del 2008: *“El diagnóstico que presenté sobre los bancos fue que tenían problemas de liquidez, pero también de estructura. Todavía hoy se calla la verdad sobre el estado actual de los bancos europeos: que los bancos alemanes, franceses, italianos y británicos que han prestado de forma temeraria a la periferia encuentran ahora con que no solo Grecia, sino también Irlanda, Portugal y España les deben millones, mientras siguen sufriendo pérdidas por los activos tóxicos y la caída del mercado inmobiliario”*¹⁹⁵.

Queda manifiesto que la crisis financiera global exige no solamente un rescate financiero, sino de una reestructuración bancaria global que implique compromisos globales; un nuevo Bretton Woods.

En este sentido, se destaca la opinión del político sevillano Felipe González Márquez, ex presidente de gobierno español, que indica: *“Para actuar en lo global, hay que coordinar esfuerzos entre los clásicos, Estados Unidos, Unión Europea y Japón, y un número de emergentes con peso creciente en el producto mundial, excedentes de ahorro y demografías determinantes para el futuro. China, India, Rusia, Brasil, México, los países del Golfo, Suráfrica, etc., tienen que formar parte de la respuesta. Esto dará un grupo de 20 o 25 países para articular una propuesta y a continuación ampliar el campo para contar con todos”*¹⁹⁶.

Pero, aún, considerando el papel de las economías emergentes en la crisis financiera, es innegable que la actuación de China es preponderante para cualquier efecto. Hablar del fenómeno chino ha sido el tema de los analistas económicos de los inicios del siglo XXI. De hecho, China es reconocida como líder de la economía global; cuya actuación reciente, a consecuencia de la crisis de los años 2007-2009, se ha destacado en calidad de país líder al marcar la salida de la referida crisis decidiendo de forma rápida, a finales del 2008, la

¹⁹³ **Missé, Andreu y Doncel, Luis**, *“Europa se inclina por ayudar a Grecia pese a sus incumplimientos”*, “El País” Esp., secc. Economía, 4 octubre 2011, pág. 18.

¹⁹⁴ **Missé, Andreu y Doncel, Luis**, *“Merkel urge a la UE a que acuerde un plan para recapitalizar la banca”*, “El País” Esp., secc. Economía, 6 octubre 2011, pág. 16.

¹⁹⁵ **Brown, Gordon**, *“¿Por qué se durmió Europa?”*, “El País” Esp., secc. Economía, 13 octubre 2011, pág. 21.

¹⁹⁶ **González, Felipe**, *“Vuelve la política”*, “El País” Esp., opinión “La cuarta página”, 5 noviembre 2008, pág. 33.

adopción de un fuerte paquete fiscal y monetario, logrando así mantener un ritmo de crecimiento de la demanda doméstica que contribuye a relanzar la economía mundial¹⁹⁷; además, tras el estallido de las hipotecas basura, China se mantuvo inmune al terremoto financiero, debido a que los bancos chinos tienen una buena estructura de capital, gozan de liquidez y su ratio de los préstamos relacionados con los depósitos, es bajo¹⁹⁸. Tal es el reconocimiento de esta potencia económica que James Wolfensohn, ex presidente del Banco Mundial considera que ninguna solución a la crisis financiera del 2008 sería posible sin tener en cuenta a China, ya que en veinte o treinta años, este país puede ser la principal potencia económica mundial¹⁹⁹. En fin, China es hoy la expresión suprema del triunfo del capitalismo; es el mayor prestamista del mundo por encima del Banco Mundial y es un sostén imprescindible del sueño americano²⁰⁰, ya que el consumo norteamericano creció paralelamente a las exportaciones chinas y China reinvirtió el superávit comercial en el mercado financiero estadounidense, lo que contribuyó a abaratar el crédito, a elevar el consumo y facilitar las apuestas financieras arriesgadas²⁰¹.

Sin embargo, aún así, existen cuestiones por aclarar en el futuro de la economía china y la crisis que se enfrenta globalmente. ¿Qué sucedería con China si cae el consumo privado en Estados Unidos? De suceder eso, se tendría que compensar con una reducción más o menos equivalente en China, y un freno a la economía del país asiático sería una muy mala noticia para el mundo²⁰². China está generando una excesiva capacidad productiva que le permite mantener una paz social mediante la creación de empleos, motivo por el que tiene que mantener su tasa de crecimiento en torno al nueve y diez por ciento (9-10 %) y evitar aumento en el desempleo y cambios bruscos en el tipo de cambio del yuan; ya que de no ser así se afectaría principalmente a la población rural, desequilibrando regionalmente al país por el efecto de las migraciones internas, dando como consecuencia una desestabilización; esto último, considerando la desigualdad social existente entre las clases urbanas y las rurales²⁰³.

¹⁹⁷ **Ubide, Ángel**, *"China, líder de economía mundial"*, "El País" Esp., secc. negocios, 24 enero 2010, pág 16.

¹⁹⁸ **Fernández, David**, *"El dragón vuelve a rugir"*, "El País" Esp., secc. negocios, 27 septiembre 2009, pág. 8.

¹⁹⁹ **Gardels, Nathan**, *"Es el momento de que el G-20 sustituya el antiguo formato del G-7"*, "El País" Esp., secc. Economía, 16 noviembre 2008, pág 23. y Entrevista a James Wolfensohn, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, www.tmsfeatures.com, 21 XI 2008.

²⁰⁰ **Caño, Antonio**, *"China reivindica en EE UU su estatus de superpotencia"*, "El País" Esp., secc. internacional, 22 enero 2011, pág 6.

²⁰¹ **Bolaños, Alejandro**, *"Un G-20 en dos direcciones"*, "El País" Esp., secc. negocios, 22 junio 2010, pág 4.

²⁰² **Bustelo, Pablo***, *"¿Podrá China capear el temporal?"*, "El País" Laboratorio de ideas, 25 enero 2009, pág 9. *Investigador y profesor de Economía aplicada de la Universidad Complutense de Madrid.

²⁰³ **Ubide, Ángel**, op. cit. nota 197.

Ahora bien, por lo que toca a los Estados Unidos de América, afirma Nassim Nicholas Taleb, que durante la última década, los bancos y el gobierno cerraron macabramente la cuadratura del círculo al combinar lo peor del capitalismo y lo peor del socialismo: socializaron las pérdidas y privatizaron los beneficios²⁰⁴. Al respecto de esta crisis, a pesar de los programas de rescate, las perspectivas son malas. El presupuesto de la deuda pública de la oficina correspondiente del Congreso de Estados Unidos se calculó para septiembre del 2008 en cinco mil ochocientos billones de dólares (US\$5,800'000,000'000,000.00), equivalentes al 41% del Producto Interno Bruto, y con los planes de rescate aprobados por el gobierno saliente de Georges Bush, durante el 2009, sería por un billón de dólares más, y en el 2010, el total de la deuda superará el sesenta por ciento (60%) del Producto Interno Bruto, que resulta el nivel más alto de las deudas derivadas de la Segunda Guerra Mundial y la guerra de Corea²⁰⁵. Por otra parte, China ha comprado y sigue comprando bonos de deuda de Estados Unidos; en todo el año 2007, poseía cuatrocientos setenta y siete mil millones de dólares (US\$477,000'000,000.00), y durante el 2009, llegó a los seiscientos cincuenta y dos mil millones (US\$652,000'000,000.00); pero eso no es todo, según los datos de Stiglitz²⁰⁶, solamente en el año del 2006, Estados Unidos había tomado prestado del resto del mundo más de ochocientos mil millones de dólares, y por consecuencia, su endeudamiento no es sostenible. Una salida recomendada por el grupo de países globalizados en su acción llamado G-20, es que los Estados Unidos aumenten su ahorro y que China lo disminuya; la medida tiene buena intención, pero tiene dificultad operativa: Es más fácil para Estados Unidos reducir su consumo, que para China disminuirlo. Pero la recuperación norteamericana es incierta y lenta, la expansión de la actividad económica no marcha al ritmo esperado, ni deseado; en el primer mes del segundo trimestre del 2010, se perdieron ciento treinta un mil (131,000) puestos de trabajo por el despido de doscientos dos mil (202,000) empleados del sector público. En el sector privado, durante el mismo lapso de tiempo, se generaron setenta y un mil (71,000) trabajos netos, con los cuales, el total de nuevos empleos generados por las empresas alcanzó la cifra de seiscientos treinta mil (630,000)²⁰⁷. Lo cierto es que se rescataron las instituciones financieras a costa de los contribuyentes.

Lo anterior, tiene la lectura de que Estados Unidos, la Unión Europea y todos los países del capitalismo globalizado han pasado de la crisis financiera a la crisis de la deuda²⁰⁸. Esta situación ha dado lugar al planteamiento de buscar una divisa internacional emitida por el Banco Mundial que reemplace al dólar

²⁰⁴ Taleb, Nassim Nicholas*, "Antifragility", Nassim Nicholas Taleb's Home Page, <http://www.fooledbyrandomness.com/> 30 | 11, *Ensayista, investigador y financier estadounidense, miembro del Instituto de Ciencias Matemáticas de la Universidad de New York.

²⁰⁵ González, Alicia, "¿Y todo esto cómo se paga?", "El País" Esp., secc. negocios, 18 enero 2009, pág. 2.

²⁰⁶ Stiglitz, Joseph E. op. cit. nota 59, pág. 234.

²⁰⁷ Pozzi, Sandro, "Recuperación incierta en EE UU", "El País" Esp., secc. negocios, 8 agosto 2010, pág. 14.

²⁰⁸ Rogoff, Kenneth, "¿De crisis financiera a crisis de la deuda?", "El País" Esp., secc. negocios, 13 septiembre 2009, pág. 9.

estadounidense, en donde el yuan sea plenamente convertible al euro, el yen y el dólar²⁰⁹; esto, debido a que antes de la reunión del G-20 en Londres, en abril del 2009, Zhou Xiaochuan, Gobernador del Banco Central de China, propuso reemplazar al dólar como reserva global y sustituirlo por una supermoneda controlada por el Fondo Monetario Internacional. Pero esta posibilidad no resultaría favorable para los intereses chinos, ya que si el dólar pierde peso como moneda de referencia y su valor se depreciara más, los chinos como adquirentes de deuda norteamericana sufrirían sus efectos, y si los chinos venden dólares, se provocaría un desplome de esta moneda²¹⁰.

Más no solamente Estados Unidos de América tiene preocupaciones sobre la postura monetaria China. El G-20, constituido en el "Foro Principal de la Cooperación Económica Internacional", insiste en su compromiso de una amplia reforma financiera en los términos pactados en la pasada cumbre de Londres y se pone la primera piedra de lo que se denomina "Marco para el Crecimiento Sostenible, basado en informaciones que el Fondo Monetario Internacional recabó de los países del G-20 para aconsejar cambios en los modelos de crecimiento y mitigar los desequilibrios que dieron lugar a la crisis del 2008²¹¹. En la reunión del G-20 en Londres, durante la primavera del 2009, se insistió en la necesidad de estímulos fiscales, se encargó la reforma del sistema financiero mundial al nuevo Foro de Estabilidad, se dio por finalizado el secreto bancario con la presentación de una lista negra de "paraísos fiscales", y se solicitó al Banco Mundial y al Fondo Monetario internacional, aumentar su representación en los países emergentes como China, India, Brasil; Rusia, México y Sud África.

Pero, en la reunión del G-20 en Pittsburgh, Estados Unidos, durante septiembre del 2009, se tuvo que reconocer que la reforma financiera planteada por el grupo, era todavía verde para alcanzar los objetivos que se propusieron. Y por otra parte, no se han podido equilibrar las distorsiones creadas en los mercados financieros por el exceso de ahorro en los países con grandes superávits comerciales como China, Japón y Alemania; y las de un exceso de endeudamiento como Estados Unidos, Inglaterra, España, Portugal, Irlanda, Italia y Grecia²¹².

Es evidente a estas alturas del desarrollo de la acción de los países globalizados en el G-20, que la circunstancia monetaria del yuan ha producido reclamos estadounidenses y europeos sobre su valoración real, solicitando a

²⁰⁹ Kennedy, Paul*, "¿El fin del dólar como divisa suprema?", "El País" Esp., secc. negocios, 10 septiembre 2009, pág. 29. * Director de Estudios sobre Seguridad Internacional de la Universidad de Yale.

²¹⁰ Pérez, Claudi, "Un cuento chino: el declive del dólar", "El País" Esp., secc. negocios, 5 julio 2009, pág. 3.

²¹¹ Bolaños, Alejandro, op. cit. nota 201.

²¹² Bolaños, Alejandro, "El efecto G-20 se agota", "El País" Esp., secc. negocios, 7 noviembre 2010, pág. 2.

China la flexibilización de su moneda y el aumento del consumo para sus productos, ya que desde mediados del 2008, el valor del yuan se ha mantenido prácticamente fijo al del billete verde (6.83 yuanes por dólar), sin embargo, los chinos insisten en que el superávit de su parte ha descendido²¹³. La verdad es que China se está ajustando, pero lo hace más lentamente de lo que los Estados Unidos reclaman; en el 2009 la demanda interna china creció un doce, punto tres por ciento (12.3%), pero por lo que toca a la revaluación del yen, China no quiere perjudicar sus exportaciones, por lo que ha tomado las cosas con calma en lo que toca a reorientar el consumo interno. Aún y con los reclamos hacia la política monetaria china, es evidente que Estados Unidos no se va a arriesgar a una guerra de divisas con China y mantendrá un “equilibrio del terror” en las finanzas de ambos países; porque no desea una reacción proteccionista china de diversificar sus reservas de divisas de dos mil cuatrocientos billones de dólares (US\$2,400'000,000'000,000.00), de las que dos terceras partes están en moneda norteamericana, lo cual, provocaría una gran caída de esta divisa, si es que éstas reservas se diversificaran hacia el euro o el yen²¹⁴.

Con el fin de aminorar la presión de Estados Unidos, China anunció una semana antes de la cumbre del G-20 en Toronto, Canadá, en junio del 2010, el fin de la rigidez del yuan y por consecuencia su flexibilización, por lo que se espera que se eleve su valor respecto a la canasta de divisas, pero que China flexibilice su moneda, no significa una revalorización de la misma²¹⁵. De hecho, el primer ministro chino Wen Jiabao, le explicó al presidente estadounidense Barak Obama, en septiembre del 2010, en Pittsburgh, Estados Unidos, que aceptar la revaluación del yuan, propuesta por un veinte por ciento (20%), provocaría una fuerte inestabilidad social y graves pérdidas de empleo, lo que para China es impermissible²¹⁶. Además de lo rígido de la postura anterior, la reunión de Toronto, Canadá, de junio del 2010, los países miembros del G-20, acabaron por exponer que las prioridades nacionales se impusieron a las respuestas conjuntas del grupo contra la crisis.

Para la reunión del G-20 en Seúl, Corea del Sur, desarrollada en noviembre del 2010, las cosas no presentaron un avance mayor. Los Estados Unidos propusieron que los países que presentaron superávit, como lo son China, Japón y Alemania, aumenten su demanda interna, especialmente el consumo, para impulsar importaciones de los países con déficit a recuperarse (desde luego, incluyendo a los Estados Unidos); pero la respuesta de los países ahorradores fue sencilla y dura; corresponde a Estados Unidos resolver el embrollo, debido a que él fue quien originó la crisis, por lo cual, este país, debe reducir su déficit

²¹³ **Reynoso, José, y Pozzi, Sandro**, “El yuan tensa las relaciones EE UU-China”, “El País” Esp., secc. negocios, 4 abril 2010, pág. 3.

²¹⁴ **Bustelo, Pablo**, “Falso culpable”, “El País” Esp., secc. negocios, 4 abril 2010, pág. 3.

²¹⁵ **Pozzi, Sandro**, “China flexibiliza su moneda por las fuertes presiones de Estados Unidos”, “El País” Esp., secc. negocios, 20 junio 2010, pág. 15.

²¹⁶ **González, Alicia**, “La guerra de divisas ya está aquí”, “El País” Esp., secc. negocios, 3 octubre 2010, pág. 16.

presupuestario, aumentar su tasa de ahorro y en general, poner orden en su casa²¹⁷. Esta propuesta, fue redireccionada por el primer ministro de la India, Manmohan Singh, quien expuso que en lugar de incitar a sus familias a consumir más, el G-20 debería de encausar esos ahorros del superávit a financiar inversiones en infraestructura urgente y necesaria en países pobres con condiciones de absorber entrada de capitales. Y así lograr una armonía que allane desequilibrios.

Además del debate anterior, la cumbre de Seúl, acusó el temor de una guerra de divisas y la firmeza de la postura alemana en la aplicación de recetas financieras en la Unión Europea ante las crisis de deuda, especialmente Irlanda, Grecia, España y Portugal, mediante un mecanismo que obligue a que los inversores soportar una parte de las pérdidas de la deuda en caso de rescate, haciendo pagar a los ciudadanos una factura mayor por su deuda y los excesos financieros de los banqueros de estos países que adeudan de más²¹⁸.

El hecho es que aún y cuando la anunciada guerra de divisas ha tenido manifestaciones incipientes y controladas como lo es la carrera por las devaluaciones; y ésta guerra no se ha presentado de una manera definitiva, pero tampoco se ha configurado una conjura seria a la misma. Y por su parte, China sigue recibiendo reproches hacia su política comercial. El Presidente de China, Hu Jintao, en su visita a los Estados Unidos, de enero del 2011, ha recibido duras reprimendas del Congreso del país anfitrión para que revalúe el yuan y abra sus mercados a los productos norteamericanos²¹⁹.

Con este antecedente, era de esperarse lo sucedido en la siguiente reunión del G-20 en París, Francia, realizada en febrero del 2011, en la que se continuaron los reclamos sobre la estabilización del sistema financiero internacional, que incluye el tema de la reforma del sistema monetario internacional, buscar una solución a la volatilidad de los precios de las materia primas y reducir los desequilibrios globales²²⁰; es decir, iniciar una refundación del capitalismo.

Ante las propuestas y opiniones de los organismos globalizados de decisión, que se presentan en esta nueva etapa del capitalismo, surge necesariamente el análisis de los resultados que ha mostrado la crisis financiera, que exponen un panorama poco fácil para las finanzas globales. Stiglitz, en su estudio de la

²¹⁷ **Sachs, Jeffrey***, *"Las nuevas ideas del G-20"*, "El País" Esp., secc. negocios, 5 diciembre 2010, pág. 10. *Profesor de Economía de la Universidad de Columbia.

²¹⁸ **Costas, Antón**, *"'Quo vadis' Alemania"*, El País" Esp., secc. negocios, 12 diciembre 2010, pág. 4.

²¹⁹ **Caño, Antonio**, *"El Congreso de EE UU reprende la política comercial de Hu Jintao"*, "El País" Esp., secc. internacional, 21 enero 2011, pág 4.

²²⁰ www.elpais.com/articulo/economia 27-VIII-11

situación, considera que aún se tienen que enfrentar seis retos económicos de envergadura interconectados²²¹:

1. La capacidad productiva mundial está infrautilizada, siendo la de mayor gravedad la infrautilización de recursos humanos, considerando la existencia de más de doscientos cuarenta millones (240'000,000) de desocupados;
2. Los recursos para combatir el cambio climático son escasos y los precios medioambientales están distorsionados, llevando a explotar de manera insostenible recursos básicos. Este es un reto fundamental, ya que es considerado por los analistas como el más importante;
3. Los desequilibrios globales plantean problemas para la estabilidad mundial. Una parte del mundo vive por encima de sus posibilidades; y la otra, produce mucho más de lo que consume. China es el principal banquero de los Estados Unidos, su deuda nacional bruta asciende a doce mil cuatrocientos millones de dólares (US\$12,400'000,000.00), que se constituyen en el ochenta y cinco por ciento (85%) del Producto Interno Bruto; además, China cuenta con reservas de más de dos billones de dólares. Por su parte, en el sector industrial norteamericano se ha presentado el fenómeno del crecimiento de la productividad, pero el número de puestos de trabajo disminuyó, marcando una tendencia continuada;
4. La industrialización ha hecho a los países abandonar la forma tradicional de organización social agraria, produciendo el crecimiento del sector industrial y el decremento de los puestos de trabajo, con una tendencia a la continuación;
5. En la mayoría de los países del mundo la desigualdad aumenta, y en ello ha contribuido la globalización al poner a competir a los trabajadores calificados con los de un costo menor. El crecimiento desigual contribuye a agravar la problemática de la falta de demanda agregada, ya que el dinero se dirige hacia quienes tienen más del que necesitan;
6. El aumento de la inestabilidad financiera va creciendo en importancia, ya que las crisis son cada vez más frecuentes y más graves.

Ahora bien, el capitalismo financiero, aunque global en su actuar, tiene hoy tres modelos que interrelacionan de manera diferente los conceptos de Estado, mercado y sociedad, y éstos son:

- I. El modelo norteamericano, que responde a la fórmula de mercado máximo y Estado mínimo;
- II. El modelo asiático, que se caracteriza por un mercado regulado por el Estado; y
- III. El modelo europeo, donde es la sociedad de bienestar la que establece las relaciones entre el mercado y el Estado²²².

²²¹ Stiglitz, Joseph E. op. cit. nota 59, págs. 233-237.

Con lo anterior, queda manifiesto que el mundo pasó de la geoestrategia política propia de la guerra fría y la bipolaridad, a la geoeconomía, donde se está imponiendo progresivamente la importancia de la economía en la redistribución del poder político mundial, pasando del G-8 al G-20 para llegar a replantear orientaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, lo cual, indudablemente, traerá repercusiones en la estructuración del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

De conformidad con las consideraciones de los economistas con mayor reconocimiento en el mundo, se está entrando en una nueva etapa del capitalismo financiero globalizado que contendrá las siguientes características:

- a. La globalización financiera proseguirá su rumbo ascendente, pero con una mayor intervención reguladora por parte de los Estados²²³;
- b. Los bancos de inversión serán públicos o dependerán del Gobierno, lo cual conllevará a un cambio de estructura de la gestión de las compañías reduciendo la capacidad de la industria debido al alejamiento del riesgo y reforzando la transparencia y la liquidez, ya que los bancos de carácter estatal son operados por profesionales menos sofisticados y están respaldados por los depósitos de los ahorradores²²⁴;
- c. Es un imperativo que los bancos se recapitalicen de forma inmediata, aliviando los efectos del plan propuesto por Henry Paulson, Secretario del Tesoro de Estados Unidos de América, para lo cual habría de comprar hipotecas en quiebra, atacando así el virus en sus raíces y actuar por parte de las reservas del tesoro nacional para cerrar contratos derivados para dar solvencia al sistema financiero y no a los bancos infectados, limpiando los males financieros para reactivar y sanear al sistema²²⁵. Se aprobaron \$800,000 millones de dólares para recomponer los efectos de la crisis en los Estados Unidos;
- d. Según Kenneth Rogoff²²⁶, la actuación de los bancos centrales, una vez realizado el rescate financiero, se dará con restricciones que busquen más consolidar los sectores financieros ante la contracción

²²² **Aldecoa, Francisco***, *"La refundación del capitalismo"*, "El País" Esp., opinión, 22 noviembre 2008, pág. 33. * Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

²²³ **Gillén F., Mauro**, op. cit. nota 173, *"Aunque resulte paradójico, la globalización financiera parece llevarnos a un mundo más policéntrico y fragmentado desde el punto de vista de la toma de decisiones. Este cambio obliga a replantearse numerosas cuestiones, desde el peso de los distintos países en los organismos multilaterales hasta la necesidad de aumentar la coordinación de la supervisión bancaria, de los principios contables y de los métodos de evaluación de riesgos"*.

²²⁴ **D. Fernandez** www.elpais.com/negocios 21-IX-08 *"Los días del 'todo en uno' dentro de un banco de inversión están próximos a su fin"*

²²⁵ **Boldrin, Michelen***, *"Porque el de Paulson es un mal plan"*, "El PAÍS" Esp., opinión, "La cuarta página", 7 octubre 2008, pág. 29. *Catedrático de la Washington University en St. Louis.

²²⁶ Catedrático de Economía y Política Pública de la Universidad de Harvard.

- de los mismos, en lugar de ampliar indiscriminadamente el crédito a favor de empresas hambrientas de capital a costa de los contribuyentes²²⁷;
- e. Los bancos centrales deberán buscar una política monetaria óptima, suavizando las oscilaciones económicas y controlando la evolución del crédito, aunque ello exija a veces la coexistencia de tipos de interés elevados y bajos o muy bajos ritmos de inflación²²⁸;
 - f. Los bancos centrales tienen que empezar a fomentar la consolidación reduciéndose, en lugar de ampliar indiscriminadamente el crédito, sin que esto sea un patrón típico de sector económico alguno, ya que, *“si los fondos de riqueza soberana quieren entrar y mantener a flote empresas hambrientas de capital con la esperanza de una gran recuperación, deberían permitírseles”*²²⁹;
 - g. El nuevo sistema financiero resultante de la crisis del 2008 y de los rescates financieros de la Unión Europea deberá de consistir en una participación multilateral en las operaciones de rescate y regulación financiera conjunta. Robert B. Zoellick²³⁰ opina sobre este punto: *“El nuevo multilateralismo se apoyará en los Gobiernos nacionales y la cooperación entre ellos. Pero el G-7 no es suficiente. Necesitamos un grupo mejor para una época distinta. Necesitamos un núcleo de ministros de Finanzas que asuman la responsabilidad de prever asuntos, compartir información y análisis, explorar intereses mutuos, movilizar esfuerzos para resolver problemas y, como mínimo, sortear las diferencias”*²³¹. En apoyo a Zoellick, James Wolfensohn ²³² manifiesta: *“Lo que me gustaría es que el G-20 substituyera el antiguo formato de gobierno global del G 7”*²³³;
 - h. Será necesario transparentar los mercados financieros y garantizar que los riesgos de esos mercados – muchos de los cuales son nuevos y no son bien comprendidos ni siquiera por los expertos – se gestionen y se vigilen adecuadamente. Así, la tarea del Gobierno será vigilar que la estrecha línea que separa la asunción de riesgos necesaria que impulsa una economía de innovación, de las apuestas enloquecidas con los ahorros de otros y de los modos financieros riesgosos que nos amenazan a todos²³⁴;
 - i. Se debe cambiar la actitud de los actores financieros; en este sentido, Thomas Loren Friedman²³⁵ plantea: *“Necesitamos volver a*

²²⁷ Rogoff, Kenneth, *“El reto de los bancos centrales”*, Project Syndicature 2008, “El País” Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008, pág. 13.

²²⁸ Feito, José Luis, *“La Ineludible Intervención del Estado”* www.elpais.com/opinion 1-X-08.

²²⁹ Rogoff, Kenneth, op. cit. nota 227.

²³⁰ Actual presidente del Banco Mundial.

²³¹ Zoellick, Robert B., *“La modernización del multilateralismo y los mercados”*, “El País”, Esp., secc. economía, 15 octubre 2008, pág. 23.

²³² Antecesor de Zoellick como presidente del Banco Mundial.

²³³ Gardels, Nathan, op. cit. nota 199.

²³⁴ Friedman, Thomas L. op. cit. nota 171.

²³⁵ Periodista del New York Times y premio Pulitzer.

*colaborar al estilo antiguo. Es decir, personas que toman decisiones, basándose en el buen juicio para los negocios, la experiencia, la prudencia, la claridad de comunicaciones, y que piensan en el 'cómo', no solo en el 'cuánto'*²³⁶.

En el diseño del nuevo perfil del capitalismo hay quienes exponen puntos más operativos, tal es el caso de Aldo Olcese Santonja²³⁷, quien prevé la necesidad de alcanzar el paradigma humanista global de una nueva empresa socialmente responsable que complemente, no sustituya el economicismo capitalista, que ha de desarrollarse más allá de las normas con mayores auto exigencias, buscando ser mejores empresas frente al mercado. En estos requerimientos se observan los siguientes puntos:

- I. El buen gobierno corporativo y la transparencia informativa y contable. Es determinante transformar en obligatorias las recomendaciones sobre la independencia y especialización de los consejeros y sobre la retribución a los administradores y socios, vinculando más hacia la remuneración variable de los altos dirigentes, en función de los resultados a largo plazo, al concepto de sostenibilidad de estas nuevas empresas. Regular y prohibir opacidades que generen abusos y fraudes, como lo son las nóminas que ocultan la identidad de las operaciones y la transparentación de los paraísos fiscales y financieros. Prohibir además, los conflictos de intereses que se presentan en la prestación de servicios de auditoría, consultoría, asesoramiento, estudios de riesgos, de solvencia, análisis financieros;
- II. La competencia leal. Es necesario aumentar las penalidades de las prácticas comerciales desleales de competencia económica, para desmotivar a las empresas que han desarrollado modelos de negocio en ese territorio indefinido, que les permite realizar esas prácticas, ya que sus beneficios compensan con mucho las multas y condenas que pagarían en caso de perderlos juicios entablados en su contra;
- III. Reforzar la lucha contra la corrupción. En especial en las prácticas corruptas sin ética, pero todavía legales, consistente en reclutar ex funcionarios gubernamentales para incorporarlos al sector privado, así como regular los cabildeos de las empresas privadas con personas del sector público;
- IV. Relaciones responsables con los medios de comunicación. Las empresas deben mantener un código de ética en el patrocinio comercial de programas y anuncios que atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, o propician tendencias delictivas;

²³⁶ Friedman, Thomas L. "Porque es importante el cómo", New Times Service, EUA, 10 www.nytsyn.com/about/news-service, 21 XI 2008

²³⁷ Presidente de la Sección de Ciencias Empresariales y Financieras de la Real Academia de Economía, originario de Navarra.

- V. La protección ambiental. La responsabilidad y compromiso de las empresas en el cuidado ecológico;
- VI. La innovación responsable y la ecoeficiencia. La nueva empresa tiene la responsabilidad de estarse innovando con responsabilidad ecológica;
- VII. La acción social. Apoyar a los desfavorecidos desarrollando programas de la plantilla del personal;
- VIII. Desarrollo del mecenazgo empresarial. Cada vez es más frecuente que las empresas apoyen el acervo cultural, histórico, patrimonial, artístico y deportivo de un país; y
- IX. Solidaridad con sus recursos humanos. Las empresas responsables y sostenibles han de desarrollar una política de compensación social más allá de las normas laborales, aumentando la motivación de su personal, que reeditarán en mayor fidelidad y calidad de vida de sus empleados, y por consecuencia en más efectividad laboral²³⁸.

También es importante observar recomendaciones de personalidades financieras de la talla de Georges Soros, quien, ante la pregunta de Nathan Gardels sobre: *"¿Cuáles son los componentes clave para resolver la crisis?, responde que hay cinco elementos principales:*

- a. Que el Estado tiene que recapitalizar el sistema bancario comprando acciones a los bancos;*
- b. Es necesario reanudar el préstamo interbancario ofreciendo garantías y situando el Líbor (tipos de préstamo interbancario del mercado de Londres) en línea con los fondos de la Reserva Federal;*
- c. Debemos reformar el sistema hipotecario estadounidense, minimizando las ejecuciones y renegociando los préstamos para que las hipotecas no lleguen a valer más que las casas. Detener las ejecuciones hipotecarias ayudaría a amortiguar la caída del precio de las viviendas;*
- d. Europa tiene que solucionar la posible debilidad del euro creando una red de seguridad para sus bancos. Aunque inicialmente se han resistido, ahora han encontrado la fe y lo han hecho en la reunión celebrada en París en octubre del 2008; y*
- e. El Fondo Monetario Internacional debe atajar la vulnerabilidad de los países situados en la periferia del sistema financiero mundial, proporcionándoles una red de seguridad financiera. Esto está en marcha. Los japoneses ya han ofrecido \$150,000 millones de euros con este fin.*

*Estas cinco medidas empezarán el proceso de curación. Si la aplicamos con eficacia habremos superado lo peor de la crisis financiera"*²³⁹.

²³⁸ Olcese, Aldo, "El capitalismo que viene", "El País" Esp., secc. Negocios, 16 noviembre 2008, pág. 14.

²³⁹ Gardels, Nathan, "Reparar el sistema financiero no impedirá la recesión", Global Viewpoint, Tribune Media Services, www.tmsfeatures.com, X 2008.

2.- Señalamientos económicos y políticos de la globalización.

2.1.- El capitalismo globalizado y su concepción actual

Dada la importancia de la globalización en sus aspectos económicos, es de destacarse que esta nueva tónica impere en algunas concepciones de la misma, como lo es en el caso de Alan Minc, quien antes de la crisis financiera de septiembre del 2008, obsequió una definición singular: *“Globalización, mundialización: son conceptos conocidos que arrastran su cortejo de fantasías, de odios y de sueños. Pero, en realidad, solo designan un fenómeno de extremada simplicidad: la diseminación, ya alcanzada, del mercado a casi todos los países del mundo y su extensión progresiva a esferas cada vez más numerosas de la actividad humana. A tal señor, tal honor: con los mercados de capitales el proceso alcanzó su máxima expresión”*²⁴⁰.

De acuerdo con lo expresado, la globalización es la extensión del capitalismo en una nueva manifestación que rebasa el concepto inicial del capitalismo empresarial para actualizarlo en un capitalismo bursátil líquido y abstracto, mismo que derivó de las condiciones de amplia liberalidad del mercado financiero que provocaron la crisis del 2008, a las regulaciones del mercado que resultaron de ella, dando lugar a un capitalismo financiero sujeto al Estado de bienestar.

Cabe recordar que en el apogeo de la ortodoxia del libre mercado se afirmaba: *“El mercado de dinero reina, domina y se impone: es el juez, el motor, el carburante de la vida económica”*²⁴¹. A pesar de que las condiciones variaron en grado, más no en esencia, el mercado de dinero, aún con regulaciones, sigue siendo parte importante del sistema financiero, ya que las finanzas son entendidas como un proceso en el cual los agentes económicos otorgan y obtienen créditos para consumir o invertir, y estas actividades se desenvuelven dentro de un sistema financiero que incluye los mercados, las empresas y otras instituciones que satisfacen las decisiones financieras de las familias, las empresas y los gobiernos locales y del exterior; entre las partes importantes de éste, se encuentra el mercado de dinero, los de activos a interés fijo, como lo son los bonos o hipotecas; también están los mercados accionarios bursátiles para la propiedad de las empresas y los mercados de cambios de divisas de diferentes países²⁴².

Se debe destacar que la crisis financiera que se presentó en septiembre del 2008, ha venido a modificar totalmente la concepción del capitalismo ortodoxo, propio del *laissez faire*, al capitalismo de la sociedad de bienestar, en donde el Estado regula el mercado financiero y bursátil.

²⁴⁰ Minc, Alan, www.capitalismo.com, edit. Paidós, Buenos Aires, 2001, pág. 10.

²⁴¹ Idem. pág. 12.

²⁴² Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., op. cit. nota 104, pág. 484.

Ahora bien, con la economía globalizada se ha planteado un modelo de economía abierta que incluye el libre cambio internacional, al cual se han adherido países que antes tenían una economía cerrada, y que con el derrumbe del comunismo, se adhirieron esta la nueva economía globalizada, que se desarrolla con la utilización de la tecnología electrónica; mediante la cual, se generalizan y simplifican las operaciones financieras, unificando el ahorro en el mundo y ensanchando el mercado de dinero.

En este punto aparecieron, entre otros, tres bloques regionales de economías fortalecidas: El Mercado Común Europeo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los "Tigres" Asiáticos liderados por Japón y China, que han desarrollado el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (Asian-Pacific Economic Cooperation APEC)²⁴³, haciendo circular con tendencias de liberalidad de mercado bienes y servicios dentro de cada una de las tres zonas; también surgieron las llamadas economías emergentes con países como Rusia, India, Brasil, México²⁴⁴, Sudáfrica y Australia. Entonces el mundo se encuentra ante la aparición de un nuevo modelo capitalista que tiene como etapa superada la del absolutismo financiero en donde los administradores de los fondos se habían convertido en "factótum" del sistema financiero mundial²⁴⁵, impulsando un librecambismo desenfrenado, para alcanzar las condiciones del mundo financiero actual, en donde las operaciones de los títulos bursátiles y derivados son regulados, no solamente por los bancos centrales, sino que también por medidas que se tomen en la cumbre económica del G-20 y otros foros internacionales.

Se piensa que en el nuevo capitalismo patrimonial regulado se sienta la base del liberalismo político, y que gracias a él se estará instalando globalmente la democracia, ya que la escuela que representa el voto y la participación corporativa de los accionistas de la empresa, son prácticas democráticas que conducirán al punto óptimo de una economía²⁴⁶; y por consecuencia, la transparencia y las normas del buen gobierno corporativo garantizan la adecuada gestión de las empresas, las cuales se financian emitiendo créditos colectivos en documentos de crédito que se cotizan bursátilmente, cerrando así el círculo financiero del mercado de dinero que se moviliza en función de la rentabilidad de la inversión. De aquí la exigencia de los promotores del libre comercio regulado a las formalidades democráticas, tanto políticas como empresariales, porque son las que permiten engrosar y acelerar la acción sana de los mercados de capitales en función de los cuales se orienta toda actividad empresarial moderna con responsabilidad social.

La democratización corporativa desarrollada por el capitalismo patrimonial responsable, se apoya en las normas del buen gobierno corporativo para

²⁴³ En Latinoamérica este foro de cooperación ha dado lugar a la creación de la Alianza del Pacífico, integrada por Chile, Perú, Colombia y México.

²⁴⁴ Cabe mencionar que México es país integrante del TLCAN y sostiene un Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea.

²⁴⁵ **Minc, Alan**, op. cit. nota 240, págs. 13, 32 y 33.

²⁴⁶ **Ibidem.**, pág. 104.

transparentar a la empresa emisora de títulos bursátiles y en la participación, tanto accionaria, como de los mismos títulos bursátiles por parte de los empleados²⁴⁷; pero tampoco se debe olvidar que la democracia capitalista es más perfecta que la democracia política.

Pero así como la sociedad democrática se ha afirmado en el capitalismo, la economía de mercado definida por la competencia en la producción y venta de bienes y servicios, ha influido en la sociedad derivándola hacia una sociedad de mercado en donde la competencia se ha asentado como motor y motivo entre actores e instituciones sociales ajenos al mundo económico²⁴⁸, incorporando a la competencia a instituciones y sujetos en campos que rebasan esferas nacionales o ámbitos tradicionales.

Hoy en día ya no compiten entre sí solamente las naciones, también lo hacen metrópolis y regiones, márgenes oceánicas, sistemas educativos, culturas y religiones. El conflicto se presenta al reconocer que la sociedad de mercado crea desigualdad que en su inercia va substituyendo en la consciencia social a la igualdad por la equidad²⁴⁹; en una economía de mercado el interés general es patrimonio del Estado, pero en la sociedad de mercado las cosas son diferentes.

2.2.- La sociedad de mercado y la soberanía nacional.

Ante el panorama financiero que se expuso anteriormente, se ha presentado un fenómeno de impacto de la globalización en las sociedades nacionales, las cuales han sido afectadas en su identidad y marco jurídico; estos aspectos de la integración global requieren de estudio.

Es visto que la globalización, presenta diversos efectos en las naciones; si bien algunos Estados han desarrollado sus potenciales hasta lograr metas importantes, todos, en alguna medida, han sido vulnerados en su soberanía del Estado-Nación ante las presiones económicas y políticas que presentan bloques internacionales, empresas transnacionales, y organismos no gubernamentales.

Otros Estados han sido afectados negativamente por organizaciones delictivas mafiosas y también por grupos terroristas, afectando su economía, legislación, vida social y política.

En este punto es importante distinguir formas de presión o intervención que afectan la soberanía, las cuales van desde las recomendaciones sobre programas económicos y también políticos que son condicionantes de créditos internacionales, como lo son el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, hasta peticiones de flexibilización legislativa condicionantes de fuertes inversiones o de ingreso a organismos comerciales internacionales, como

²⁴⁷ **Ibidem.**, pág. 135.

²⁴⁸ **Ibidem.**, pág. 172.

²⁴⁹ **Ibidem.**, págs. 180-181.

el Grupo de los veinte, o G-20 y la Organización Mundial del Comercio; o los intereses de bloques comerciales regionales como el Mercomún Europeo.

También se debe reconocer que algunos países débiles no han podido cumplir con las condiciones políticas y económicas requeridas por bancos o financieras mundiales para el otorgamiento de créditos; ó las exigidas por las coaliciones comerciales internacionales, para celebrar tratados comerciales. Tales requerimientos se pueden referir a condiciones internas, como la corrupción, la ineficiencia y la falta de gobernabilidad, deteriorándose la postura de estos países ante dichas organizaciones financieras y comerciales, viéndose presionados a aceptar condicionamientos para obtener nuevas oportunidades de participación.

En otros casos, el estado-nación no desarrollado es presionado por otros Estados, llegando a provocarse procesos de deterioro y debilitamiento que incluso, derivan en conflictos internos de seguridad y que en ocasiones desestabilizan el contexto internacional, hasta provocar guerras y conflictos en los que se hace presente la intervención extranjera acordada por un contexto internacional multinacional con una pretendida legitimación supranacional, como ha sido el caso de la guerra de los Balcanes, la primera guerra de Irak y Afganistán. En esta circunstancia se expone la dificultad existente entre la legitimidad de la intervención de un organismo internacional y la soberanía de un Estado nacional débil; ya que en verdad los linderos que separan estos dos principios son indetectables en la práctica. Esta última forma de intervención es directa e implica la reconstrucción del Estado, afectando desde luego, la soberanía del mismo.

Estas situaciones de ingobernabilidad han hecho surgir el concepto de "Estado fallido", que determina la debilidad del gobierno central por la falta de control militar y policial de una parte de su territorio, o por el fracaso de programas gubernamentales centrales, permitiendo zonas de autogobierno.

La organización no gubernamental "Fondos por la Paz" determinó en el año 2007, una lista de doce "Estados fallidos": Sudán, Iraq, Somalia, Simbawe, Chad, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Afganistán, Guinea, República Centroafricana, Haití y Paquistán; en el 2008, se sumaron Yemen, Timor Oriental, Corea del Norte, Myanmar (Birmania), Bangladesh, Uganda, Etiopía, Burundi y las Islas Salomón²⁵⁰.

La problemática que se expone, en la existencia de los "Estados fallidos", evidencia que los organismos internacionales carecen de fortaleza y legitimidad para vigorizar y a veces reconstruir a los Estados que se han debilitado por no haber podido cumplir con los programas de desarrollo y apoyo de sus instituciones liberales democráticas y económicas debido a la presión política interna y/o externa, la corrupción, el populismo, la amenaza de mafias y grupos subversivos financiados del exterior y el fracaso de programas gubernamentales

²⁵⁰ Foreign Policy Edición Española www.fp-es.org/search/node/estado+fallido 27 | 2008

legitimados; y cuando estos Estados fracasan en su intento de desarrollo se convierten en focos de desestabilización internacional a lo que los organismos internacionales tienen que intervenir en caso de crisis económica, guerra o catástrofe, pero la actuación de estos carece del vigor y eficacia suficiente para apaciguar el conflicto o para rescatar del estado de emergencia a la comunidad afectada y la injerencia de dichos organismos se convierte en endémica.

Es claro que la situación de los “Estados fallidos” presenta siempre en su rescate por parte de organismos internacionales u otros países, un caso de afectación a las soberanías nacionales, y generalmente, sólo se magnifican y cuestionan cuando son militares, pero cuando son económicas o en programas sociales son vistas con permisibilidad; pero, conforme a sus características y alcances, no dejan de considerarse lesiones a las soberanías de estos Estados debilitados. También es necesario determinar qué tanta soberanía puede hacer valer un Estado que practica el abandono, la hambruna, el genocidio o limpieza étnica o religiosa como política interna, o simple medida política; o un Estado que tiene como política interna la constante amenaza hacia otros Estados y manifiesta una intolerancia agresiva financiando desestabilizaciones de otros o armándose excesivamente, o produciendo drogas.

Con el afán de fortalecer a los Estados debilitados, el contexto internacional pide a los Estados miembros de organismos comerciales participantes una formalidad democrática y una convivencia pacífica; lo cual tampoco se ha convertido en requisito para firmar tratados comerciales de alto nivel, como lo es el caso de la República Popular China en su ingreso a la Organización Mundial de Comercio sin cumplir cláusulas de democracia y de realismo y lealtad comercial; sin embargo, es innegable que China se ha convertido en un polo de desarrollo económico de la economía global. Lo verdadero es que la creación de un sistema internacional efectivo en el que sus integrantes cumplan y hagan cumplir principios de democracia y transparencia, no se ha logrado.

La debilidad de la acción internacional ha permitido que, desde el fin de la guerra fría, sea preponderante la intervención de los Estados Unidos de América actuando como miembro de dichos organismos internacionales para reforzar estas acciones, pero en la otra cara de la moneda, ha dado lugar a que cuando el organismo internacional no apoya una pretensión intervencionista propuesta por este Estado, se dé lugar a una actuación unilateral del mismo, como es el caso de las guerras de Afganistán y la segunda guerra de Irak. Esta actitud de los Estados Unidos de América, que también involucra a la Organización del Tratado del Atlántico del Norte, está provocando una crisis de cuestionamiento sobre la eficacia de los organismos internacionales para solucionar conflictos de Estados débiles, ya sea por catástrofes naturales o por situaciones políticas que se salen del control, o por intervención exterior.

El ascenso de los Estados Unidos de América como la mayor potencia económica y militar del planeta, es uno de los problemas que presenta la globalización política resultante de la caída de la Unión Soviética y el fin de la

bipolaridad. Este ascenso, no se encuentra adecuado a un sistema internacional multinacional eficaz; es cierto que el nuevo imperio se rige por principios liberales y democráticos, pero también es cierto que para el gobierno estadounidense la concepción de la política global es diferente a la sostenida por otros gobiernos liberales y democráticos, como los europeos, más referidos a una regulación de organismos internacionales como la misma Unión Europea de Naciones, lo cual les obliga a consensar actitudes y actuaciones; en tanto que los Estados Unidos de América, tienen una mayor tendencia a desconocer el cumplimiento de acuerdos internacionales y tener actitudes y actuaciones unilaterales en el contexto internacional. Esta postura del gobierno estadounidense afecta la formación y el reconocimiento de la legitimidad democrática del contexto internacional, ya que dicho gobierno tiene comprobadas tendencias a no reconocer por encima de la democracia constitucional de su Estado nacional, la legitimidad democrática de los organismos internacionales en los cuales participa; a diferencia de los Estados europeos, en los cuales, se considera que la legitimidad democrática emana de la voluntad de la comunidad internacional, la cual es mayor a la de cualquier estado-nación²⁵¹.

En la reciente crisis por la intervención rusa en la República de Georgia se presenta una visión especial de este punto. Se califica a Rusia como una potencia nostálgica e impotente con solamente capacidad para enredar los conflictos debido a su riqueza energética sobre Europa, pero que puede ser perdonada de su mala actitud si reconsidera su postura y consiente en que ya no es lo que fue la Unión Soviética²⁵². En este punto, aparecen otras reflexiones que presentan un realismo pesimista, como es el caso de John Gray, quien señala que las actitudes de una Rusia como la Putin, era algo que se veía venir, pero que no se le consideraba, *“porque el regreso de la historia no forma parte del guión progresista”*; además, expone un análisis en el mismo tono al sentenciar lo siguiente sobre la actual etapa política: *“Lo que estamos presenciando es el final de la era posterior a la guerra fría y una nueva oleada de conflictos geopolíticos como los que se producían al final del siglo XIX. Los líderes occidentales, con las mentes empañadas por las tonterías de moda sobre la globalización, creen que la democracia liberal está extendiéndose de forma imparable. La realidad es que sigue habiendo diversidad política. Las repúblicas y los imperios, las democracias liberales y las no liberales y una amplia variedad de regímenes autoritarios estarán todavía con nosotros durante un tiempo, por mucho que se globalice el mundo. La globalización no es más que la industrialización constante del planeta y el nacionalismo creciente respecto a los recursos forma parte intrincada del proceso. A medida que la industrialización se extiende, los países que controlan los recursos naturales los utilizan para impulsar sus objetivos estratégicos. Al desplegar la energía como arma, Rusia no está resistiéndose a la globalización, sino explotando sus contradicciones”*²⁵³.

²⁵¹ Fukuyama, Francis. op. cit. nota 60, pág. 162.

²⁵² Ramoneda, Josep*, *“El Verano que Cambió las Prioridades”*, “El País” Esp., opinión, “La cuarta página”, 12 de septiembre de 2008, pág. 29. *“Mientras China hacía pacífica demostración de potencia, Rusia presentaba en Georgia las credenciales de su nueva condición; una potencia impotente que sólo tiene capacidad de enredar”*. *filósofo español.

²⁵³ Gray, John, “El PAÍS” Esp., opinión, “La cuarta página”, 20 de septiembre de 2008, pág. 25.

Dentro del nuevo contexto global se puede apreciar que la crisis financiera del 2008, cambió las relaciones del poder político en el mundo. Partiendo de la consideración que en el año 2006 el conjunto de países industrializado mantenía un déficit que superaba el medio billón de dólares, para ese entonces, el déficit de los Estados Unidos de América se había reducido en un 25%, con lo cual, el resto del mundo tenía derechos como acreedor sobre ese mismo porcentaje de su Producto Interno Bruto; y los principales acreedores eran Japón, los países productores de petróleo del Medio Oriente y China²⁵⁴. Con estos datos se debe otorgar a China un papel importante y decisivo en el mantenimiento del sistema financiero internacional, ya que el financiamiento del déficit norteamericano le permite a China mantener sus exportaciones, ayudando así a su crecimiento y modernidad; es por tal que el gobierno chino evita hacer cualquier cosa que haga peligrar al sistema financiero internacional o que ponga en aprietos a Estados Unidos; pero como toda negociación es compatible, China busca obtener contrapartidas políticas y económicas de su postura²⁵⁵. Por lo pronto, ante la crisis ruso-georgiana, China no asintió a la postura de Moscú, dejando ver que no quiere un bloque de países autoritarios, léase Irán, Venezuela y Rusia, que dirigidos por Pútín, desaten una nueva guerra fría contra las democracias²⁵⁶. Independientemente de su importancia en el contexto mundial y de que China actualmente mantiene una conocida postura propia con relación a Rusia, esta actitud pudiera interpretarse como una política congruente con las tendencias chinas de transformaciones graduales, que se dieron del comunismo dogmático al capitalismo liberal con totalitarismo político y pudieran llegar a presentarse en materia política para buscar gradualmente la democracia²⁵⁷. ¿Pudiera ser? No se sabe.

De las posturas expresadas por los Estados Unidos de América, la Unión Europea, China y Rusia, en relación a la soberanía de las naciones, el contexto armónico internacional y los "Estados fallidos", la más viable y fundada, resulta a todas luces, la europea; pero paradójicamente es la que menos aplicación práctica ha tenido en el desenvolvimiento de las acciones internacionales, mas la sensatez de varios países no pierde el empeño en alcanzar este ejercicio como el de mayor equidad y provecho para las naciones de la globalidad. La postura

²⁵⁴ En 2006, los países del Medio Oriente productores de petróleo y China, financiabas por partes iguales el 86% del déficit de los países industrializados.

²⁵⁵ **Pastor, Alfredo**, "China emerge como acreedor silencioso", "El País" Esp. "La Cuarta Página" opinión, 10 octubre 2008, pág. 27.

²⁵⁶ **Gluckmann, André***, "Frente a la doctrina Putin", "El País" Esp. opinión, 25 septiembre 2008, pág. 23. *Filósofo francés.

²⁵⁷ *China fue liberalizando poco a poco su sistema económico. Se liberalizaron progresivamente los precios. Se permitió la propiedad privada en las empresas. En una primera etapa ésta se desarrolló fundamentalmente a través de la entrada de inversiones extranjeras. Más tarde se empezaron a privatizar empresas estatales. Fue surgiendo un sector empresarial privado chino, que cada vez tiene un papel más determinante. Pero a diferencia de las transiciones en la antigua Unión Soviética y otros países comunistas de Europa del Este, el camino hacia la democracia en China no va a estar configurado por momentos claros de ruptura. Es una transición gradual, paulatina, con características propias.* **Fanjul, Enrique***, "El País" Esp. opinión, 26 noviembre 2008, pág. 29. *diplomático español, Presidente del Comité Empresarial Hispano-Chino.

anterior permite vislumbrar la necesidad del cambio conceptual de la soberanía, la legitimidad y la democracia en función de la armonía internacional y el bienestar globalizado; no obstante, Fukuyama expresa: *“La soberanía y, por tanto, la legitimidad no se podían seguir concediendo automáticamente al poseedor de facto del poder de un país”*²⁵⁸. Pero estos conceptos se han globalizado y deben de corresponder a una realidad diferente a la que inicialmente se consideró en sus planteamientos iniciales; sin embargo la globalización exige una regulación mundial conceptual que armonice a los países.

Este planteamiento ha provocado posturas diversas entre los estudiosos de la sociedad cosmopolita en su pretensión de encontrar un modelo de justicia global proponiendo un enfoque contractual²⁵⁹ en las estructuras de las relaciones sociales globales a partir del concepto de John Rawls de libertad e igualdad individual²⁶⁰, donde el fin de la cooperación no es solamente el beneficio mutuo que busca una igualdad aproximada, sino un sentido más amplio de solidaridad, que no se reduzca a ingresos y riqueza.

Los elementos a estudio y discusión de estos puntos, llevan a la reconsideración de las fórmulas antiformalistas del Derecho global que enuncia la corriente del pluralismo jurídico al mencionar que el proceso descentralizado de de la globalización no corresponden a un ejercicio de lógica económica, cultural o jurídica, sino a una dinámica provocada por la pluralidad de los subsistemas sociales (incluyendo, entre otros, a: la economía, la cultura, la ciencia, el derecho, la tecnología, los sistemas de salud, los servicios sociales, los medios de comunicación, los sistemas de seguridad civil y militar, los medios de comunicación y el turismo).

Estos subsistemas buscan desarrollarse al margen o en los límites de la esfera estatal²⁶¹. De tal manera que esta tesis del Derecho global, no desarrolla un Derecho internacional, sino un Derecho intersistémico, que rechaza la tesis iuspositivista que busca una efectiva institucionalización de las estructuras internacionales de decisión y garantía, pero que ignora los fenómenos jurídicos globales que se vienen presentando y se desarrollan sistemas fragmentados desde instancias y redes que funcionan globalmente, en los cuales, su juridicidad es una cuestión empírica autoorganizativa que sigue un código binario sobre lo legal, o lo ilegal aplicándolo de fondo y no de forma.

Surge como respuesta a estos planteamientos la corriente del pluralismo constitucional, con características de una reformulación postnacionalista que amplía los sujetos y procesos constitucionales, ordenándolos de manera no jerárquica, sino “heterárquica”. Sobre esta tesis, Isabel Turégano explica: *“El*

²⁵⁸ Fukuyama, Francis. *op. cit.* nota 60, pág. 145.

²⁵⁹ Turégano Mansilla, Isabel, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, edit. Palestra Editores, Lima 2010, pág. 47.

²⁶⁰ Rawls, John, *op. cit.* nota 123, pág. 20.

²⁶¹ Teubner, Gunter, *Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society*, edit. Teubner Global Law without a State, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1997, págs. 3-28.

*pluralismo constitucional implica una multiplicidad de sedes de autoridades y discursos constitucionales y postula el mutuo reconocimiento y respeto de todas ellas en cuanto que sus pretensiones e intereses son inconmensurables, no pudiendo ninguna arrogarse en exclusiva la interpretación del discurso constitucional*²⁶².

Aquí tienen que recordarse las palabras de Immanuel Kant en su obra "La Paz Duradera", en donde dice: *"La comunidad – más o menos estrecha – que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la Humanidad y favorece la paz perpetua, siendo la condición necesaria para que pueda abrigarse la esperanza de una continua aproximación al estado pacífico"*²⁶³. Surge entonces la reiterada necesidad de concertar diversos intereses bajo la doctrina del Derecho para alcanzar la paz como un fin superior. En este sentido, Kant había expresado en "Metafísica de las Costumbres" lo siguiente: *"Puede decirse que este establecimiento universal y duradero de la paz no constituye sólo una parte, sino la totalidad del fin final de la doctrina del derecho, porque el estado de paz es el único en el que están garantizados mediante leyes lo mío y lo tuyo, en un conjunto de hombres vecinos entre sí, por tanto, que están reunidos en una constitución"*²⁶⁴.

3.- Nuevas teorías económico-jurídico-sociales para el mundo globalizado y el Derecho Mercantil.

3.1.- Las formas empresariales de organización jurídica.

La globalización se ha constituido en el fenómeno objeto de análisis en la actualidad, y como concepto integrador incluye varios estudios de campos, también diversos, tocando en lo jurídico a tratadistas que exponen nuevos enfoques y reflexiones.

Juan Ramón Capella²⁶⁵ denomina a este fenómeno "*mundialización*", tratando de utilizar el término de Wallerstein y no seguir el encontrado por Mc Luhan²⁶⁶, expresando que la mundialización configura un sistema desigual: un "Sur" infradotado, cuya periferia se hunde en la miseria, y un "Norte" trifocal en torno al Japón, la Unión Europea y Norteamérica²⁶⁷, que impone una nueva estructura y cambio de poder, en donde la forma del estado pierde primacía al

²⁶² Turégano Mansilla, Isabel, op. cit. nota 258, pág. 126.

²⁶³ Kant, Immanuel, *La Paz Perpetua*, edit. Porrúa, 14ª. ed. México, 2004, pág. 261.

²⁶⁴ Villar Borda, Luis, *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*, edit. Universidad Externado de Colombia, 2ª. reimpr. Bogotá, 2001, pág. 71.

²⁶⁵ Capella, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, edit. Trotta, 3ª. ed., Madrid, 2001, pág. 231.

²⁶⁶ Mc Luhan, Marshall. *The Gutenberg Galaxy*, edit. University of Toronto Press, Toronto, 1962.

²⁶⁷ Capella, Juan Ramón op. cit. nota 264, pág. 240.

subordinarse a un soberano privado supraestatal de carácter difuso, con asignación de funciones nuevas en este campo interrelacionado, en donde el sistema de legitimación cambia y por consecuencia, el derecho se adapta y adquiere condiciones propias de la nueva situación. En las nuevas formas empresariales de organización y concentración del capital, este salta las fronteras internacionales sin conocer patria, y en su desplazamiento dejan tras de sí una estela de conflictos sociales para que éstos sean resueltos por las instituciones públicas²⁶⁸. Dice además que la mundialización desigual de los intercambios cuyos sujetos son las empresas transnacionales interrelacionadas por la tercera revolución industrial (la tecnológica) que han dado lugar a “*La gran transformación*”²⁶⁹ de las condiciones del mundo provocando la minorización de la fuerza de trabajo²⁷⁰, reduciendo el espacio social de los trabajadores²⁷¹, y echando por tierra las conquistas laborales de la etapa anterior de la revolución industrial (la segunda ola)²⁷².

Continúa Capella exponiendo que la acción conjunta entre las nuevas tecnologías informáticas y las políticas de desregulación laboral permiten al capital operar en sentido contrario y sustituir a más y más trabajadores por máquinas automáticas. El trabajo ha sido objeto de las políticas que desde el punto de vista empresarial se denominan: *flexibilización y desregulación*²⁷³. Por la primera se comprende lo relacionado a las políticas públicas que supediten el empleo a las contingencias de los empleadores, a cambio de la estabilidad de los puestos de trabajo; y la segunda es la creciente eliminación de obligaciones impuestas a los empresarios en relación con sus trabajadores. En estas condiciones el sindicalismo ha perdido fuerza y capacidad negociadora, dejando de ser agencias de gestión dirigidas por una burocracia especializada y financiadas por el Estado en una postura corporativista. Las limitaciones a la soberanía expuestas crean un conflicto de legitimación que erosiona a los grados de democracia alcanzados y las circunstancias hacen que el Estado pretenda legitimarse en la eficacia, que en realidad es la expresión de “*la ley del más fuerte*”, en el campo económico social²⁷⁴. Por consecuencia el nuevo campo de poder produce un derecho (sistema jurídico) dual basado en la desregulación la cual se bifurca en dos aspectos:

1. Por lo que corresponde a los derechos de los Estados abiertos, la capacidad de normar se torna hacia la esfera privada, trasladando el peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles; y
2. Por lo que toca a la soberanía privada supraestatal difusa, el derecho toma la forma de una *lex mercatoria metaestatal*

²⁶⁸ **Ibidem.** pág. 247.

²⁶⁹ **Fukuyama, Francis.** *La Gran Ruptura.* edit. Sinequanon, Barcelona, 2000.

²⁷⁰ **Capella, Juan Ramón,** op. cit. nota 264, pág. 247.

²⁷¹ A la naturaleza, el capital y el trabajo debemos agregar el conocimiento, ya que la nueva economía lo tiene como prioritario y generador de una cultura de interrelación económica. La frase de: *El conocimiento es la auténtica palanca del poder*, es un importante indicador de la nueva etapa, porque lo que se modificó fue la forma de transmisión del conocimiento y del ejercicio del poder, no obstante la máxima “*Conocimiento es poder*”.

²⁷² **Toffler, Alvin.** Op. cit. nota 9, pág. 35.

²⁷³ **Capella, Juan Ramón,** op. cit. nota 264, pág. 249.

²⁷⁴ **Ibidem.** pág. 267.

establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales.

En el primer caso, la desregulación se convierte en una negociación entre partes derivando a una definición contractual de los aspectos públicos. En el segundo, la *lex mercatoria* (derecho especial para los comerciantes²⁷⁵) se vuelve a usar contemporáneamente para designar un conjunto de prácticas jurídicas de los grandes agentes económicos como un derecho extra jurisdiccional creado directamente por el soberano privado supraestatal²⁷⁶. También ha aparecido un voluntariado jurídico al servicio de las Organizaciones No Gubernamentales y de otras asociaciones cívicas, como lo son Amnistía Internacional, Greenpeace, Médicos sin Fronteras y Organizaciones de Periodistas Internacionales, que prestan servicios jurídicos de manera social.

Coincidiendo en el marco expositivo de la problemática que presenta la globalización socioeconómica con lo manifestado por Capella, el investigador José Eduardo Faria²⁷⁷ acusa a este fenómeno de superponer el poder económico al político, propiciando nuevas formas de orden basadas en negociaciones continuas, aceptaciones tácitas y autorizaciones difusas, que han acabado por producir reglas jurídicas con rasgos de un “*contrato comercial*”, que de un estatuto imperativo, lo que significa un alejamiento de las posturas positivistas tradicionales en el manejo jurídico, retornando las instituciones jurídicas a un *derecho personal* anterior al *derecho territorial* que en su momento consolidó la revolución francesa; solamente que este *derecho personal* está basado en los intereses de actores autónomos y supraestatales que avisan un neofeudalismo²⁷⁸.

En el pensamiento jurídico reciente es relevante la postura del jurista inglés William Twining²⁷⁹, quien le da a la globalización un carácter continuado desde dos siglos atrás y apunta que este proceso tiene implicaciones importantes en el mundo del derecho²⁸⁰, que da a lugar a un renacimiento de la discusión sobre la teoría general jurídica. Insiste en que la globalización no es un fenómeno nuevo, ni lo son las relaciones jurídicas transnacionales, el comercio, la diplomacia y el

²⁷⁵ A la caída de las murallas del imperio romano permitiendo así la penetración de los bárbaros que las murallas chinas habían rechazado, se afectó la estabilidad de la civilización y se terminó el sistema de derecho y demás infraestructura; por tal motivo el comercio tuvo que crear un sistema jurídico propio y especial. Mientras que el derecho romano medieval, el derecho canónico y el derecho germánico tardaron en encontrar la forma de aplicarse sistemáticamente en la objetividad, el derecho mercantil se organiza y sistematiza, primero sobre la base de los usos comerciales arcaicos y reconocidos por el derecho romano y después sobre normas especiales de carácter subjetivo, solamente aplicables a comerciantes de manera espontánea, informal y práctica, que presentaba casos normativos de excepción a manera de resistencia a las viejas formas del derecho común y objetivo, como lo fue el uso generalizado del contrato de cambio trayecticio (carta de cambio), en documento causal no negociable, que posteriormente se convertiría en la letra de cambio.

²⁷⁶ Capella, Juan Ramón op. cit. nota 264, pág. 273.

²⁷⁷ Faria, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, edit. Trotta, Madrid, 2001.

²⁷⁸ *Ibidem*. págs. 264 y 265.

²⁷⁹ Profesor emérito de jurisprudencia de University College, London.

²⁸⁰ Twining, William, *Derecho y Globalización*, edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2003, pág. 120.

intercambio, han sido transnacionales por siglos y han desarrollado formas útiles de comunicación por lo que es importante recurrir a la teoría jurídica analítica, para estudiar ese lenguaje de ese discurso jurídico; en este sentido, reitera que la globalización hace inentendible la legislación local y presenta la necesidad de replantear la naturaleza de toda la teoría jurídica general²⁸¹.

De lo expuesto se puede concluir que la globalización de los sistemas social, económico y jurídico se ha interrelacionado en un sentido realista y funcional, por lo cual se han desarrollado nuevas y diversas formas de manifestar una nueva modalidad del ejercicio del sistema jurídico, en el cual, el derecho contractual comercial tiene una actuación muy relevante.

Queda claro que las empresas que han utilizado a la globalización como vehículo de su expansión, y han convergido en la aplicación de nuevas instituciones jurídicas para su ejercicio comercial. Se han desarrollado, sobre la base de aspectos comerciales, alianzas internacionales, mercados comunes y organizaciones comerciales variadas, también se han dictado normas internacionales de referencia en materia comercial, como lo es la *Lex Mercatoria*, y han aparecido promociones internacionales para la unificación internacional legislativa de las instituciones y figuras del Derecho Mercantil.

Existe además otra consideración jurídica sobre la que hay que tomar nota. Hay otro aspecto de la sistemática jurídica de la globalización de la posmodernidad postindustrial que está muy vinculado a las actividades comerciales de ésta nueva era de desarrollo tecnológico; esto es porque la comercialización se desenvuelve mediante la electrónica informática; y es el comercio electrónico por el cual se está desarrollando ampliamente la actividad mercantil, lo cual, obliga a determinar las vinculaciones del sistema jurídico denominado *Lex Mercatoria* con el otro sistema jurídico postindustrial denominado *Lex Informática*. Por esa razón también se tienen que estudiar y determinar las consecuencias jurídicas del uso y tráfico de las redes del ciberespacio, o sea, del *internet*; de tal manera que se está dando lugar a una nueva concepción de la regulación jurídica que algunos llaman el *ius retis*: el Derecho de las redes del ciberespacio o *Lex Informática*, que tiene una importancia similar a la de la *Lex Mercatoria*²⁸².

Entre los estudiosos se ha afirmado y también se ha negado que la antigua *Lex Mercatoria* consistiera en un verdadero sistema²⁸³ jurídico, pero para la actual, es un conjunto de normas, principios, reglas que están autorganizándose²⁸⁴, por lo que se considera un sistema jurídico abierto. Entre los que reconocen su carácter jurídico se han escindido en dos tesis: La tesis positivista, que considera que su origen es transnacional y solo existe en función de que los Estados la reconocen y ratifican en función de tratados e instrumentos internacionales; la otra tesis es la

²⁸¹ **Idem.** págs. 68 y 69.

²⁸² **Grün, Ernesto**, op. cit. nota 24, pág.116.

²⁸³ Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. **Real Academia Española**, op. cit. nota 122, t I, pág. 1888.

²⁸⁴ **Grün, Ernesto**, op. cit. nota 24, pág.114.

autonomista, que la concibe como un sistema autogenerador de reglas destinadas para y creadas por la comunidad internacional de comerciantes²⁸⁵; los autonomistas además tratadistas como Klaus Berger, la consideran como un Derecho transnacional que implica un desprendimiento o falta de referencia a un Derecho nacional²⁸⁶.

Para estos estudiosos, la *Lex Mercatoria* incluye principios de Derecho relacionados con el comercio internacional, que si bien se vinculan a los principios generales del Derecho, estos principios son propios de la *Lex* y difieren de los generales. Se destacan dentro de los mismos, los siguientes: *pacta sunt servanda*, *actor incubit probatio*, *ut res magis valeant quam pereat*, *exceptio non adimpleti contractus*, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, necesaria limitación de daños, prohibición de enriquecimiento injusto, reconocimiento de causas de fuerza mayor, etcétera²⁸⁷.

Estos principios fueron también tomados en consideración, desde 1971, por el grupo de profesores de Derecho encabezado por René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, quienes se denominaron el Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y pretendieron elaborar, y así lo lograron, un *restatement* internacional de los principios generales del Derecho de los contratos, partiendo de la unificación de todas las tradiciones y sistemas jurídicos tales como el romano germánico, el *common law* y el socialista, para establecer un conjunto de reglas utilizables en todo el mundo independientemente de la tradición o sistema jurídico en sean aplicadas²⁸⁸.

En el Preámbulo del Documento que enuncia los principios mencionados, que donde se explica el propósito de los mismos, se menciona: "*Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la "lex mercatoria" o expresiones semejante*²⁸⁹". La expresión anterior otorga a la referida *lex* y al conjunto de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales el carácter de sistema jurídico autónomo y especial.

²⁸⁵ **Feldstein de Cárdenas, Sara**, *Contratos internacionales*, 3ª. parte: "*Lex mercatoria*", edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995, págs. 205-207.

²⁸⁶ **Berger, Klaus Meter**, *Transnacional Commercial Law in the Age of Globalization*, Saggi, Conferenze e Seminari 42. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma 2001, pág. 17, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgw/biblio/berger1.html> 9 X2011

²⁸⁷ **Silva Silva, Jorge Alberto**, *Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales*, colaboración para *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 2006, pág. 258.

²⁸⁸ **David, René y Jauffret-Spinozi, Camille**, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., trad. Jorge Sánchez Cordero, 11ª. ed. México 2010, pág. XIV.

²⁸⁹ **Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado**, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, edit. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la U.N.A.M., Roma 2007, pág. 1.

Siguiendo con la tendencia anterior, de determinar la autonomía de las organizaciones de comerciantes se hace necesaria una distinción entre las asociaciones comerciales internacionales formadas entre Estados y las que componen agrupaciones internacionales de comerciantes con carácter no gubernamental. Dentro de las primeras los ejemplos son variados desde la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)²⁹⁰, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)²⁹¹, la Unión Europea (UE), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico (Asia-Pacific Economic Cooperation APEC)²⁹², la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN)²⁹³, el Mercado Común del Sur de América (MERCOSUR), la Comunidad del Caribe (CARICOM), la Comunidad Andina (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Alianza de Pacífico, etcétera., y en el segundo caso organizaciones no gubernamentales como el Foro Económico Mundial de Davos, Suiza, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio Germano-Nipona, El Círculo de Montevideo, entre otras.

En las organizaciones de Estados se aprueban normas comerciales que provocan reformas y adiciones a las correspondientes legislaciones mercantiles de los países miembros, independientemente de que se emiten leyes generales para sus integrantes, como lo es el caso de la Unión Europea en donde se ha presentado el proyecto de Código Europeo de Contratos²⁹⁴, o mejor conocido como "Proyecto de Pavia"²⁹⁵. En tanto que en las organizaciones no gubernamentales de comerciantes, se han emitido reglas generales sobre usos comerciales internacionales que son generalmente aceptadas y que, incluso, han provocado reformas y adiciones a las legislaciones mercantiles de los países involucrados, tal es el caso de las UCP 600²⁹⁶ de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Francia²⁹⁷, mismas que recién se actualizaron el primero de julio del 2011, desplazando en lo sucesivo a las anteriores UCP 500, así como las Reglas Oficiales de la CCI para la Interpretación de Términos Comerciales *ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms* INCOTERMS 2011, que entraron en vigor desde el primero de enero del 2011²⁹⁸.

En las organizaciones comerciales estatales y no gubernamentales, se distingue la aplicación del derecho internacional público, de la del privado,

²⁹⁰ International Institute for the Unification of Private Law, www.unidroit.org/.

²⁹¹ United Nations Commission on International Trade Law, www.uncitral.org/.

²⁹² Asia Pacific Economic Cooperation.

²⁹³ Association of South East Asian Nations.

²⁹⁴ **García Cantero, Gabriel**, *La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, edit. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá 2004.

²⁹⁵ Ciudad sede de la Academia de Jusprivatistas Europeos

²⁹⁶ Entiéndase como Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, edit. Cámara de Comercio Internacional, Barcelona 2007.

²⁹⁷ International Chamber of Commerce, www.iccwbo.org/

²⁹⁸ Reglas Oficiales de la CCI para la Interpretación de Términos Comerciales *ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms* INCOTERMS 2011, edit. Cámara de Comercio Internacional, Barcelona 2011.

aclarando, que en ambos existe una remisión al carácter esencial de la relación jurídica mercantil: El contrato. Se puede considerar que en la globalización del Derecho Mercantil, y en especial en la *Lex Mercatoria* y en los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales se han configurado las dos tendencias propias de esta rama del derecho: la subjetivización del mismo por efecto de sus sujetos comerciales y su carácter excepcional al derecho civil por lo autónomo de sus reglas.

La primera de estas tendencias, resalta el carácter del sujeto del derecho mercantil, porque en esta rama del Derecho, desde la antigüedad sigue siendo una normatividad jurídica especial para sujetos especiales: los comerciantes. Estos sujetos continúan realizando mediante agrupaciones de comerciantes y afines, normas especiales basadas en usos y costumbres mercantiles que se buscan aplicar uniformemente dentro de la globalización.

La segunda tendencia, por su excepcionalidad, ya que las normas comerciales no siguen siempre las directrices que son marcadas dentro del derecho civil, creando así obligaciones especiales en materia mercantil que difieren en grado y no en esencia de las del civil.

Una vez expuestas las tendencias propias del Derecho Mercantil, se entiende el porqué se ha comentado que las características de la normatividad a que ha dado lugar la globalización no tienen una correspondencia ajustable a la doctrina positivista formalista, lo anterior, debido a la misma circunstancia de conflictividad que se presenta entre esta corriente jurídica y el derecho internacional, que se desarrolla con reglas especiales de convenios de cooperación y de sanciones de coercibilidad laxa, que requieren de otras fórmulas normativas para acoplar su dinámica, en este caso la comercial a un sistema jurídico que le sea práctico y satisfactorio a sus fines.

Además, en la globalización, los Estados emiten estas normas jurídicas como resultado de acuerdos y tratados internacionales comerciales, mismos que en su normatividad siguen estas características y consideraciones especiales; o según el caso, reconocen normas jurídicas emitidas por un ente internacional al que se encuentran adheridos en alianza, liga, o unión de carácter comercial.

3.2.- ¿Existe una teoría jurídica de la globalización mercantil?

De los estudios mencionados sobre el realismo jurídico, es el de William Twining, el que se interesa de manera expresa por la globalización. Explica que la globalización presenta a la teoría jurídica tradicional, tres desafíos para hacer del derecho una disciplina más cosmopolita, y hacer renacer la idea de una teoría jurídica general:

- a) Desafía el tratamiento de los Estados-Nación, las sociedades, los sistemas jurídicos y los ordenamientos jurídicos, como si fueran entidades cerradas que se puedan estudiar aisladamente;

- b) Desafía a la idea de que el estudio del Derecho o de la teoría jurídica se puede restringir a dos tipos de ordenamientos jurídicos: el derecho estatal y el derecho internacional público, entendiéndose como relaciones entre Estados-Nación; y
- c) Desafía la insuficiencia y validez del marco y el vocabulario conceptual del discurso jurídico para discutir y explicar fenómenos jurídicos que atraviesan las jurisdicciones, las tradiciones y las culturas²⁹⁹.

Para desarrollar lo anterior, y elaborar un derecho de mayor alcance cosmopolita, explica que es necesario analizar y renacer el concepto de teoría jurídica general, porque considera que éste es más amplio y más flexible que el de teoría jurídica global, ya que este último solamente observa una perspectiva global; esto es, porque el concepto de teoría general se refiere al discurso acerca de dos o más jurisdicciones u ordenamientos jurídicos, e incluye desde el nivel micro-comparativo hasta el más universal. Esta concepción de la teoría jurídica general parte de una concepción propia del siglo XIX, en la cual se distinguía entre la teoría jurídica particular y la teoría jurídica general; la primera se enfocaba a un solo sistema legislativo y la segunda a dos o más sistemas, considerándose entonces a la teoría jurídica universal algo más cercano a que hoy se denominaría teoría jurídica global.

En la concepción de la teoría jurídica general del siglo XIX, tenía afinidad con la misma teoría durante el siglo XX, pero se distingue de esta última en tres aspectos:

- I. Se concibe como problemática la generalización de los fenómenos jurídicos;
- II. Se ocupa de todos los niveles del Derecho y no solo del derecho estatal y del internacional público;
- III. Trata los fenómenos del pluralismo normativo y jurídico como centrales para la teoría jurídica.

Con el antecedente anterior, es en el final del siglo XX, donde se presentan dos tendencias enfrentadas respecto a la teoría jurídica general:

- 1) La particularista, que acentúa la diferencia, el carácter único e irrepetible de la historia, la cultura y la identidad, incluyendo el relativismo cultural y ético,
- 2) Por otra parte, la tendencia que considera que hay una consciencia cada vez mayor de la globalización, que implica el reconocimiento del cambio en la significación de las fronteras nacionales y en la necesidad en que se encuentran, tanto el derecho académico, como la teoría jurídica de tomar en cuenta los niveles múltiples de ordenamiento social y jurídico³⁰⁰

²⁹⁹ Twining, William, op. cit. nota 279, págs. 120-121.

³⁰⁰ Ibidem. pág. 128.

La globalización del Derecho Mercantil trae consigo la informática electrónica, la desjudicialización, la sectorización y la regionalización de su aplicación normativa, ya que un conflicto comercial internacional se está tratando por sector productivo, por ejemplo, el café, la rama textil, la automotriz, de acuerdo al tratado comercial regional correspondiente y dentro de la competencia de los paneles de solución de controversias a que se hayan acordado o, en su defecto, ante tribunales arbitrales de carácter internacional pactado en el contrato respectivo.

Twining utiliza la teoría jurídica analítica para determinar los conceptos jurídicos fundamentales que podrían formar parte de la teoría jurídica general y obtener esquemas conceptuales y vocablos especializados de la globalización; porque el comercio, la diplomacia y el intercambio, por siglos han desarrollado formas útiles de comunicación.

También utiliza la teoría jurídica normativa que estudia relaciones entre derecho, política y moral, y mediante la cual determina tendencias universalistas de la cultura occidental de los valores consideradas en el iusnaturalismo, el kantismo y el liberalismo democrático, conectando la economía de mercado libre con la democracia, derechos humanos y buen gobierno; concluyendo que es posible aplicar una teoría jurídica que pueda ser intercultural.

Si una teoría jurídica desea ser considerada transnacional y transcultural, deberá tratar el estudio de los valores mediante la cuestión de la generalización del razonamiento jurídico (argumentación jurídica), respecto de otros contextos jurídicos, acerca de hechos, políticas, creación de leyes, negociación, etcétera. Para buscar la transnacionalización y transculturización es necesario provocar el renacimiento de la teoría jurídica general³⁰¹.

En busca de una teoría jurídica general, Twining estudia las familias legales en derecho comparado o, dicho en otros términos, clasifica los sistemas legales en familias. En esta clasificación Twining retoma una investigación de su juventud de Derecho común comparado³⁰² y se adhiere a las tesis que elaboraron tratadistas como René David³⁰³, Arminjon, Nolde y Wolf³⁰⁴, en las que concluían en la clasificación de los sistemas legales en "familias".

No se puede pasar por alto el gran antecedente que representa el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos efectuado por el referido René David y la actualización que desde el año 2002 ha continuado la jurista Camille Jarffret-

³⁰¹ **Ibidem.** pág. 159.

³⁰² **Twining, William**, *Cartografiar el Derecho, Derecho y Globalización*, edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2003, pág. 120.

³⁰³ **David, René**, *Grand Systèmes de Droit Contemporains*, edit. Daloz, 7a. ed., París, 1978 y **David, René y Jauffret-Spinosi, Camille**, op. cit. nota 287, pág. introducción 13.

³⁰⁴ **Arminjon, Pierre, Nolde, Boris y Wolf, Martin**, *Traité de Droit Comparé*, edit. Librairie Generale de Droit el de Jurisprudence, París, 1950-1951.

Spinosi, hasta la reciente 11ª. edición³⁰⁵, que presenta el estudio comparado de los siguientes sistemas clasificándolos en familias, sistemas:

1. Familia romano-germánica;
2. Familia *common law*;
3. Familia del antiguo derecho socialista y el sistema jurídico ruso;
4. Sistemas de derecho islámico, indú y judío;
5. Sistemas de derecho del lejano oriente en China y Japón; y
6. Sistemas de derecho de África negra y Madagascar³⁰⁶.

En esta tarea, los comparatistas Zweigert y Kötz³⁰⁷ identificaron cinco factores como característica de una familia:

- 1) Su antecedente histórico y desarrollo;
- 2) El modo característico predominante de su pensamiento acerca de familias jurídicas;
- 3) Las instituciones legales especialmente distintivas;
- 4) Las clases de fuentes legales que conoce y la manera como las maneja;
- 5) La ideología.

Siguiendo este marco de identificación de las familias, cabe mencionar que Zweigert y Kötz concluyen en un agrupamiento de los grandes sistemas legales del mundo, a los que clasifican en siete partes:

- I. Familia romanística;
- II. Familia germánica;
- III. Familia nórdica;
- IV. Familia de derecho común (*common law*);
- V. Familia socialista;
- VI. Sistemas del lejano oriente;
- VII. Sistemas islámicos;
- VIII. Derecho indú.

En este punto del estudio de la metodología del Derecho Comparado toma importancia la observación del maestro Fix-Zamudio que se refiere a aportación que John Henry Merryman³⁰⁸ hace a este estudio al distinguir entre tradición jurídica y sistemas jurídicos, considerando que la tradición jurídica se relaciona el sistema jurídico con la cultura, expresando que el sistema jurídico se sitúa dentro del ámbito cultural, configurándose en una verdadera tradición³⁰⁹.

³⁰⁵ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, op. cit. nota 287, págs. introducción 13-20.

³⁰⁶ *Ibidem*. págs. 12-20.

³⁰⁷ Zweigert, K. y Kötz, H. *An Introduction to Comparative Law*, edit. Oxford University Press, London, 1997, págs. 69-75

³⁰⁸ Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 9ª. reimpr. México, 2004.

³⁰⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Tendencias Actuales del Derecho Comparado*, colaboración *Metodología del derecho comparado*, edit. U.N.A.M., coord. José María Serna de la Garza, México 2005, pág.68.

En busca de formar una nueva teoría jurídica, Twining toma como referencia la obra de Boaventura de Sousa Santos³¹⁰ para explicar una interesante teoría jurídica sobre la globalización. Para introducirse en la teoría es importante partir de una postura realista inocente, la cual, mantiene una premisa: existe un mundo que es ampliamente independiente de nuestro conocimiento del mismo, que acepta que hay muchas descripciones diferentes de la realidad y todas son compatibles, o sea, que existe un pluralismo, y que en la materia de qué trata, será un pluralismo jurídico. Desde una perspectiva realista el pluralismo jurídico es un concepto y un fenómeno consistente en la coexistencia de múltiples ordenamientos legales y múltiples sistemas o cuerpos de reglas conceptualizados como hechos sociales.

En el estudio de las diversas teorías jurídicas, se ha detectado que debido a que los juristas se han vuelto más conscientes del multiculturalismo, y como las sociedades se han vuelto más pluralistas, se ha reconocido que las sociedades modernas tienen que luchar para que el Estado pueda reconocer, hacer concesiones, reforzar las normas en diferentes religiones, culturas o tradiciones. A esto se le puede llamar el pluralismo jurídico de Estado³¹¹, sobre el cual, cabe aclarar que es regularmente más asociado con un derecho "no estatal" o consuetudinario.

El pluralismo jurídico se desarrolla en la cotidianidad como experiencia e incluye el concepto de interlegalidad, porque la humanidad actualmente experimenta un pluralismo normativo que le obligará a desarrollar una nueva teoría jurídica general que replantee el derecho desde una perspectiva global, para lo cual se identifican siete tipos de transnacionalización legal:

1. Transnacionalización del derecho del Estado, armonizando las ramas del derecho a lo señalado por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional;
2. Desarrollo de regímenes jurídicos de integración regional, como la Unión Europea;
3. Regulación comercial transnacional, como lo es la *lex mercatoria*;
4. leyes de personas en constante peregrinación, refiriéndose a los migrantes y refugiados;
5. Derecho de los indígenas derivados del reconocimiento de antiguos agravios y nuevas solidaridades;
6. Cosmopolitismo y derechos humanos; y
7. Herencia común de la humanidad, como la Ley del Mar, el Tratado de la Luna y el patrimonio cultural de la humanidad³¹².

Resulta claro que los primeros tres tipos son ligados al neoliberalismo y que los cuatro últimos lo están a las legalidades cosmopolitas, anti-hegemónicas y utópicas.

³¹⁰ *Towards a New Common Sense*, que traducida al español es: *Hacia un Nuevo Sentido Común*

³¹¹ Twining, William, op. cit. nota 279, pág. 262.

³¹² *Ibidem.* págs. 283-285.

Con base en lo anterior, se puede determinar con claridad que uno de los tipos de transnacionalización legal es completamente de carácter mercantil, y que se puede considerar como el tipo inicial y básico del fenómeno legal que se estudia, partiendo del convenio comercial consuetudinario. Este concepto de un derecho mercantil consensual es una de las características originales de esta rama del Derecho que se refleja en la *lex mercatoria*, que está basada en aspectos de realismo socioeconómico.

Así que en función de la pregunta inicial del subtema, se considera que la respuesta es que sí existe una teoría aplicable a la globalización mercantil, que es el realismo jurídico socioeconómico, teoría que, como se ha expuesto, está participando de manera incluyente en la generación de la nueva teoría general jurídica de la globalización, como lo explican Twining y Boaventura de Sousa Santos.

Es claro que la globalización económica trae consigo a la jurídica y que ésta se funda en la teoría del realismo socioeconómico, que en la actual mundialización desplaza al positivismo jurídico como lo explican las tesis de Capella y Faria.

En tanto que la globalización jurídica marca una normatividad internacional convencional y consuetudinaria expresada en disposiciones como la *Lex Mercatoria*, las UCP 600 y los INCOTERMS 2011; la normatividad positiva, dada su rigidez, se desplaza por los efectos de la globalización, y tiende a ser modificada y flexibilizada para adecuarla a las mencionadas reglas y usos internacionales.

También, es importante señalar otra fuente de la globalización jurídica comercial, consistente en la regulación mercantil internacional derivada de los tratados entre los diversos países; la cual, ha venido a enriquecer legislaciones que incorporan estos tratados a su derecho positivo, en virtud de disposiciones constitucionales que otorgan la categoría de ley a la participación del país suscriptor del tratado. Este tipo de ordenamientos, que reafirman el principio de supremacía constitucional tienen una expresión en el artículo 133 constitucional mexicano, que otorga carácter de ley a los convenios y tratados internacionales que sean ratificados por el Senado de la República, el cual es derivado del artículo 161, fracción 3 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, que fue comparativamente similar al artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos de América, dictada en Filadelfia en 1787.

Todas estas nuevas manifestaciones que la globalización ha presentado ante el Derecho Mercantil de los distintos países, tienen como fuente la relación interpersonal de las entidades comerciales, ya sean éstas de carácter público, o de tipo privado, hacen recordar las referencias de Fukuyama sobre el valor de la confianza como capital social de las relaciones económico-sociales, por lo cual, se concluye que ésta certeza ha sido y es un elemento de importancia fundamental en las transacciones comerciales.

Así, el derecho mercantil antiguo y en especial durante el imperio romano tuvo como punto de partida la confianza basada en el concepto de *credere*, que se conceptualizó en los derechos de crédito como elemento esencial de los derechos personales, aplicándose en los usos comerciales entre sujetos particulares. Estos usos mercantiles generalmente reconocidos sin legislación expresa, a la postre fueron fortalecidos legislativamente por la coercibilidad del Estado en la objetivización del propio Derecho Mercantil, tanto en Roma como en otros Estados contemporáneos; sin embargo este *credere* que motivo a las transacciones comerciales tiene aún vigencia, no solamente a nivel del comerciante individual, sino del colectivo, expresado en las grandes corporaciones y aún los Estados, que se refleja en los tratados comerciales internacionales. De esta manera, los usos comerciales basados en el crédito de las partes, sin que exista un ordenamiento jurídico expreso sobre el caso en particular, han tomado forma en la globalización económica, manifestándose como una fuente determinante de los ordenamientos mercantiles internacionales en que se fundamentan los tratados comerciales de los organismos globalizados.

Como se explica, el positivismo jurídico en la era de la globalización es impactado por el realismo socioeconómico, propio del derecho mercantil, debido a que las relaciones comerciales aplicadas mediante la tecnología informática, se desarrollan en confianza, como un elemento importante de la actuación de los sujetos, influyendo de sobremanera en el incremento de las operaciones económicas.

Como se ha visto, en la globalización se afianzado el realismo socioeconómico como método propio del Derecho Mercantil; sin embargo, no se puede considerar que éste método alcance la categoría de teoría jurídica.

3.3.- Uniformidad y subjetivización del Derecho Mercantil

El mundo del Derecho Mercantil, se ensanchó su universo, hoy en día gran parte de la actividad jurídica de los individuos es comercial, se sea o no comerciante, y aún con las resistencias teóricas consabidas, el derecho civil se ha venido mercantilizand; los contratos patrimoniales, con excepción de los referidos al derecho de familia y sucesiones, son casi en su totalidad mercantiles; el arbitraje comercial ha venido desplazando de manera significativa en los asuntos de gran cuantía, a los juicios judiciales, en especial en las transacciones comerciales internacionales; y la electrónica modificó de manera importante la forma de la expresión de la voluntad y de los elementos de prueba y comunicación procesal, principalmente en los asuntos de comercio.

Cabe recordar que con la revolución industrial y el arribo del liberalismo, el Derecho Mercantil se objetivizó mediante la codificación y que esta objetivización se uniformó conceptualmente en la repetición mundializada de los códigos europeos, partiendo del Código de Comercio francés dictado en 1807 y que inició vigencia en 1808.

Desde luego que los tratados comerciales entre los imperios, reinos, y naciones han sido comunes desde la antigüedad y que con la revolución industrial se incrementaron masificándose; pero en su evolución, en la actual revolución socio-tecnológica, dichos convenios y tratados han tenido que devenir en acciones comerciales internacionales especializadas por ramo de finanzas, producción y consumo, y aún más en agrupaciones regionales o con intereses afines, ya que la competitividad de la "tercera ola", más que una rivalidad entre naciones se ha convertido en una rivalidad entre regiones³¹³.

Ante tales circunstancias que inferen en el interés público, el Derecho Mercantil rebasó el ámbito del derecho privado para convertirse en un objeto de interés del derecho público, integrándose a los campos del derecho internacional y del derecho administrativo, formando nuevas y autónomas ramas jurídicas.

3.4.- La teoría jurídica moderna y el Derecho Mercantil.

El jurista español Joaquín Garrigues siguiendo un criterio positivista, encuentra que el contenido en sí de la norma mercantil no conduce a la esencia del Derecho Mercantil, pues solamente se llega a la forma, y determina que es necesaria la aplicación de un método para investigar su esencia (virtual). Indica este tratadista que para llegar al objetivo son utilizables el método histórico-legislativo y el de la observación de la realidad económica³¹⁴. En otras palabras, Garrigues está diciendo que el Derecho Mercantil por tener un origen y una aplicación de carácter consuetudinario, la esfera del positivismo es limitada para la aplicación metodológica de su epistemología.

Considerando que la hipótesis planteada en el presente estudio, en el sentido de que el Derecho Mercantil es básicamente de carácter contractual, y que por tal es una importante fuente del derecho privado, es necesario aplicar el método de investigación pura o básica, misma que está encaminada a la elaboración de los postulados abstractos que constituyen el contenido de una ciencia³¹⁵; en este sentido se busca epistémicamente encontrar la esencia de la norma mercantil.

De conformidad con el positivismo jurídico el Derecho Mercantil solamente sería norma jurídica al momento de objetivizarse, ya que de acuerdo con Bobbio *"Es tácticamente cierto que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que, en forma directa o indirecta, son formuladas o hechas valer por el Estado"*³¹⁶. De acuerdo con esta visión, el mismo tratadista explica las teorías

³¹³ Minc, Alan, op. cit. nota 240, pág. 174-

³¹⁴ Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 9ª. ed, 2ª. reimpr. México, 1998, tomo I, pág. 6.

³¹⁵ Ponce de León Armenta, Luis *Metodología del Derecho*, edit. Porrúa, 8ª, ed. México, 2004, pág. 13.

³¹⁶ García Máynez, Eduardo. *Positivismos Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, edit. U.N.A.M. 4ª. ed. México, 1989, pág. 14.

vinculadas a las características del positivismo jurídico o la concepción estatal del derecho son:

- a) Respecto a la definición del Derecho, la teoría de la coactividad;
- b) Respecto de la definición de la norma, la teoría imperativa, según la cual, las normas jurídicas son mandatos;
- c) Respecto a las fuentes del Derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes, y la reducción del derecho consuetudinario;
- d) Respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de normas como sistema pleno o ausente de lagunas; y
- e) Respecto al método de la ciencia y a la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica o como dogmática³¹⁷.

De lo expuesto por Bobbio, se deduce entonces que el Derecho Mercantil subjetivo, o sea, el derecho especial para comerciantes y entre comerciantes, que se manifestó en consulados de las corporaciones gremiales y que se fundamentó en los usos y costumbres comerciales, simplemente no es considerado como norma jurídica, y que solamente hasta el reconocimiento del Estado a dichas normas les otorga la calidad de jurídicas, o de norma objetiva formal; en otras palabras, el Derecho Mercantil objetivo formal de la Europa occidental, sin imperio desde la caída del imperio romano de occidente, se reiniciaría en España en la edad media (1256-1265), teniendo por inicio las disposiciones comerciales expuestas por la Quinta de las Siete Partidas dictadas por Alfonso X³¹⁸.

Si bien, las normas comerciales objetivas y formales del derecho romano durante la edad media continuaron tuvieron vigencia en Bizancio y en otros sistemas jurídicos, como el islámico, no se puede pasar por alto el antecedente que también representan normas particulares para los gremios mercantiles como lo fueron el Consulado del Mar, para el Mediterráneo, los *Róles d'Oléron*, para el Golfo de Vizcaya, y en forma general, como Derecho Comercial formal, hasta la confirmación por el rey de Castilla de las Ordenanzas de Burgos de 1495³¹⁹ y 1538³²⁰, de las Ordenanzas de Sevilla de 1503, 1510, 1531 y 1552³²¹ y de las Ordenanzas de Bilbao de 1531³²², 1560 y 1737³²³.

³¹⁷ **Bobbio, Norberto.** *El Problema del Positivismo Jurídico*, edit. Fontamara, 6ª, ed. México, 1999, pág. 45.

³¹⁸ **Alfonso X, "El Sabio", Rey de Castilla y de León,** "*Las Siete Partidas del Sabio Rey, 1758*", edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, copia en facsímil de las copiadas de la edición de Salamanca de 1555, edit. Joseph Thomas Lucas, 1758, partida V.

³¹⁹ **Tena, Felipe de J.,** *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, 15ª. ed. México, 1995, pág. 37.

³²⁰ **Cruz Barney, Oscar,** *Historia de la Jurisdicción Mercantil en México*, edit. Porrúa, México, 2006, pág. 49.

³²¹ **Ibidem**, págs. 15-18.

³²² **De Pina Vara, Rafael,** *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, México, 1998, pág. 9.

³²³ **Barrera Graf, Jorge.** *Instituciones de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. reimpr., México, 1997, pág. 15.

Por lo que toca a Francia, las normas objetivas formales tomarían vigor hasta la promulgación de las Ordenanzas de Luis XIV, quedando como antecedentes las normas subjetivas del Medioevo, como lo fueron las Ferias de Francia y otras aplicadas marítimamente en el mar Mediterráneo y el Golfo de Vizcaya, ya referidas.

En la concepción jusnaturalista la norma jurídica tiene un fundamento en una valoración axiológica que puede tener, de acuerdo a cada concepción filosófica, e incluso religiosa, un origen divino, o también un origen humano en función de la actividad racional; el jurista García Máynez presenta un común denominador de esta corriente al exponer: *"Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por bondad o justicia intrínsecas de su contenido"*³²⁴.

Aquí, se enfrenta este estudio con el tema del problema esencial de la filosofía del Derecho, consistente en las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural. Por una parte, reglas positivas que se imponen a la vida social y por la otra, reglas racionales que se imponen a la consciencia. Este problema lo intenta resolver Delos, mediante una postura sociológica que parte de la consideración aristotélica de la condición social del hombre, y por consecuencia, de la sociedad como creadora del derecho, dentro de éste, a una parte importante del mismo, como lo es el derecho consuetudinario, concluyendo que el derecho positivo es un conjunto de reglas que la sociedad elabora para servir a fines propios, por lo que es necesario ver al derecho positivo con este punto de vista sociológico y se debe ver en sus relaciones con la sociedad de la cual es la forma voluntaria³²⁵. El punto anterior relaciona el problema con la acción de la sociedad y esta acción con los fines del derecho, destacándose la seguridad y la justicia. El análisis de Delos es interesante, porque distingue a ambas: la seguridad es jurídica y llega a ser materia del derecho positivo, la justicia es un fin de la seguridad y del derecho³²⁶.

En los debates constatados en la filosofía del Derecho sobre los elementos de la norma jurídica se ha expresado que la norma jurídica contiene una calidad tridimensional, es decir, requiere de formalidad para determinar su validez, de una referencia axiológica para cumplir con su legitimidad y sentido valorativo y de eficacia para brindar un acatamiento realista en la aplicación del ordenamiento³²⁷.

En lo referente al Derecho Mercantil, se ha expuesto que la metodología realista socioeconómica de él mismo, parte de prácticas consuetudinarias que buscan la equidad de manera práctica y que éstas se transformaron en un

³²⁴ **García Máynez, Eduardo**, op. cit. nota 315, pág. 128.

³²⁵ **Le Fur, Louis, Delos, J. T., Radbruch, Gustav, Carlyle, A. J.** *Los Fines del Derecho*, edit. U.N.A.M., 3ª. ed. México, 1997, pág. 34.

³²⁶ **Ibidem.** pág. 54.

³²⁷ **Plazas Vega, Mauricio A.** *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, edit. Themis, 1ª. Ed. Santa Fe de Bogotá, 1998, págs. 127-133.

sistema de normas jurídicas dentro del derecho privado romano. Estos usos comerciales practicados desde la antigüedad por derechos nacionales como el fenicio, el egipcio y el griego, utilizaban como medidas de solución de controversias los arbitrajes privados, que eran reconocidos por el derecho privado romano y el derecho de gentes, también romano; se aplicaron como usos y costumbres mercantiles. También se mencionó que a la caída del imperio romano, motivados por la falta de imperio del Estado para aplicar la ley, los comerciantes buscaron en una jurisdicción propia y especial la aplicación del Derecho Mercantil y que estas formas de jurisdicción fueron paulatinamente absorbidas por los Estados nacionales en la medida que el comercio se expandió, hasta llegar a la objetivización del derecho mercantil en la revolución industrial que dio lugar a su expresión legislativa en los códigos napoleónicos. De esta manera, el Derecho Mercantil formalizado objetivamente toma como fuente principal a las costumbres comerciales desarrolladas durante la época de auge de las disposiciones privadas de las agrupaciones de comerciantes, que desde la edad media suplieron en la Europa occidental la ausencia del Derecho Romano.

El hecho es que hasta hoy, subsisten condiciones de usos y prácticas comerciales como fuente importante de esta rama del derecho, y que se ha retomado en fechas recientes, la práctica de utilizar para dirimir las controversias comerciales mediante el uso de tribunales arbitrales, situación que reafirma al realismo socioeconómico como método del Derecho Mercantil.

Estas circunstancias plantean aspectos fundamentales en este derecho especial para comerciantes:

1. Que la norma mercantil no tiene el carácter kelseniano de norma coercitiva, sino que conforme a Hart, son normas que imponen deberes³²⁸. Sin embargo, el Derecho Mercantil no puede tener como única sanción el rechazo de la comunidad comercial, es requerida la objetividad del imperio coactivo del derecho positivo y de la acción estatal para hacer efectivas las sanciones previstas por las normas, aún y cuando en la gran mayoría de los casos de operaciones comerciales se cumple la hipótesis derivada de la obligación; y

2. Este tipo de normas comerciales, a pesar de que es evidente su validación social, porque son provenientes de los usos y prácticas comerciales, requieren de la aplicación de un Estado garantista en donde se cumpla con el fin jurídico de la libertad y la seguridad, entre otras garantías de una paz social, protegidas por un sistema jurídico constitucionalista³²⁹. Es indudable que ejercicio comercial requiere de la seguridad de la aplicación coercible del derecho, no en especial para hacer cumplir los contratos, sino de un Estado responsable de guardar el orden público, pero que tal acción de determine dentro de los marcos de garantía para los

³²⁸ Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, edit. Ariel, 11ª. Ed. Barcelona, 2003, pág. 89.

³²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, edit. Fontamara, México, 2004, pág. 273.

ciudadanos, así también en el orden internacional, se requieren de condiciones de estabilidad y garantía del cumplimiento de acuerdos con base en documentos fundamentales, que en el caso de los Estados nacionales serían las constituciones. De hecho, la gran mayoría de las constituciones de los Estados nacionales de la actualidad respetan la libertad individual de dedicarse al comercio³³⁰, y propician el libre comercio, permiten la ejecución de sentencias extranjeras, promueven la inversión extranjera y tienen legislaciones reglamentarias de sus normas que han unificado conceptos normativos comerciales.

Así que el derecho mercantil continúa en el dualismo de la interrelación entre el positivismo de la aplicación jurídica estatal y los usos inveterados de las prácticas comerciales, que lo llevan a un realismo sociológico. La norma mercantil, por su carácter contractual, tiene un concepto de metodología dialéctica en sí, ya que parte, en la manifestación de la voluntad, de una policitud que puede ser o no aceptada, y que de ser así, obtiene una forma sintética de la manifestación de las voluntades que la integran. Por lo tanto, se debe considerar la metodología señalada por Garrigues, en cuanto al punto de observación positivista.

Sin embargo, en lo que toca al punto iusnaturalista, cabe considerar el criterio sociológico de la valoración de la libertad, la justicia, la equidad y la seguridad como fines jurídicos, y siempre partir de la observación socioeconómica de los factores que inciden en las conductas comerciales. En este sentido, la concepción realista socioeconómica del Derecho Mercantil, busca una axiología especial y adecuada a esta materia, que según estudiosos como Amartya Sen se expresa en un enfoque diferente al que presenta Rawls y armoniza al mercado con el bienestar.

³³⁰ artículo 5º. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

BIBLIOGRAFÍA DEL PRIMER CAPÍTULO

- Alfonso X, "El Sabio", Rey de Castilla y de León, *Las Siete Partidas del Sabio Rey 1758*, Partida V, edición facsimilar del original de Joseph Tomás Lucas, en la Plaza de las Comedias, Año 1758, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.**
- Arminjon, Pierre, Nolde, Boris y Wolf, Martin, *Traité de Droit Comparé*, edit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950-1951.**
- Barre, Raymond, *El Desarrollo Económico* edit. Fondo de Cultura Económica, 6ª. reimpr. México, 1975.**
- Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. reimpr. México, 1997.**
- Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, edit. Fondo de Cultura Económica, 6ª. reimpr. Buenos Aires, 2006.**
- Bauman, Zygmunt, *Ética Posmoderna*, edit. Siglo XXI 2ª. ed. México, 2006.**
- Beck, Ulrich, *Que es la Globalización*, edit. Paidós, Barcelona, 1998.**
- Beck, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo*, edit. Paidós, Barcelona, 2002.**
- Berger, Klaus Meter, *Transnacional Commercial Law in the Age of Globalization*, Saggi, Conferenze e Seminari 42. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparator e straniero, Roma 2001, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/berger1.html> 9 X2011**
- Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, edit. Fontamara, 6ª, ed. México, 1999.**
- Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, edit. Trotta, 3ª. ed., Madrid, 2001.**
- Chomsky, Noam, *Los Mercados y la Sustancia de la Sociedad*, colaboración para *Los Limites de la Globalización*, edit Ariel, Barcelona, 2002.**
- Cruz Barney, Oscar, *Historia de la Jurisdicción Mercantil en México*, edit. Porrúa, México, 2006.**
- Dahl, Robert, *On Democracy*, edit. Yale University Press, New Haven, Conn.**
- David, René, *Grand Systémes de Droit Contemporains*, edit. Daloz, 7a. ed., París, 1978.**
- David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., trad. Jorge Sánchez Cordero, 11ª. ed. México 2010.**
- De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, edit. Porrúa, 10ª ed. 1ª reimpr. México, 1967.**
- De Pina Vara, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, México, 1998.**
- Díaz, Esther, *Posmodernidad*, edit. Biblos, 3ª. ed. Buenos Aires, 2005.**
- Durkheim, Emile, *La División del Trabajo Socia*", edit. Colofón 6ª. ed. México, 2007.**
- Faria, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, edit. Trotta, Madrid, 2001.**
- Feldstein de Cárdenas, Sara, *Contratos internacionales*, 3ª. parte: "Lex mercatoria", edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995.**
- Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, edit. Fontamara, México, 2004.**
- Fukuyama, Francis. *La Confianza*, edit. Sine qua non, Barcelona, 1998.**
- Fukuyama, Francis. *La Gran Ruptura*. edit. Sinequanon, Barcelona, 2000.**
- Fukuyama, Francis. *La Construcción del Estado*, edit. Sinequanon, Barcelona, 2004.**
- Fundamentos de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas Soviéticas*, edit. Progreso 1ª. ed. trad. al esp. Moscu, URSS 1975.**
- Furtado, Celso, *El Desarrollo Económico Un Mito*, edit. Siglo XXI, México, 1975.**
- García Cantero, Gabriel, *La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, edit. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.**
- García Máynez, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, edit. U.N.A.M. 4ª. ed. México, 1989.**
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 9ª. ed, 2ª. reimpr. México, 1998.**
- Giddens, Anthony, *Un Mundo Desbocado*, edit. Taurus México, México, 2000.**
- Giddens, Anthony, *La Tercera Vía*, edit. Taurus México, 2ª reimpr. México, 2001.**
- Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, edit. Alianza, 3ª. reimpr. Madrid, 2004.**
- Grün, Ernesto, *Una vision sistémica y cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI*, edit. LexisNexis-IJ UNAM, Buenos Aires 2006.**
- Habermas, Jürgen, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid, 1999.**
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, edit. Trotta, 4ª. ed., Madrid, 2005.**
- Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, edit. Casa Juan Pablos, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México, 2004.**

Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, edit. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la U.N.A.M., Roma 2007.

Jellinek, Georges, *Teoría General del Estado*, edit. Albatros, Buenos Aires, 1943.

Kant, Immanuel, *La Paz Perpetua*, edit. Porrúa, 14ª. ed. México, 2004.

Le Fur, Louis, Delos, J. T., Radbruch, Gustav, Carlyle, A. J., *Los Fines del Derecho*, edit. U.N.A.M., 3ª. ed. México, 1997.

Luhmann, Niklas, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, edit. Alianza Universidad, 3ª. reimpr. Madrid, 2002.

Luhmann, Niklas, *Confianza*, edit. Antropos, 1ª. reimpr., Barcelona, 2005.

Luhmann, Niklas, *Sociología del Riesgo*, edit. Universidad Iberoamericana, 3ª. ed. México, 2006.

McLuhan, Herbert Marshall *La Galaxia Gutemberg*, Edit. Paidós, 3a. ed. México, 1969.

Mc Luhan, Marshall. *The Gutemberg Galaxy*, edit. University of Toronto Press, Toronto, 1962.

Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 9ª. reimpr. México, 2004

Mills, Charles. Wright *La Élite del Poder*, edit Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr. México, 1969.

Minc, Alan, www.capitalismo.com, edit. Paidós, Buenos Aires, 2001.

Nietzsche, Friedrich, *El Caso Wagner Epilogo*, referido en la obra de Henri Lefebvre *Nietzsche*, edit. Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr., México, 2004.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, edit. Ariel, 11ª. ed. Barcelona, 2003.

Plazas Vega, Mauricio A. *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, edit. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

Ponce de León Armenta, Luis *Metodología del Derecho*, edit. Porrúa, 8ª, ed. México, 2004.

Popper, Karl/Lorenz, Konrad, *El Porvenir está Abierto*, edit. Tusquets Editores, 3ª. ed. Barcelona, 2000.

Popper, Karl R., *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, edit. Paidós Surcos, Barcelona, 2006.

Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría de Estado*, edit. Porrúa, 4ª. ed. México, 1966.

Ramonet, Ignacio, "*¿Qué es la Globalización?*", edit. Monde Diplomatique, Santiago 2004.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 5ª. reimpr. México, 2004.

Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D. *Economía*, edit. Mc Graw Hill, 18a. ed. México, 2006.

Sassen, Saskia, *Los Espectros de la Globalización*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. Buenos Aires, 2007.

Sen, Amartya K., *Bienestar, justicia y mercado*, edit. Paidos, trad. Damián Saucedo, Barcelona, 2008.

Serra Rojas, Andrés, *Teoría General del Estado* Edit. Manuel Porrúa, México, 1964.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales, colaboración para Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 2006, pág. 258.

Stiglitz, Joseph E. *El Malestar de la Globalización*, edit. Taurus, 6ª. reimpr. México, 2006.

Stiglitz, Joseph E. *Como Hacer que funcione la Globalización*, edit. Taurus, México, 2006.

Stiglitz, Joseph E., *Caída libre*, edit. Taurus, Buenos Aires, 2010.

Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, 15ª. ed. México, 1995.

Teubner, Gunter, *Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society*, edit. Teubner *Global Law without a Estate*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1997, págs. 3-28.

Toffler, Alvin y Heidi *La Creación de una Nueva Civilización*, edit. Plaza & Janes, Barcelona, Esp. 1996.

Toffler, Alvin *El Cambio del Poder*, edit. Plaza & Janes, 5ª. ed. Barcelona, Esp. 1996.

Toeffler, Alvin. *La Tercera Ola*, edit. Plaza & Janes, 16ª. ed. Barcelona, 1999.

Toffler, Alvin, *El Shock del Futuro*, edit. Plaza & Janes, 12ª. ed. Barcelona, Esp. 1998.

Toffler, Alvin y Heidi *Las Guerras de Futuro*, edit. Plaza & Janes, 6ª. ed. Barcelona, Esp. 2000.

Toffler, Alvin y Heidi, *La Revolución de la Riqueza*, edit. Debate, México, 2006.

Touraine, Alain, *La Sociedad Postindustrial*, edit. Ariel, 3ª. ed. Barcelona, 1973.

Touraine, Alain, *Crítica de la Modernidad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 2ª. reimpr. México, 2006.

Turégano Mansilla, Isabel, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, edit. Palestra Editores, Lima 2010.

Twining, William, *Derecho y Globalización*, edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

Vico, Giambattista, *Principios de una Ciencia Nueva sobre la Naturaleza Común de las Naciones*, edit. Aguilar, 4ª. ed., Buenos Aires, 1975.

Villar Borda, Luis, *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*, edit. Universidad Externado de Colombia, 2ª. reimpr. Bogotá, 2001.

Von Clausewitz, Karl *De la Guerra*, edit. Diógenes México, 1972.

- Wallerstein, Immanuel**, *El Moderno Sistema Mundial*, edit. Siglo XXI, 11ª. ed. México, 2005.
- Wallerstein, Immanuel**, *Sistemas Mundo*, edit. Siglo XXI, 2ª. ed. México, 2006.
- Weber, Max**, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. México, 2004.
- Weber, Max**, *Economía y Sociedad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 16ª. reimpr. México, 2005.
- Zweigert, K. y Kötz, H.** *An Introduction to Comparative Law*, edit. Oxford University Press, London 1997.

HEMEROGRAFÍA

- Aldecoa, Francisco**, "La refundación del capitalismo", "El País" Esp., opinión, 22 noviembre 2008.
- Armendariz, Alberto**, Entrevista a Joseph Stiglitz, "Reforma" Mex. Secc. Internacional, 4 noviembre 2008.
- Bolaños, Alejandro**, "Un G-20 en dos direcciones", "El País" Esp., secc. negocios, 22 junio 2010.
- Bolaños, Alejandro**, "El efecto G-20 se agota", "El País" Esp., secc. negocios, 7 noviembre 2010.
- Boldrín, Michelen**, "Porque el de Paulson es un mal plan", "El PAÍS" Esp., opinión, "La cuarta página", 7 octubre 2008.
- Brown, Gordon**, "¿Por qué se durmió Europa?", "El País" Esp., secc. Economía, 13 octubre 2011, pág. 21.
- Bustelo, Pablo**, "¿Podrá China capear el temporal?", "El País" Laboratorio de ideas, 25 enero 2009.
- Bustelo, Pablo**, "Falso culpable", "El País" Esp., secc. negocios, 4 abril 2010.
- Caño, Antonio**, "El Congreso de EE UU reprende la política comercial de Hu Jintau", "El País" Esp., secc. internacional, 21 enero 2011.
- Caño, Antonio**, "China reivindica en EE UU su estatus de superpotencia", "El País" Esp., secc. internacional, 22 enero 2011.
- Cooley, Thomas y Marimón, Ramón**, "Compromisos creíbles para la eurozona", "El País", Esp. secc. Opinión, 12 julio 2011.
- Costas, Antón**, "'Quo vadis' Alemania", "El País" Esp., secc. negocios, 12 diciembre 2010.
- Fanjul, Enrique**, "El País" Esp. opinión, 26 noviembre 2008.
- Fernández, David**, "El dragón vuelve a rugir", "El País" Esp., secc. negocios, 27 septiembre 2009.
- Fix-Zamudio, Héctor**, "Tendencias Actuales del Derecho Comparado", colaboración *Metodología del derecho comparado*, edit. U.N.A.M., coord. **José María Serna de la Garza**, México 2005, pág.68.
- Friedman, Thomas L.** "Que se queden en Las Vegas", Global Viewpoint, distr. TribuneMedia Service, "El País", Esp. secc. negocios, 21 septiembre 2008.
- Gardels, Nathan**, Entrevista a Joseph Stiglitz, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, "El País", Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008.
- Gillén F., Mauro**, "Cambio de Guardia en la Economía Global", "El País", Esp. secc. opinión, 18 septiembre 2008.
- Gluckmann, André**, "Frente a la doctrina Putin", "El País" Esp. opinión, 25 septiembre 2008.
- González, Alicia**, "La guerra de divisas ya está aquí", "El País" Esp., secc. negocios, 3 octubre 2010.
- González, Alicia**, "Las 'águilas' toman el relevo", "El País" Esp. negocios, "Economía global", 5 diciembre 2010.
- González, Alicia**, "¿Y todo esto cómo se paga?", "El País" Esp., secc. negocios, 18 enero 2009.
- González, Felipe**, "Vuelve la política" "El País" Esp., opinión "La cuarta página", 5 noviembre 2008.
- Goodman, Peter S.**, "Y Greenspan, ¿era realmente tan bueno?", "El País" Esp., secc. negocios, 12 octubre 2008.
- Gray, John**, "El PAÍS" Esp., opinión, "La cuarta página", 20 de septiembre de 2008.
- Gray, John**, "Mucho más que una crisis financiera", "El País" Esp., opinión, "La cuarta página", 11 octubre 2008.
- Kennedy, Paul**, "¿El fin del dólar como divisa suprema?", "El País" Esp., secc. negocios, 10 septiembre 2009.
- Missé, Andreu y Doncel, Luis**, "Europa se inclina por ayudar a Grecia pese a sus incumplimientos", "El País" Esp., secc. Economía, 4 octubre 2011, pág. 18.
- Missé, Andreu y Doncel, Luis**, "Merkel urge a la UE a que acuerde un plan para recapitalizar la banca", "El País" Esp., secc. Economía, 6 octubre 2011, pág. 16.
- Mora, Miguel**, Nota periodística: "Italia golpea a los más débiles para reducir el déficit en 79,000 millones", "El País", Esp. secc. Economía, 15 julio 2011.
- Olcese, Aldo**, "El capitalismo que viene", "El País" Esp., secc. negocios, 16 noviembre 2008.

Pastor, Alfredo, *"China emerge como acreedor silencioso"*, "El País" Esp. "La Cuarta Página" opinión, 10 octubre 2008.

Pérez, Claudi, *"Un cuento chino: el declive del dólar"*, "El País" Esp., secc. negocios, 5 julio 2009.

Piqué, Josep, *"La trampa de la liquidez"*, "El País" Esp., secc. Negocios, 19 octubre 2008.

Pozzi, Sandro, *"China flexibiliza su moneda por las fuertes presiones de Estados Unidos"*, "El País" Esp., secc. negocios, 20 junio 2010.

Pozzi, Sandro, *"Recuperación incierta en EE UU"*, "El País" Esp., secc. negocios, 8 agosto 2010.

Ramonedá, Josep, *"El Verano que Cambió las Prioridades"*, "El País" Esp., opinión, "La cuarta página", 12 de septiembre de 2008.

"Reforma" Mex., secc. negocios, 24 septiembre 2008.

Reynoso, José, y Pozzi, Sandro, *"El yuan tensa las relaciones EE UU-China"*, "El País" Esp., secc. negocios, 4 abril 2010.

Rogoff, Kenneth, *"El reto de los bancos centrales"*, Project Syndicature 2008, "El País" Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008.

Rogoff, Kenneth, *"¿De crisis financiera a crisis de la deuda?"*, "El País" Esp., secc. negocios, 13 septiembre 2009.

Sachs, Jeffrey, *"Las nuevas ideas del G-20"*, "El País" Esp., secc. negocios, 5 diciembre 2010.

Samuelson, Paul A., *"Y vendrán nuevas debilidades"*, Tribune Media Services, "El País" Esp., secc. negocios 21 septiembre 2008.

Sartorius, Nicolás, *"Que le pasa a la izquierda"*, "El País", Esp. secc. Opinión, 15 julio 2011.

Soros, Geoges, *"Hay que controlar los valores sintéticos"*, "El País" Esp., secc. Negocios, 2 mayo 2010.

Stiglitz, Joseph E. *"El próximo Bretton Woods"*, "Reforma" Mex., secc. negocios, 21 noviembre 2008.

Ubide, Ángel, *"China, líder de economía mundial"*, "El País" Esp., secc. Negocios, 24 enero 2010.

Zoellick, Robert B., *"La modernización del multilateralismo y los mercados"*, "El País" Esp., secc. economía, 15 octubre 2008.

CIBERGRAFÍA

D. Fernandez www.elpais.com/negocios 21-IX-08

Feito, José Luis, *"La Ineludible Intervención del Estado"* www.elpais.com/opinion 1-X-08.
Foreing Policy Edición Española www.fp-es.org/search/node/estado+fallido 27 enero 2008

Friedman, Thomas L. *"Porque es importante el cómo"*, New York Times Service, EUA, 10 – 2008.
www.nytsyn.com/about/news-service.

Gaggini de Rühlemann, Patricia Adriana, *"Globalización"*, www.gestiopolis.com, 3 - I - 08

Gardels, Nathan, *"Reparar el sistema financiero no impedirá la recesión"*, Global Viewpoint, Tribune Media Services, 10- 2008. www.tmsfeatures.com.

Gardels, Nathan, Entrevista a James Wolfensohn, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, 21 noviembre 2008. www.tmsfeatures.com.

http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/ 2-VIII-08

<http://www.fuhem.es/CIP/publicaciones/bienpresen.html>.

International Chamber of Commerce, www.iccwbo.org/

International Institute for the Unification of Private Law, www.unidroit.org/.

Krugman, Paul, *"¿Quién era Milton Friedman?"*, New York Times Service, 10 – 2008.

Pérez, Claudi, www.elpais.com/negocios 21-IX-08.

Taleb, Nassim Nicholas*, *"Antifragility"*, Nassim Nicholas Taleb's Home Page, <http://www.fooledbyrandomness.com/>

United Nations Comision on International Trade Law, www.uncitral.org/.
www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf
www.nytsyn.com/about/news-service.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Blánquez, Agustín, *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, edit Sopena, 4ª. ed. Barcelona, 1958.

Encarta 2000, **Microsoft Corporation**, *"Enciclopedia"*, Socialismo, pag. 3.
<http://www.Microsoft.com/encarta/es/>

Historia Universal Siglo XXI, edit Siglo XXI, 2ª ed. en esp. México, 1979, volumen 30 "Los Estados Unidos de Norteamérica".

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *Diccionario Jurídico Mexicano*, edit. Porrúa, 11ª. ed. México, 1998.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edit. Espasa Calpe, 21ª. ed. 1992.

Sills, David L. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, edit. Aguilar, 2ª. reimpr. Madrid, 1979.

CAPÍTULO SEGUNDO

II.- El perfil jurídico del Derecho Mercantil

- 1.- La teoría del lucro y la teoría del riesgo.
- 2.- La mercantilización jurídica.
- 3.- Los actos de comercio
- 4.- La subjetividad comercial
- 5.- La jurisdicción mercantil.

II.- El perfil jurídico del Derecho Mercantil.

1.- La teoría del lucro y la teoría del riesgo.

1.1.- El lucro, la ética religiosa y la economía racional.

Es una condición por demás conocida de la doctrina jurídica mercantil, que conforme a lo expresado por algunos tratadistas, no todos³³¹, todo acto de comercio implica en su esencia un afán de especulación comercial o lucro³³², pues resulta claro que la economía lucrativa se realiza mediante contratos de cambio, o sea, de adquisiciones planeadas de poderes de adquisición³³³, que en otras palabras, se describen como actos de comercio: Esta condición esencial o no, de dichos actos, obliga al estudioso a determinar con carácter primordial el concepto de lucro y sus alcances.

En principio, se explica que el lucro es un vocablo que deriva de la palabra latina "*lucrum*", la cual significa ganancia o provecho que se saca u obtiene de una cosa³³⁴. También se considera, dentro de una concepción jurídico financiera, que el lucro es toda ganancia o utilidad que se regula por la que se podría producir dinero por el tiempo en que éste ha estado dado en empréstito o mutuo³³⁵.

Es oportuno resaltar que se han estudiado diversas orientaciones del concepto de lucro dentro del capitalismo, encontrándose las siguientes³³⁶:

- 1) Las probabilidades de rentabilidad ofrecidas por la dedicación continuada a la compra y venta de mercancías en un sistema de libre comercio;

³³¹ Para los mercantilistas Cesar Vivante y Alfredo Rocco, el elemento lucrativo no es esencial para determinar al acto de comercio. **Vivante, Cesar**, "*Tratado de Derecho Mercantil*", edit. Reus, Madrid, 1932, pág. 106. **Rocco, Alfredo**, "*Principios de Derecho Mercantil*", Tribunal Superior de Justicia del D. F., México, 2005, pág. 194.

³³² **Tena, Felipe de J.**, op. cit. nota 318, pág. 20.

³³³ **Weber, Max**, op. cit. nota 36, pág. 49.

³³⁴ **Blánquez, Agustín**, op. cit. nota 40, pág. 302.

³³⁵ "*Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A.*", edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1ª. reimpr. México, 1953, t. VI, pág.1220.

³³⁶ **Weber, Max**, op. cit. nota 36, págs. 132-133.

- 2) Las probabilidades de rentabilidad ofrecidas por las explotaciones que de un modo continuo y con cálculo de capital, se dedican a la producción de bienes;
- 3) Las probabilidades lucrativas por el comercio y especulación con el dinero;
- 4) Las probabilidades lucrativas por la aceptación de prestaciones de pago de toda especie y la creación de instrumentos de pago;
- 5) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por la dedicación profesional a la concesión de créditos, tanto al consumo, como para fines lucrativos;
- 6) Las probabilidades lucrativas ofrecidas con carácter de botín a través de determinadas asociaciones o personas políticas o políticamente orientadas, como lo son financiamientos de procesos políticos, incluso de conflictos armados;
- 7) Las probabilidades lucrativas duraderas ofrecidas por una situación de dominación garantizada por el poder político, ya colonial, ya fiscal;
- 8) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por la prestación de suministros extraordinarios a determinadas agrupaciones políticas;
- 9) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por transacciones puramente especulativas en mercancías tipificadas (derivados) o en títulos valor representativos de empresas;
- 10) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por la gestión permanente de las obligaciones de pago (títulos bursátiles) de las asociaciones públicas;
- 11) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por la creación de empresas en la forma de venta de valores a los inversionistas; y
- 12) Las probabilidades lucrativas ofrecidas por el financiamiento especulativo de empresas capitalistas y de asociaciones económicas con fines de poder o de regulación de su rentabilidad (inversiones directas).

Ahora bien, técnicamente en el ámbito jurídico, el lucro es toda *"ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias de derecho"*³³⁷. Cabe advertir que los términos "lucro", "especulación comercial", "interés", "ganancia" y "utilidad", se consideran generalmente como sinónimos en el medio comercial y financiero³³⁸;

³³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Genaro Góngora Pimentel, t. III, pág. 2059.

³³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *Diccionario de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. ed. México 2001, Genaro Góngora Pimentel, pág. 307.

pero jurídicamente la especulación se distingue del lucro, al indicarse que ésta es un propósito de obtener lucro³³⁹.

El vocablo interés se deriva del latín "*interesse*", que significa importar; más en español se entiende como un provecho, una utilidad, una ganancia³⁴⁰. Es importante en este punto, resaltar que el concepto de "*interesse*" latino es sinónimo de la palabra griega "τόχος", que se deriva de la palabra "τιχτω", que significa engendrar³⁴¹. También se considera como un valor que en sí tiene una cosa, como un lucro producido por el capital. Además se acepta como una inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etcétera, o como una conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material.

Se dice que el interés compuesto es el de un capital al que se van acumulando sus réditos para que produzcan otros mismos. Y el interés legal es el que, a falta de estipulación previa sobre su cuantía, fija la ley cuando haya de devengarse o el deudor incurre en mora; el interés simple es el que tiene un capital sin agregarle ningún rédito vencido, aun cuando no se haya cobrado.

El concepto de "interés", jurídicamente tiene dos acepciones: a) La ganancia o utilidad que se obtiene o se persigue de la celebración de los contratos de mutuo o préstamos onerosos; y b) El interés moratorio, o pago de una suma impuesta como pena al deudor por morosidad³⁴².

Ahora bien, esta ganancia en qué consiste el lucro, ha sido calificada por los distintos sistemas normativos, en especial el religioso, el ético y el jurídico, los cuales han influido en las diversas conductas sociales de los distintos pueblos que han referido a este aspecto del comercio.

Indudablemente que la acción de lucrar como conducta, tiene una connotación social de implicaciones éticas, religiosas y jurídicas. Visto desde este enfoque la acción de lucrar tiene referencias axiológicas a la convivencia e integración social, a la justicia, la igualdad, la solidaridad, la bondad, la productividad. Es por tal motivo que se tiene que estudiar a esta acción desde un punto relacionado con la axiología social, ya que desde la antigüedad se ha bifurcado en el código binario el concepto de lucro, permitiéndose, por una parte, el lucro que justifica un esfuerzo, un riesgo, e incluso una especulación, dentro de un límite razonable y no dañino a la sociedad; por otra parte, se ha condenado el lucro desordenado, desequilibrado y desproporcionado, al cual se le ha equiparado a la codicia³⁴³ que es un elemento de la avaricia³⁴⁴, la cual por

³³⁹ **Ibidem.**

³⁴⁰ **Real Academia Española.** op. cit. nota 122, t. II, pág. 2179.

³⁴¹ **Aristóteles,** *Ética Nicomaquea, Política,* Libro Primero, edit. Porrúa, 20^a. ed., México, 2004, pág. 441.

³⁴² **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.,** op. cit. nota 337, Genaro Góngora Pimentel, pág. 307.

³⁴³ **Apetito desordenado de riquezas.** *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A,* op. cit. nota 334, t. III, pág. 273.

no dar circulación a la riqueza e inmovilizarla, alcanza la categoría de pecado capital en el cristianismo, privando a su sujeto de la vida espiritual, la gracia de Dios y le hace digno de la pena eterna³⁴⁵; sin embargo Dante ubica a los pecadores de este género en el cuarto círculo del infierno³⁴⁶, y también los vio en el quinto círculo del purgatorio³⁴⁷, lo cual implica para estos últimos condenados una posibilidad de redención³⁴⁸. Bajo estos linderos se puede determinar cuando la acción de lucrar y especular no infringe la ética social; en efecto, cuando el lucro tiene un orden y proporción (esto, considerando que tanto la codicia, como la avaricia son desordenadas y desproporcionadas).

Platón, en su obra *“La República”*, no considera que en el Estado ideal³⁴⁹ o justo, deba generalmente proscribirse el lucro como actividad socioeconómica, aún y cuando no lo considera una acción propia de las clases dirigentes, los filósofos y los vigilantes; sino que le es propio el ejercicio de las llamadas profesiones lucrativas³⁵⁰ al pueblo, que entre sus integrantes están los comerciantes, los industriales y los agricultores³⁵¹. En cuanto a las actividades lucrativas, expone Platón que uno de los vicios de la oligarquía es la codicia de los gobernantes, especialmente de los magistrados, quienes al no practicar la virtud de la templanza y dejarse llevar por una actitud negligente, conceden facilidades al libertinaje del que se aprovechan *“ávidos usureros, inclinados sobre su obra, sin que parezcan ver a aquellos a quienes han arruinado, siguen prestando con crecidos intereses y enriqueciéndose, abriendo anchas brechas en el patrimonio de sus nuevas víctimas...”*³⁵². Sin embargo, resulta claro que para Platón el lucro tiene una concepción binaria: en principio el lucro justo es permitido en las profesiones lucrativas, pero, en el otro extremo expresa su condena al lucro y la usura desordenada y desproporcionada.

Por otra parte, Aristóteles, en su obra *“Política”*, al tratar el tema del lucro dentro de los asuntos de la economía, habla de la crematística *“χρηματιστική”* (interés pecuniario de un negocio³⁵³; negociar, traficar, enriquecerse³⁵⁴), analizando lo que en siglos posteriores se definirá como el “valor en uso” y el “valor en cambio”, y la función del dinero en las operaciones de cambio³⁵⁵; análisis con el cual diferencia a la crematística en dos aplicaciones conceptuales: la doméstica, que se basa en el valor en uso, y la comercial, que se basa en el valor en cambio y en el dinero. Es el caso para el pensamiento aristotélico que la crematística comercial es censurada por no provenir de la

³⁴⁴ Afán desordenado de poseer y adquirir riquezas para atesorarlas. *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. I, pág. 1203.

³⁴⁵ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. VIII, pág. 255.

³⁴⁶ **Alighieri, Dante**, *La Divina Comedia*, edit. Porrúa, 2ª., ed. México, 1964, pág. 17.

³⁴⁷ **Ibidem**, págs. 136-140.

³⁴⁸ **Ibidem**, pág. 141.

³⁴⁹ *Historia de la Filosofía*, edit. Siglo XXI, 3ª. ed., México 1973, Jean Wahl, t 2, pág. 83.

³⁵⁰ **Platón**, *Diálogos, La República*, Libro Octavo, edit. Porrúa, 2ª. ed., México, 1964, pág. 466.

³⁵¹ **Marias, Julián**, *Historia de la Filosofía*, edit. Revista de Occidente, 23ª. ed. Madrid, 1971, pág. 53.

³⁵² **Platón**, op. cit. nota 349, pág. 470.

³⁵³ **Real Academia Española** op. cit. nota 122, t. I, pág. 594.

³⁵⁴ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. III, pág. 682.

³⁵⁵ **Aristóteles**, op. cit. nota 340, pág. 220.

naturaleza, sino de los hombres³⁵⁶, razón por la que el préstamo con interés es odiado por derivar su provecho del dinero mismo, y no de bienes de la naturaleza que son los frutos de la tierra y los animales que son propios de crematística doméstica. Más, Aristóteles no proscribió al lucro en sí, sino que lo reconoce y respeta como un uso comercial generalizado, porque al estudiar la crematística consistente en el cambio (diferente de la crematística doméstica), expresa que su principal y primer elemento es el comercio, el cual divide en tres secciones, dependiendo de la seguridad o del provecho: el transporte marítimo, el transporte terrestre y la venta directa al consumidor; el segundo elemento de la crematística es el préstamo con interés y el tercero sería el trabajo asalariado³⁵⁷. También considera Aristóteles que existe una crematística mixta, por así decirlo, porque tiene crematística natural y de cambio, que tiene que ver con los productos de la tierra que no son agrícolas, como la minería y lo forestal.

Llaman la atención las posturas políticas de Platón y Aristóteles, quienes no postulan una sociedad abierta en los términos que lo expone Popper, donde los individuos deben adoptar decisiones personales³⁵⁸, sino que por el contrario los Estados idealizados son cerrados alcanzando sociedades con decisiones tribales, mágicas y colectivistas.

Abundando en este punto, también el propio Aristóteles considera que el planteamiento de la república justa que propone Platón en *“Las Leyes”* consiste en una amalgama de democracia y tiranía, porque la Constitución propuesta no contiene elementos monárquicos, sino sólo elementos oligárquicos y democráticos y su tendencia es una marcada inclinación hacia la oligarquía³⁵⁹. Más, por lo que corresponde al mismo Aristóteles, él considera que el mejor gobierno es la monarquía autoritaria³⁶⁰, con lo cual se refrenda lo afirmado por Popper.

Aquí resulta paradójico que los filósofos que experimentaran el nacimiento de la democracia y exaltaran sus virtudes en su propuesta ideal de una sociedad justa, propusieran un modelo de sociedad cerrada; sobre todo cuando en la antigua Grecia el valor de la sociedad abierta que impulsaba la democracia ateniense, se apoyó en las comunicaciones y en el comercio marítimo³⁶¹, las cuales habían, a su vez, fortalecido el imperio comercial marítimo de la Hélade. Considerando este último elemento, cabe reflexionar que el lucro era ampliamente conocido y practicado por el imperio marítimo de Atenas, por lo cual era un uso comercial generalmente aceptado, sin que ello significara que, por otra parte, no se dejara de condenar la codicia desordenada y desproporcionada a que llevaba la aplicación extrema de este mismo uso.

³⁵⁶ **Ibidem**, pág. 223.

³⁵⁷ **Ibidem**, pág. 224.

³⁵⁸ **Popper, Karl**, op. cit. nota 4, pág. 189.

³⁵⁹ **Ibidem**, pág. 241.

³⁶⁰ *Historia de la Filosofía*, op. cit. nota 348, Jean Wahl, t 2, pág. 237.

³⁶¹ **Popper, Karl**, op. cit. nota 4, pág. 192.

Pero, independientemente del aspecto filosófico y político de la observaciones aristotélicas de las llamadas actividades lucrativas, es innegable el gran peso que tiene en las sociedades de la antigüedad el factor religioso, circunstancia que obliga a una referencia de los estudios de Weber sobre este punto: *“La ética religiosa penetra en la esfera del orden social con diversa profundidad. No se debe ello únicamente a la diferencia entre la vinculación mágica y ritual y la religiosidad, sino depende sobre todo de la actitud de principio que esta religiosidad toma respecto al mundo. Cuanto más sistemática y racionalmente se conforma éste en un cosmos, por la acción de puntos de vista religiosos, tanto más fundamental puede hacerse su tensión ética con el orden secular, y en tanto mayor grado cuanto más este orden, por su parte se sistematice según su propia legalidad. Surge la ética religiosa negadora del mundo y le falta el carácter estereotipador de los derechos sagrados. Justamente la tensión que aporta en su relación con el mundo se convierte en un fuerte factor dinámico de su desarrollo”*³⁶².

En ésta concepción ética negadora de un mundo que la rebasa, se sostienen criterios de apoyo solidario a la familia y comunidad vecinal, motivo por el cual la limosna es la parte más universal y primaria de toda religiosidad ética³⁶³. La limosna, por consecuencia es el sostén de la comunidad de la fe en todas las religiones; pero ese vínculo solidario se extiende más allá de la limosna, se espera del familiar, del vecino, del amigo, del correligionario, entre otras muestras de solidaridad, un crédito sin intereses, constituyéndose así una expectativa de exigencia que permite ejercer el sentido de vinculación ético-religiosa mediante la caridad. Pero por otra parte, se permite el cobro de intereses a los sujetos ajenos a la comunidad de la fe, por lo cual se despersonaliza de una manera racional el tráfico comercial; de esta forma se busca distinguir el lucro ordenado y proporcional de la especulación codiciosa.

En las reglamentaciones éticas de los asuntos económicos es casi unánime la condena del lucro, entre judíos, cristianos y musulmanes; entre brahmanes, budistas y confucianistas³⁶⁴. Dice el refrán cristiano que buscaba incorporar como sujetos del crédito a quienes carecían de garantías suficientes: *‘Cuando se presta sin riesgo Dios no retribuirá’*, lo cual significa que el riesgo justifica el lucro ordenado y proporcionado; y por el contrario, sin riesgo, no debe de haber lucro. Esta regla se incorpora en la ética de la comunidad religiosa que es impactada por la racionalización económica del tráfico lucrativo, y que afecta la autoridad del derecho sacro, buscando una postura de participación en la objetivación comercial, ya que de seguir la tendencia de la negación antieconómica del mundo³⁶⁵, la ética religiosa se enfrentaría a un mundo de relaciones interpersonales de racionalización económica del tráfico lucrativo, que no puede estar sujeto a las normas religiosas. Entonces conviven dos criterios distintos con relación al lucro: *“En el orden intrínseco, vínculos con la tradición, una relación*

³⁶² Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 454.

³⁶³ Ibidem. pág. 455.

³⁶⁴ Ibidem. pág. 457.

³⁶⁵ Ibidem. pág. 459.

piadosa con respecto a los compañeros de tribu, de linaje o de comunidad doméstica, excluyendo todo género de lucro dentro del círculo de quienes están unidos por esos vínculos: es lo que llamamos moral de grupo. Por otro lado, absoluta eliminación de obstáculos para el afán de lucro en sus relaciones con el exterior, criterio conforme al cual toda persona extraña, por lo pronto, un enemigo, frente al cual no existen barreras éticas: esta es la moral respecto a los extraños"³⁶⁶

Sin embargo, a pesar de las condenas al tráfico lucrativo, se presenta en la ética religiosa una paradoja contrastante, ya que estas mismas valoran positivamente en su ética práctica, la posesión de la riqueza y las relaciones impersonales de negocios, las cuales se han considerado al margen de la caridad. Esto en especial, porque en la antigüedad los templos de Babilonia y de la Hélade (Delfos, Éfeso, Samos, etc.) recibían depósitos y otorgaban préstamos con interés³⁶⁷, señalándose que estos templos cobraban tasas de interés más moderadas que los banqueros particulares o los gobiernos.

El Derecho Romano clásico no proscribió el lucro durante los tres primeros siglos³⁶⁸, ya que incluso en la "Ley de las Doce Tablas" permitían que la tasa de interés fuera fijada libremente por las partes³⁶⁹ en los préstamos de dinero "*mutuum*", hasta que en la época de Cicerón³⁷⁰, los "*Decenviros*" iniciaron el sistema de tasas, fijando un máximo que no podía rebasar un interés anual, llamándosele "*usura ilegítima*" a la que superaba la tasa legal. El emperador Justiniano estableció la "*legitimée usurée*", determinó como interés legal el seis por ciento anual y el interés mercantil en ocho³⁷¹; también el anatocismo fue permitido, hasta que igualmente fue proscrito absolutamente por el emperador Justiniano³⁷² a instancias de su jurisconsulto griego Teófilo, coautor de las *Institutas*³⁷³ y el *Digesto*³⁷⁴.

De hecho la connotación "*usura-ée*" en latín significa el uso y goce de una cosa³⁷⁵, lo cual, en Roma no tenía ninguna implicación dañosa, ni pecaminosa, sino por lo contrario, se considera un término referente a algo normal, común y desde luego, legal. A la postre la palabra va alcanzando otra significación, si bien es el interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo, también va a significar una ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de una cosa, especialmente cuando es excesivo³⁷⁶. Esta transformación es

³⁶⁶ Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 447.

³⁶⁷ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, edit. Porrúa, 5ª. ed. México, 1995, págs. 25-27.

³⁶⁸ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, edit. Nacional, México, 1963, pág. 38.

³⁶⁹ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. X, pág. 563.

³⁷⁰ Petit, Eugene, op. cit. nota 367, pág. 381.

³⁷¹ *Ibidem*. pág. 382.

³⁷² Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, edit. Harla, 11ª. ed. México 1997, t. 4, pág. 1064.

³⁷³ Petit, Eugene, op. cit. nota 367, pág. 61.

³⁷⁴ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. IX, pág. 1253.

³⁷⁵ Blánquez, Agustín, op. cit. nota 40, pág. 530.

³⁷⁶ Real Academia Española, op. cit. nota 122, t. II, pág. 2052.

influida por las posturas religiosas cristianas de condena al pago de intereses entre ciudadanos y correligionarios, la grado de que en el primer concilio cristiano en Nicea, en el año 325 durante el ejercicio imperial de Constantino, se vedó a los clérigos de aprobar la usura, basándose en el evangelio de Lucas³⁷⁷, en donde se dice: "...*haced bien, y prestad, no esperando de ello nada;...*" (16-35), tomando para ello como antecedente lo expresado en el Deuteronomio: "*No exigirás de tu hermano interés de dinero, ni interés de comestibles, ni de cosa alguna de que se suele exigir interés*" (23-19) aún y cuando en la "Parábola de las Diez Minas" (19-23) del Evangelista Lucas expresa: "*¿Por qué, pues, no pusiste mi dinero en el banco, para que al volver yo, lo hubiere recibido con intereses?*", claro que en este caso se consideraba por la ética religiosa completamente legítimo cobrar interés al banco, lo cual, era normal por ser un préstamo despersonalizado de la comunidad de la fe; en tanto si se condenaba usura codiciosa la ejercida dentro de la comunidad.

En la Edad Media el préstamo con intereses continuó siendo un elemento importante del tráfico lucrativo que era proscrito por la ética religiosa, pero practicado en su generalidad por todos, por lo que se presentaron para eludirla toda clase de rodeos jurídicos³⁷⁸, hasta que la propia iglesia cristiana de occidente, con la aceptación del Papa León X, tuvo que tolerar el uso del interés abierto y el préstamo con garantía de prenda, acudiendo al uso del mismo mediante la institución *monte pietatis*³⁷⁹; todo esto, dio como consecuencia el robustecimiento del concepto binario del lucro, sostenido con claridad por la ética religiosa.

Es durante las cruzadas cuando se presenta una verdadera organización transnacional que sirvió de modelo a otras similares (Orden de los Caballeros Teutónicos y Orden de los Caballeros de San Juan del Hospital) y de fundamento a las corporaciones del capitalismo. Esta corporación consistente en una Orden religiosa militar, denominada la Orden de los Caballeros del Templo del Rey Salomón, que estableció en su época de mayor esplendor cerca de 9,000 agencias resguardadas por la Orden, constituidas en abadías, fortalezas, peajes, granjas y establecimientos diversos, en los cuales realizaban operaciones de depósito de dinero, metales preciosos y valores; créditos diversos y descuentos, almacén de mercancías y transportación por toda Europa y Medio Oriente, mediante un sistema de "rutas templarias" marítimas y terrestres (como por ejemplo "El Camino a Santiago de Compostela" desde París a Galicia), por las cuales realizaban transportación de mercancías y metales preciosos. Es de hacerse notar que la Orden del Templo, estableció un sistema revolucionario que modificó el concepto y el uso de la orden de pago simple para llegar a la letra de cambio, mediante la emisión de documentos circulantes que amparaban depósitos de particulares o gobiernos a favor de la Orden, y dichos documentos podían ser cambiables en cualquier agencia de la propia Orden. Indudablemente en estas operaciones de crédito se pactaban pagos de

³⁷⁷ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. X, pág. 563.

³⁷⁸ **Weber, Max**, op. cit. nota 36, pág. 459.

³⁷⁹ **Ibidem.**

intereses, pero se entienden que nunca fueron desordenados y desproporcionados, ya que no existen datos de inconformidad o denuncia alguna³⁸⁰. Seguramente esta circunstancia provocó la conspiración de 1313 en su contra, por parte de los banqueros lombardos, la Orden de los Caballeros de San Juan del Hospital, Felipe "El Hermoso" (*Phillipe "Le Bel"*) Rey de Francia y el Papa Clemente V³⁸¹.

Pero, a pesar de la postura ético-religiosa cristiana, tanto católica, como luterana y anglicana, de sostener la proscripción de explicar la actitud de algunos sectores de la sociedad occidental, dentro del protestantismo ascético se vino gestando, con influencia del calvinismo³⁸², una conducta basada en una serie de valores de una ética distinta a la de la religiosidad mística que niega el mundo. Esta ética busca alcanzar el ideal del hombre honrado digno de crédito, en función de una forma de aumentar su capital³⁸³; en tal sentido este paradigma *"consiste en que la adquisición incesante de más y más dinero, evitando cuidadosamente todo goce // inmoderado, es algo tan totalmente exento de todo punto de vista utilitario o eudemonista, tan puramente imaginado como fin en sí, que aparece en todo caso como algo absolutamente trascendente e incluso irracional frente a la 'felicidad' o utilidad del individuo en particular"*³⁸⁴. Estas virtudes se manifiestan en una actitud solícita en el trabajo y en la creación de los mismos, en la consideración de que la ganancia de dinero legal y legítimo, es el fundamento ético del "espíritu del capitalismo", que se debe imponer a empresarios y trabajadores, quienes deben de adaptarse a esta nueva ética económica so pena de ser eliminados de la escenografía mercantil.

*"El capitalismo actual, señor absoluto en la vida de la economía, educa y crea por la vida de la selección económica los sujetos (empresarios y trabajadores) que necesita"*³⁸⁵. Este "espíritu del capitalismo" impulsado como concepción en un grupo social, se formó con anterioridad a lo que a la postre se denominó el desarrollo del capitalismo. Estos serían los supuestos que tornarían a los grupos sociales humanos de manera paulatina en una clase social ordenada (pequeña y mediana burguesía) y en una economía capitalista que se extendería hasta la globalización.

1.2.- El espíritu del capitalismo

El "espíritu del capitalismo" es contrario al "tradicionalismo" de la ética religiosa que como meta afirma: *"lo que el hombre quiere 'por naturaleza' no es ganar más y más dinero, sino vivir pura y simplemente, como siempre ha vivido, y ganar lo necesario para seguir viviendo"*³⁸⁶. Este "tradicionalismo" fue un fuerte obstáculo al "espíritu capitalista", ya que existía generalizadamente una

³⁸⁰ Charpentier, Louis, *El Misterio de los Templarios*, edit. Brugera, 2ª. ed. Barcelona, 1974, pág. 128.

³⁸¹ Acosta Romero, Miguel, op. cit. nota 366, pág. 38.

³⁸² Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 460.

³⁸³ Weber, Max, op. cit. nota 41, págs. 94-95.

³⁸⁴ *Ibidem.* pág. 97.

³⁸⁵ *Ibidem.* pág. 99.

³⁸⁶ *Ibidem.* pág. 107.

economía, empresarios, un género de vida, una ganancia, una medida del trabajo, un modo de llevar el negocio y relación con los trabajadores y la clientela. Sin embargo, los nuevos empresarios aparecieron, manifestaron características diferentes a las ya conocidas: *“no eran especuladores osados y sin escrúpulos, naturalezas aptas para la aventura económica, como lo ha habido en otras épocas de la historia, ni siquiera ‘gentes adineradas’ que crearon este nuevo estilo de vida obscuro y retraído, aunque decisivo para el desarrollo de la economía, sino hombres educados en la dura escuela de la vida, prudentes y arriesgados y la vez, sobrios, perseverantes, entregados de lleno y con devoción a su causa, con concepciones y ‘principios’ rígidamente burgueses. Si a estos hombres se les preguntase por el ‘sentido’ de esa actividad incansable, jamás satisfecha de su propia posición (por lo cual dentro de una orientación puramente terrenal de la vida debería ser algo sin sentido), supuesto que supiesen dar una respuesta, sería la de “la preocupación por los hijos y nietos”; o bien (puesto que este motivo se encuentra también en hombres de espíritu “tradicionalista”) dirían simplemente que para ellos, el negocio, con su incesante trabajo, ‘es indispensable para su vida’³⁸⁷. Para estos empresarios la mendicidad es una violación del amor al prójimo respecto a aquel a quien se pide, ya que la falta de trabajo de los capaces de trabajar es culpa suya; y para evitarla hay que procurar fuentes de empleo y organizar racionalmente la caridad asustando a los haraganes³⁸⁸. En otras palabras, la religiosidad mística es un camino opuesto al de la racionalización económica.*

Estos nuevos empresarios mantenían un comportamiento casi ascético, no eran ostentosos, no le afectaba el goce consciente de su poder, no les gustaba aceptar signos de respeto social y los lujos inútiles, su riqueza no es para su persona, sólo les reconforta el sentimiento de cumplir con su profesión, y el orden económico capitalista necesita de esta entrega a la profesión de enriquecerse; se necesita de este comportamiento ante los bienes externos, adecuado a la estructura y ligado a las condiciones de triunfo en la lucha económica por la subsistencia; ya no se requiere del apoyo de los poderes religiosos, la concepción del mundo está determinada por los intereses político-comerciales y político-sociales. Las viejas formas de la constitución económica medieval han sido rotas con el apoyo del incipiente poder del Estado de la modernidad³⁸⁹. No es ajeno al fenómeno descrito la racionalización que es impulsada por la ilustración y el arribo de una filosofía laica; además esta racionalización se expresa en las ciencias exactas y en las sociales, como lo son la física, la química, que afectan a la ingeniería y otras áreas técnicas; y sobre todo la racionalización de la economía, la contabilidad y el derecho. Este último merece especial atención al referirse que en lo que corresponde al derecho privado, la racionalización, *“considerada como simplificación y ordenación conceptual de la materia jurídica, se logró en su forma más avanzada por el derecho romano de la época imperial, mientras que en los países más racionalizados, como Inglaterra, quedó mucho más rezagada; el renacimiento fracasó en manos de los grandes juristas*

³⁸⁷ **Ibidem.** pág. 117.

³⁸⁸ **Weber, Max**, op. cit. nota 36, pág. 461.

³⁸⁹ **Weber, Max**, op. cit. nota 41, pág. 120.

*ingleses, mientras que ha sido una realidad en los países católicos sud europeos*³⁹⁰.

Por otra parte, es importante indicar que la mentalidad anteriormente expuesta no solamente se manifestó en la clase empresarial, sino que también en la clase trabajadora, la que tradicionalmente había sido encausada en un estoicismo religioso con la promesa de una bienaventuranza eterna, pero al aparecer el racionalismo, el sentido religioso que la conformaba se debilitó, y el ideal ascético continuó en la honorabilidad en el trabajo y en los negocios para la realización de un objetivo fijado por Dios consistente en cumplir con una sociedad en crecimiento y el dominio racional del universo³⁹¹.

Esta conducta y "espíritu capitalista", aun y con las diferentes condiciones que representa su realidad cultural, hoy en día, es visible en los nuevos capitalistas de la República Popular de China; la cual es entendible en un país en donde el sistema político es totalitario y lo recomendable es conservar un perfil bajo, pero es sintomática la repetición del modelo planteado por Weber. *"en Asia, un severo y marchito comunista chino Deng Xiaoping, parece que dijo en la década de 1970: 'Enriquecerse es magnífico', desencadenando así, el deseo contenido de una quinta parte de la población mundial y liberando a China de su pobreza inmemorial"*³⁹²

El enfrentamiento de la ética religiosa a la racionalización económica del tráfico lucrativo tuvo que dar lugar a la aceptación de un lucro "legal", distinguiéndolo del lucro usurero proscrito; pero los márgenes de separación de estos dos lucros serían fijados en lo sucesivo por procesos que acabarían por generalizar una mercantilización basada en un lucro objetivizado, dejando las restricciones a la usura a factores objetivos jurídicos y económicos determinados por condiciones acordadas por organismos cupulares gubernamentales y los agentes económicos que se destacaron como influyentes durante el colonialismo y la revolución industrial.

1.3.- El préstamo con interés y la lesión

De hecho, las prohibiciones que se dieron al préstamo con interés en algunos países no tuvieron el efecto de impedir la práctica, sino que se vino a incrementar el cobro del interés en función del riesgo por la ilegalidad del préstamo. Por tal razón, Adam Smith consideró que la aplicación del interés de manera ordenada y proporcional era adecuada y debería de aplicarse razonablemente considerando que el nivel más bajo del mismo debería ser algo más que suficiente para poder compensar las posibles pérdidas a las que es expuesto el capital en un préstamo, y que el llamado beneficio neto del mismo debe ser la tasa de interés proporcional que el deudor deba de pagar. Además, aplicó esta medida a la política económica de un país, por lo que explica lo

³⁹⁰ **Ibidem.** pág. 127.

³⁹¹ **Weber, Max,** *Desarrollo de la Ideología Capitalista*, anexo a op. cit. nota 41, págs. 458-460.

³⁹² **Toffler, Alvin y Heidi.** op. cit. nota 62, pág. 43.

siguiente: “En un país que haya desarrollado completamente su riqueza, y en el cual cada rama en particular de la industria se encuentre provista con la máxima cantidad de capital que se pueda invertir en ella, así como la tasa ordinaria del beneficio neto tiene que ser muy pequeña, también ha de serlo la tasa corriente del interés, que se pueda cubrir con aquel, hasta el punto de que solo la gente sumamente rica podrá vivir de los réditos de su dinero. Cuantos sólo dispongan de medianas o pequeñas fortunas se verán obligados a administrar por su cuenta la inversión de sus capitales. En estas circunstancias será necesario que casi todas las personas se conviertan en gentes de negocios o se interesen en alguna actividad económica”³⁹³.

Como se puede apreciar, este criterio traído a la actualidad revela que los países desarrollados socioeconómicamente aplican completamente lo dicho por Smith, ya que sus tasas de interés en los depósitos bancarios es bastante baja; pero en donde se han desproporcionado en las tasas que aplican a los créditos que otorgan, especialmente al consumo, motivo por el cual los gobiernos están tomando políticas regulatorias de los mismos, sobre todo en los llamados créditos de plástico o de tarjetas, que son créditos al consumo muy utilizados por la población en general y que han elevado las carteras vencidas de las intermediarias financieras.

Ahora bien, para algunos juristas la determinación del pago de intereses solamente tiene una connotación positiva o legal, es decir, que sea contemplada por algún ordenamiento jurídico, excluyendo toda consideración axiológica o realista socioeconómica sobre el caso. De tal forma que solamente se analizaría la existencia del interés en su contexto existencial legal, sin necesidad de distinguir si este es usura, ya que el hecho de estar legalizado lo extrae de cualquier consideración ética, religiosa o económica.

Así se considera la definición legal consignada en el Código de Comercio mexicano que brinda el artículo 361, al mencionar que: “*Toda prestación pactada á favor del acreedor que conste precisamente por escrito, se reputará interés*”. La expresión de ley anterior, pudiera ser más puntual para tratar de determinar el concepto de interés, ya que en una relación contractual la prestación³⁹⁴ es el cumplimiento de la obligación de dar o de hacer, que aplicada a un ámbito pecuniario sería la obligación de pago³⁹⁵; pero que al generalizarlo y no distinguirlo de la prestación u obligación principal, que es el pago del capital, en la expresión legal del artículo 361, se le confunde con el principal, siendo que el interés es el lucro o la ganancia producto del capital.

Circunstancia distinta se expone en la lectura del artículo 362 del mismo Código, en donde si se presenta de manera sobreentendida la diferencia entre

³⁹³ **Smith, Adam**, *Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., México, 2088, pág. 94.

³⁹⁴ Derivada de la palabra latina “*prestare*”, que significa cumplir con una obligación. **Blánquez, Agustín**, op. cit. nota 40, pág. 390.

³⁹⁵ **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.** op. cit. nota 128, Braulio Ramírez Reynoso, t. IV, pág. 2516.

el capital y el interés, en especial porque trata del interés moratorio. Esta redacción distintiva se advierte en el texto referido al expresar: *“Los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, ó en su defecto el seis por ciento anual”*.

De conformidad con el positivismo jurídico, el brindar legalidad al lucro en el tráfico comercial debería de limitarse a señalar en un ordenamiento jurídico los límites permisivos de la aplicación de estas ganancias del capital, pero resulta que en el derecho privado global, tanto codificado, como consuetudinario, se permite la aplicación de un interés, incluso superior al legalmente fijado, pero en la materia civil se proscribía la usura en el artículo 2395³⁹⁶ del Código Civil Federal mexicano; sin embargo del estudio de este numeral, resultan varias consideraciones que son interesantes en su estudio.

Como punto de análisis se señala que en este artículo 2395, el interés convencional puede ser fijado libremente por las partes, pero en su texto explica que no debe ser desproporcionado, porque de serlo, se incurriría en el caso de una lesión según lo describe el artículo referido en correlación con el artículo 17 del mismo ordenamiento³⁹⁷. En caso de un préstamo con interés, la usura o desproporción se manifiesta entre la prestación y la contraprestación³⁹⁸, mediante la exigencia de intereses excesivos, el Código Civil Federal vigente en México, a partir de la reforma al artículo 17 del Código Civil, de 27 de diciembre de 1983, opera la tesis de la lesión como vicio de la voluntad objetivo-subjetivo, siendo el elemento objetivo la desproporción de los intereses, y el subjetivo, la voluntad viciada del contratante.

Sin embargo, aquí se presenta un punto interesante, pues Joaquín Martínez Alfaro³⁹⁹ y otros tratadistas consideran que la lesión no constituye un vicio de la voluntad porque el acto jurídico si llegó a perfeccionarse⁴⁰⁰, sino que es un perjuicio pecuniario determinado por la miseria, la necesidad, la inexperiencia o ignorancia, causas que dan motivo a la constitución de un contrato lesivo válido, pero que el perjudicado de la ilicitud del contrato tiene la acción opcional de demandar la reducción de la prestación para así proporcionarla, o la nulidad del acto, ya que conforme a la reforma del Código antes mencionada la lesión

³⁹⁶ **Artículo 2395.-** El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

³⁹⁷ **Artículo 17.-** Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.

³⁹⁸ **Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones***, edit. Porrúa, 15ª. ed., México, 2003, pág. 422.

³⁹⁹ Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México

⁴⁰⁰ **Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones***, edit. Porrúa, 7ª. ed., México, 2000, pág. 114.

produce nulidad relativa; con lo cual, al igual que el Código Civil francés⁴⁰¹, se considera que la lesión es un vicio del consentimiento⁴⁰².

El señalar que la lesión es un vicio de la voluntad, aún y cuando el código mexicano de la materia así lo considere, es doctrinalmente discutible, porque el elemento subjetivo de la lesión que son la miseria, la necesidad, la inexperiencia o ignorancia, elementos que la legislación de algunos países considera como tales, solamente porque varios civilistas estiman inoperantes los elementos subjetivos de la lesión.

Marcel Planiol⁴⁰³ y Georges Ripert⁴⁰⁴ expresan que la lesión proviene de la desigualdad de prestaciones en el contrato, y no la consideran un vicio del consentimiento por no existir violencia; pero, si le atribuyen una debilidad de una de las partes que llama la atención por sí misma y no por la desproporción de las obligaciones⁴⁰⁵.

Para Rafael Rojina Villegas⁴⁰⁶ la lesión no es considerada vicio de la voluntad, ya que no la estudia en este capítulo de su obra⁴⁰⁷. Joaquín Martínez Alfaro expresa que la miseria y la necesidad originan un estado psicológico semejante al que sufre el que está coaccionado moralmente, o sea, que esta situación está comprendida en la violencia moral, en tanto que la inexperiencia y la ignorancia se asemejan al error, porque tienen los mismos efectos jurídicos⁴⁰⁸, y por esto, el concepto de lesión es jurídicamente tautológico.

En la doctrina y legislación germana, la lesión se considera un vicio objetivo por falta de justicia conmutativa, permitiendo al perjudicado la rescisión del contrato y en el artículo 138 del Código Civil alemán considera que es un atentado contra las buenas costumbres (ilicitud), decretando la nulidad absoluta⁴⁰⁹. Por su parte Ernesto Gutiérrez y González⁴¹⁰ considera acertadamente que son absurdos los adjetivos calificativos de "notoria" a la inexperiencia, de "extrema" a la miseria y de "suma" a la ignorancia, quedando los conceptos sustantivos como válidos⁴¹¹, pero tampoco son elementos suficientes para viciar por sí mismos el consentimiento. Christian Larroumet⁴¹² sostiene la tesis que dice que la naturaleza jurídica de la lesión es de carácter

⁴⁰¹ Larroumet, Christian. *Droit Civil, Les Obligations Les Contrat*, edit. Economica, 5a. ed. Paris 2003. pág. 400.

⁴⁰² Martínez Alfaro, Joaquín, op. cit. nota 399, pág. 111.

⁴⁰³ (1853-1913), Profesor de Derecho Civil de las Universidades de Rennes y de Paris (Sorbonne)

⁴⁰⁴ (1880-195819) Profesor de Derecho Civil y Derecho Mercantil de la Universidades de Aix-en-Provence y de Paris (Sorbonne)

⁴⁰⁵ Planiol, Marcel. y Ripert, Georges, op. cit. nota 371, t. 4, págs. 845-846.

⁴⁰⁶ Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴⁰⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, edit. Robredo, México 1962, págs. 139-149.

⁴⁰⁸ Martínez Alfaro, Joaquín., op. cit. nota 399, pág. 114.

⁴⁰⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. op. cit. nota 128, José de Jesús López Monroy, t. III, pág. 1949.

⁴¹⁰ Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto, op.cit. nota 397, págs. 425-428.

⁴¹² Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Paris (Sorbonne)

objetivo, o sea, que la causa de la obligación tiene una ilicitud, que es la falta de justicia conmutativa por el desequilibrio de las prestaciones y no tiene nada que ver con un vicio del consentimiento o con una debilidad de la voluntad⁴¹³

Las anteriores críticas a los elementos subjetivos de la lesión evidencian su naturaleza objetiva; y aún más cuando en materia mercantil no es considerada como motivo de nulidad o rescisión; esto mismo hace reflexionar que existe un doble supuesto para el mismo objeto con distinta conclusión; una permite el interés dentro de la racionalización económica del tráfico lucrativo, sin considerar usura los intereses pactados mercantilmente, y la otra, dentro de la sutil herencia de la ética religiosa social del derecho privado romano cristiano⁴¹⁴, permite un interés convenido que rebase los linderos del interés legal en materia civil, pero en consideración de una desproporción, sin llegar a la usura. Aquí surge un problema conceptual entre lo permitido y lo prohibido al no determinarse cuáles son los límites de lo proporcional y lo desproporcional.

En el caso de los intereses en materia mercantil, los sujetos que son los comerciantes y que tienen capacidad de ejercicio plena por ser profesionales del comercio, y en sus operaciones comerciales no se considera que existe la lesión, aún y cuando haya usura; el vicio del consentimiento y la ilicitud de la desproporción en la aplicación de los intereses sólo se presenta en la materia civil, en otras palabras, para los que no son comerciantes y para los que no realizan actos de comercio. Esta condición jurídica de ilicitud del acto se correlaciona en una afectación a la capacidad de ejercicio de los que no son comerciantes, es por tal que el legislador aplica una medida de protección a los ignorantes, a los inexpertos, a los miserables y a los necesitados, dándoles las acciones de reducción de la prestación, de rescisión, o de nulidad.

Entonces, en los Códigos Civiles vigentes en México se está ante una ficción jurídica en la que se protege a los sujetos no comerciantes; a estos se les protege de una ilicitud disfrazada de vicio del consentimiento. De ello se puede concluir que la lesión está mal formulada como norma ético-jurídica y que lo que procedería, para efectivamente proteger a los acreditados y consumidores, es determinar los límites y circunstancias del interés lícito y señalar los casos ilícitos del cobro de interés.

Ahora bien, como en el ejercicio de las acciones a que dan lugar a la lesión, lo fundamental en este aspecto son las probanzas de la desproporción, se puede concluir en que la lesión no es un vicio de la voluntad, sino el alcanzar el principio de derecho consistente en la justicia distributiva dentro de la relación jurídica. Por otra parte, en los actos que no son completamente mercantiles (porque existen actos mixtos entre civil y mercantil) la lesión se presenta entre los sujetos de actos civiles, en los cuales, para probarla, se tiene que demostrar que los sujetos agraviados son ignorantes, inexpertos, miserables y necesitados, lo que

⁴¹³ Larroumet, Christian, op. cit. nota 400, págs. 384-398.

⁴¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. op. cit. nota 337, Genaro Góngora Pimentel, 2001, pág. 307.

es poco objetivo, ya que para cumplir tales supuestos hay que concluir junto al jurista Gutiérrez y González en que dichos calificativos se consideran relativos y poco realistas, porque no hay parámetro comparativo en el ordenamiento legal correspondiente.

Conforme a la reflexión expuesta los supuestos de la lesión civil son casi inoperantes en materia mercantil. Así por ejemplo, un sujeto miserable es poco probable que realice un mutuo con interés, o una apertura de crédito, ya que generalmente no es considerado sujeto de crédito; una persona que solicita un préstamo o un mutuo con interés por primera vez puede ser inexperta, pero por su capacidad económica y sus conocimientos puede considerarse que su voluntad no está viciada para contratar intereses mayores a los legales; o bien, una persona con escasa educación, ignorante, puede ser que sea un experimentado adquirente de bienes inmuebles rústicos. En fin, en estos ejemplos se muestra lo relativo del texto del ordenamiento de Derecho que expone la lesión civil.

En este sentido es importante estudiar la resolución al amparo directo 7563/96 emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la República Mexicana⁴¹⁵, en la cual se considera desproporción toda tasa de interés superior a la legal, sin considerar que los créditos que otorgan las intermediarias financieras son actos de comercio que no se deben de tratar dentro de la legislación civil, aún y cuando su contrato accesorio de garantía hipotecaria sea civil, conforme al derecho común, ya que su contrato principal, el de crédito, es mercantil; además no todo interés superior al legal es desproporcionado de acuerdo con el propio artículo 2395 del Código Civil Federal mexicano y sus similares del fuero común.

⁴¹⁵ Registro IUS: 199133. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, Marzo de 1997, p. 814, tesis I.3o.C.129 C, aislada, Civil: **INTERESES MORATORIOS, NULIDAD DE LOS. ES IMPROCEDENTE AUN CUANDO SE COMPRUEBE QUE LA TASA DE INTERES RELATIVA ES SUPERIOR A LA LEGAL, SI NO SE ACREDITA QUE SE ABUSO DEL APURO PECUNIARIO, INEXPERIENCIA O IGNORANCIA DE LA PARTE DEUDORA, CONFORME AL ARTICULO 2395 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.** *En términos del precepto legal de referencia, resulta que para que proceda la nulidad de intereses moratorios pactados en un juicio especial hipotecario, no sólo es necesario que se compruebe que la tasa de interés relativa es superior a la legal, sino también que se acredite que la parte acreedora abusó del apuro pecuniario, inexperiencia o ignorancia de su contraparte, ya que precisamente esos son los presupuestos que se establecen en dicho dispositivo legal, para que pueda resultar procedente la reducción equitativa de la tasa de interés pactada hasta el tipo legal; por lo que, de acuerdo con ello, no basta que la parte demandada argumente que la propia desproporción de los intereses debe tener como consecuencia la creencia fundada de que se abusó de su apuro pecuniario, inexperiencia o ignorancia, porque es obvio que la aceptación de los intereses moratorios pudo obedecer a otras diversas causas; luego entonces, si no se acreditó plenamente que la demandada estuviera en alguno de los supuestos a que se refiere el precepto legal mencionado, de ninguna manera se puede decretar la nulidad de los intereses correspondientes.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 7563/96. Carmen Torales Alvarado vda. de Sánchez y otra. 20 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Miguel Vélez Martínez.

Por ejecutoria de fecha 7 de junio de 2000, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 86/97 en que participó el presente criterio.

En esta resolución es notorio que la patología jurídica derivada de la indeterminación legal de los linderos de la desproporción de las prestaciones contractuales y de considerar arbitrariamente que la lesión es un vicio de la voluntad, provoca criterios incongruentes con la misma normatividad, doctrinalmente contradictorios y poco apegados a la realidad socioeconómica de las operaciones de crédito.

También hay que considerar que son pocos los contratos en que se puede considerar la lesión causa de invalidez, porque los contratos civiles patrimoniales cada vez se presentan en menor número, en virtud de que el derecho patrimonial se viene mercantilizando y por consecuencia, los préstamos con interés se presentan en su mayoría como actos de comercio, porque generalmente se realizan con intermediarias financieras o sociedades mercantiles mediante la apertura de crédito, según lo explica la resolución a la contradicción de tesis 31/98 dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Registro IUS: 195340. Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Octubre de 1998, p. 372, tesis P./J. 48/98, jurisprudencia, Civil: **CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.** *Las declaraciones del secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 60., párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las*

En este sentido, cabe recordar que los actos de comercio establecidos en las fracciones XIV (Las operaciones de bancos) y XXIV (las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) del artículo 75 del Código de Comercio mexicano son de carácter absolutamente mercantil. Por ser el derecho mercantil un derecho especial para los comerciantes (elementos subjetivos) y de excepción al derecho civil, los contratos mercantiles siguen modalidades especiales que dicta el interés público y que tienen como método jurídico el realismo socioeconómico, distinguiéndose del jusnaturalismo que postula enunciados éticos y del positivismo que tiene apegos a la literalidad normativa.

Por otra parte, es procedente analizar lo que sucede en el mundo bursátil, donde no existe la lesión, y donde si se pueden presentar casos de ignorancia e inexperiencia, la especulación toma tintes extremos y los títulos en ese mercado pueden alcanzar productos e intereses insospechados.

En el estudio de este punto, se debe de considerar que la globalización de la economía ha rebasado muchas fronteras socioeconómicas y la especulación es considerada como normal, incluso virtuosa; es por tal que después de la crisis del 2008, se sigue debatiendo por los analistas económicos y quienes buscan interpretar las causas y consecuencias sobre los límites de la especulación bursátil proponen que los sujetos que participan bursátilmente con capital para especular lo pueden hacer a su riesgo personal, pero, en proyección a las instituciones financieras con responsabilidad social, se niega esta posibilidad especulativa a las financieras administradoras de pensiones sociales y de títulos patrimoniales colectivos. Entonces existe en el medio bursátil un gran mercado lucrativo en donde el pago de productos del capital puede ser ilimitado, y donde se impone la permisibilidad que deriva del realismo socioeconómico de una economía racional.

Lo anterior, es un claro ejemplo de que tratándose de elementos de la economía racional que han rebasado las concepciones jurídicas jusnaturalista e incluso las positivistas, porque varias prácticas mercantiles, bancarias y bursátiles no están comprendidas en ordenamientos jurídicos, sino que se consideran usos comerciales, bancarios y bursátiles que determinan el valor de los títulos y valores bursátiles. Conviene señalar que la metodología que aplica el derecho

características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

Precedentes: Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 48/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

mercantil y sus materias derivadas y conexas, es indudablemente el realismo socioeconómico, que sí funciona como herramienta para interpretar el sentido de una norma de la materia de que se trata, o de una resolución jurisdiccional, ya judicial, ya arbitral.

En la globalización la tendencia a las operaciones de tráfico lucrativo responden a la concepción de una objetivización económica en la cual los ajustes a la microeconomía tenderán a generalizarse, así las tasas del interés se globalizan de acuerdo a las directrices generales que van indicando los institutos financieros centrales del mundo globalizado, y de hecho, en los intermediarios financieros, es esta la lógica imperante; sin embargo en los países subsisten disposiciones que tienen posturas indefinidas y confusas que tratan puntos como la lesión, las cuales terminan en resoluciones judiciales que ajustan contradicciones jurídicas⁴¹⁷ y socioeconómicas para reconocer lo inadecuado de sus supuestos de ley a las condiciones actuales. Pero, desde luego, que estas circunstancias no tienen nada de nuevas, por lo cual cabe indicar que en el texto clásico del jurista mercantilista Taller, de inicios del siglo XX⁴¹⁸, al tratar la cuenta corriente expone que la Ley francesa de 12 de enero de 1886, sólo permite la capitalización de los intereses o anatocismo "αντοχισμος"⁴¹⁹ que representen una anualidad, prohibiendo agregar al capital los intereses de un tiempo más corto, la práctica comercial los aplica por concepto de "comisiones", contraviniendo en el fondo la ley (artículo 1154); además la convención del anatocismo sólo es permitida sobre intereses ya vencidos⁴²⁰.

La tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México número P. LXVI/98, que tiene como antecedente contradicción de tesis número 31/98, hace una determinación sobre el anatocismo en el derecho privado mexicano analizando los artículos correspondientes en los Códigos Civil y Mercantil⁴²¹.

⁴¹⁷ Larroumet, Chistian, op. cit. nota 400, págs. 397-408.

⁴¹⁸ Taller, E, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, edit. Rousseau et Cie. 1ª. ed. Paris 1916, pág. 846.

⁴¹⁹ Significa interés de los intereses

⁴²⁰ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, op. cit. nota 371, t. 4, págs. 1064-1065.

⁴²¹ Registro IUS: 195343. Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Octubre de 1998, p. 381, tesis P. LXVI/98, aislada, Civil. **ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.** *Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título quinto "Del mutuo", capítulo II, "Del mutuo con interés", establece que "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.". El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado "Del préstamo mercantil en general", previene que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses" y, añade, que "Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de "intereses sobre intereses", prohibido por ambos preceptos, y de "capitalización de intereses", expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los*

También es importante analizar que entre comerciantes, conforme al artículo 385 del Código de Comercio mexicano⁴²², no existe la lesión en los términos de las leyes civiles y además se permite la capitalización de intereses por el artículo 363⁴²³, término que difiere del anatocismo, mismo que no es considerado por el sistema jurídico mexicano, según la tesis número P. LXVI/98, ya mencionada. Por lo que toca a la capitalización de intereses, la tesis del Pleno de la mencionada Suprema Corte, número P./J. 50/98,⁴²⁴ le brinda a éste concepto un carácter puramente mercantil y lo ubica como producto de la libertad contractual, distanciándolo de lo dispuesto por el artículo 2397 del Código Civil Federal mexicano y los ordenamientos de la materia en el fuero

intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

Precedentes: Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXVI/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

⁴²² **Artículo 385.** Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le competa, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con fraude ó malicia en el contrato ó en su cumplimiento.

⁴²³ **Artículo 363.-** Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

⁴²⁴ Registro IUS: 195338. Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Octubre de 1998, p. 371, tesis P./J. 50/98, jurisprudencia, Civil. **CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.** *El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual. De ahí que, cuando los términos empleados para acordar tal pacto generen confusión, para conocer la verdadera intención de las partes, la interpretación conducente ya no podrá atender a los principios que rigen a la que es realizada cuando la aplicación de tal dispositivo tiene su origen en la voluntad del legislador, sino al tenor de las reglas que rigen la propia de los contratos, situación que impide acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por lo que, para conocer el alcance del pacto en comento, deberá acudirse a las reglas sobre interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Código de Comercio y del 1851 al 1859 del Código Civil indicado los que, respecto de esta última cuestión, si son supletorios, conforme a lo dispuesto en el artículo 2o., fracción IV, de la mencionada ley general.*

Precedentes: Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 50/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

común⁴²⁵. Por lo tanto, la contratación de intereses que rebasen el concepto de “legales” en el derecho comercial mexicano (artículo 364 del Código de Comercio⁴²⁶) que alcanzan el seis por ciento (6%), es completamente aceptada por el orden jurídico. Ahora bien, no se debe pasar por alto que el derecho mercantil en sus modalidades tiene una gran carga en la subjetividad de sus partes, por que ha sido y es un derecho especial para los comerciantes, y también, porque según Pier Giuseppe Monateri⁴²⁷, desde la antigüedad, se formó una normatividad jurídica híbrida y consensual, especial para el comercio y de excepción al derecho privado romano⁴²⁸; dicho de otra forma, el derecho mercantil en sus modalidades es excepcional al derecho civil. Aún más, el derecho mercantil que se considera como romano, en especial la teoría de las obligaciones, tiene profundas raíces en Egipto y en Babilonia, en donde la teoría desarrolla la bilateralidad⁴²⁹.

Con relación a la ausencia de lesión en materia mercantil mexicana, cabe hacer un análisis de esta circunstancia. Si bien, pues sí el artículo 385 del Código de Comercio se refiere únicamente a la lesión en las compra-ventas comerciales por la profesionalidad de las partes que brinda capacidad probada y equilibrada a las mismas, en lo que toca a la lesión mercantil por el préstamo, tomando en consideración el carácter subjetivo del derecho mercantil, que es especial para comerciantes y excepcional del derecho civil, se ha aclarado en la tesis del Pleno mencionada, número P./J. 50/98, que en el préstamo mercantil, no es aplicable la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil Federal, y por lo tanto, no se puede configurar una lesión en este contrato.

Y como ya se ha estudiado que la lesión se presenta básicamente en los contratos de compra-venta y préstamo, se concluye en que no existe esa figura en la materia comercial de que se trata. Ernesto Gutiérrez y González considera que del estudio del referido artículo 385, se desprende que en materia mercantil

⁴²⁵ **Artículo 2397.** Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

⁴²⁶ **Artículo. 364.** El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho á los intereses pactados ó debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto á los mismos.

Las entregas á cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital.

Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, ó por el que determinen peritos si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.

Y si consistiere el préstamo en títulos ó valores, el rédito por mora será el que los mismos títulos ó valores devenguen, ó en su defecto el seis por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la Bolsa, si fueren cotizables, ó en caso contrario por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento.

⁴²⁷ Profesor de Derecho Privado de la Universidad de Turín.

⁴²⁸ **Monateri, P. G. Gayo, *el Negro: Una Búsqueda de los Orígenes Multiculturales de la Tradición Jurídica Occidental***, en “*La Invención del Derecho Privado*” de **Carlos Morales de Setién Ravina**, edit. Siglo del Hombre Editores, 1ª. ed. Bogotá 2006, págs. 172-173.

⁴²⁹ **Reveillout, Eugene, *La Créance et le Droit Commercial dans l'Antiquité***, edit. Ernest Lerroux, Paris, 1897, págs. II, 79 y 92.

si existe la lesión⁴³⁰, porque este ordenamiento habla de que existe un perjudicado, y por tal, al existir éste se configura la lesión; sin embargo, también es de considerarse e interpretarse, que en el ordenamiento mencionado se hace referencia a un sujeto perjudicado por otros elementos dañinos de la compra-venta, diferentes de la lesión, como lo pudiera ser el saneamiento por casos de evicción, y es por eso que se le otorga el derecho de acción contra daños y perjuicios, además de la acción penal que corresponda; o sea que, como no se presenta la lesión en la compra-venta por el desequilibrio entre las partes, pueden presentarse otros perjuicios que pudieran dañar a alguien sin sea una lesión.

Al tratar el lema de la lesión es importante no pasar desapercibido el concepto de excesiva onerosidad (*hardship*), expresado por los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Algunos estudiosos han querido equiparar este concepto al de lesión civil; sin embargo se considera que no existe entre estas figuras jurídicas tal similitud, ya que la excesiva onerosidad (*hardship*), no busca rescindir el contrato, ni anular la obligación; el principio a salvaguardar es la obligatoriedad del contrato; éste debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe a la parte obligada⁴³¹. Por otra parte, no se presenta en este caso un vicio de la voluntad, sino que lo se busca es no desproporcionar la utilidad de una parte y así alcanzar un equilibrio contractual comercial justo en la utilidad y en la correlativa pérdida.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en su sección segunda referente a la "excesiva onerosidad" (*hardship*), en su artículo 6.2.1, que trata de la obligatoriedad del contrato, expresa lo siguiente:

"Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre 'excesiva onerosidad' (hardship)".

Sin embargo, los Principios UNIDROIT prevén circunstancias sobrevenientes para llegar a considerarla existencia de una "excesiva onerosidad"; estas condiciones establecidas en el artículo 6.2.2 determinan que el equilibrio de la prestaciones contractuales han sido alteradas de una manera fundamental y por esa condición existe en caso de "excesiva onerosidad". Procede pues, la transcripción del artículo en mención:

"Hay 'excesiva onerosidad' (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación de una parte ha disminuido, y:

⁴³⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit. nota 397, págs. 428-431.

⁴³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, op. cit. nota 288, pág. 189.

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja".

Tal y como puede apreciarse en la existencia de "excesiva onerosidad" (*hardship*) no afecta la obligación de cumplir con el contrato, pero faculta a la parte en desventaja a reclamar la renegociación del mismo. Para estos efectos los Principios UNIDROIT señalan en su artículo 6.2.3 (*Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship)*), las condiciones de esta acción y los fundamentos de la misma, que se describen en la transcripción que a continuación se da:

- (1) En caso de 'excesiva onerosidad' (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de 'excesiva onerosidad' (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Entonces, se puede concluir en que conforme se manifiestan los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, la llamada "excesiva onerosidad" (*hardship*) no se constituye en una figura idéntica a la lesión, por no afectar la validez del contrato. Pero lo que se puede afirmar respecto a los Principios de que se trata, es que sí se contempla en ellos la figura de la lesión, estableciéndose en el capítulo 3, que es el referente a la validez de los contratos, donde en su artículo 3.10, determina la nulidad del contrato afectado por la excesiva desproporción que permite a una de las partes una ventaja excesiva para la otra. La nulidad del contrato por concepto de ventaja excesiva, según los Principios, es procedente si se constituyen las condiciones que detalla el texto del mencionado artículo que se transcribe:

- (1) "Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A Tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:
 - (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción

económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

- (2) *A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.*
- (3) *El tribunal también podrá adaptar el contrato o cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2)"*

El concepto de lesión que determinan los Principios UNIDROIT contienen los dos elementos que la doctrina establece para esta figura jurídica: el elemento subjetivo que califica la falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación, y el elemento objetivo que prevé la desproporción. Por lo que corresponde al elemento subjetivo los Principios no consideran a la extrema miseria⁴³², pero en lo correspondiente al elemento objetivo, que es la excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes en beneficio de una y deterioro de la otra, los Principios tienen condicionada su denuncia al momento de la celebración para su nulidad; además exige que el desequilibrio sea de tal magnitud que resulte escandaloso⁴³³.

Hay que analizar que el concepto de lesión insertado en los Principios UNIDROIT contraviene el concepto doctrinal de que en las obligaciones de carácter mercantil no existe lesión. Esta consideración tiene, según el profesor de contratos mercantiles Oscar Vasquez del Mercado, el motivo de que: *"...en el comercio no es adecuado crear inseguridad para los derechos, porque se entorpece y perturba la rapidez de las actividades y al originar la eficacia de una operación realizada, transforma o impide el encadenamiento económico de las operaciones sucesivas"*⁴³⁴. Sin embargo, los Principios UNIDROIT, posiblemente influenciados por el derecho civil, consideraron que los contratos comerciales internacionales, están afectado de nulidad⁴³⁵, por el efecto de la invalidez que produce el vicio en la voluntad, descrito como lesión. Sobre este aspecto, se puede verter la crítica de que el referido artículo 3.10 de los mencionados

⁴³² **Vasquez del Mercado Cordero, Oscar**, *Contratos Mercantiles Internacionales*, edit. Porrúa, 2ª. ed. México 2011, pág. 351.

⁴³³ **Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado**, op. cit. nota 288, pág. 111.

⁴³⁴ **Vasquez del Mercado, Oscar**, *Contratos Mercantiles*, edit. Porrúa, 6ª. ed. México 1996, pág- 208.

⁴³⁵ En este sentido, la posibilidad de rescisión del contrato por lesión es desechado, acertadamente, por la figura de la nulidad, concordando así por lo considerado en el artículo 17 del Código Civil Federal mexicano que determina la nulidad del acto y no como el Código de Comercio del mismo país, que en su artículo 385 acusa la no rescisión de las compraventas mercantiles por lesión.

Principios, tiene en su contra la misma deficiencia que el artículo 17 del Código Civil Federal y demás ordenamientos similares de otros códigos⁴³⁶, ya que no se determina el alcance de los adjetivos "*falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación*", y se presta a interpretaciones subjetivas; además, es poco aceptable que en contratos internacionales, que generalmente son entre empresas acreditadas en el medio comercial, se pueda nulificar un contrato por falta de habilidad en la negociación. Desde luego, que la consideración adecuada de los Principios sobre este aspecto de la desproporción de las prestaciones entre los contratantes, es la solución que presenta el supuesto de "excesiva onerosidad" (*hardship*) y no la que plantea la llamada lesión en los contratos comerciales internacionales.

1.4.- Los alcances de la utilidad

Una vez determinado el alcance de los conceptos de lucro, usura, codicia, avaricia e interés, resulta obligado determinar también el concepto de utilidad, la cual es una palabra que se deriva del latín "*utilitas -atis*", y que significa la cualidad de ser útil, o un provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de una cosa⁴³⁷. Sin embargo el concepto de utilidad, como ha venido cambiando de manera continua, presenta aspectos que implican consideraciones de mayor alcance; así, para Ferdinando Galiani⁴³⁸, era la "*capacidad de una cosa para procurarnos felicidad*"⁴³⁹; Jeremy Bentham⁴⁴⁰ la definió como: "*aquella propiedad de un objeto por la cual tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad*"⁴⁴¹, y al principio de utilidad como: "*el principio de la sociedad, de modo que logre 'la máxima felicidad para el mayor número posible'*"⁴⁴².

Es importante señalar que la concepción original de la doctrina utilitarista, en especial la expuesta por John Stuart Mills⁴⁴³, es una búsqueda de carácter eudemonista⁴⁴⁴, no de un hedonismo egoísta, sino de un hedonismo universalista que bien puede señalarse como antecedente de la doctrina del "Estado de bienestar"⁴⁴⁵; en tal sentido, el tratadista explica que: "*La moral utilitarista reconoce en los seres humanos la capacidad de sacrificar su propio mayor bien por el bien de los demás. Solo se niega a admitir que el sacrificio sea en sí mismo*

⁴³⁶ **Díaz Bravo, Arturo**, *Contratos Mercantiles*, edit. IURE, 8ª. ed., México 2005, pág. 148.

⁴³⁷ *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 334, t. II, pág. 2053.

⁴³⁸ Economista italiano (1728-1787).

⁴³⁹ **Sills, D. L.** op. cit. nota 97, Nicholas Georgescu-Roegen, t. 10, pág. 562.

⁴⁴⁰ Economista inglés, padre del utilitarismo (1748-1832).

⁴⁴¹ **Bentham, Jeremy**, *The Works of Jeremy Bentham*, edit. John Bowring, 1a. reimpr. Ed. 1838-1843, New York 1962, t. 1, pág. 1.

⁴⁴² **Sills, D. L.** op. cit. nota 97, Nicholas Georgescu-Roegen, t. 10, pág. 562.

⁴⁴³ **Mill, John Stuart**, *El Utilitarismo*, edit. Alianza, 2ª reimpr., Madrid 2007, pág. 66.

⁴⁴⁴ Doctrina moral socrática, por la que se considera a la felicidad, o la satisfacción espiritual duradera como el supremo bien. *Diccionario Enciclopédico U.T.H.A.*, op. cit. nota 310, t. IV, pág. 1063.

⁴⁴⁵ **Mill, John Stuart**, *Sobre la Libertad*, edit. Gernika, 4ª. ed. México 2000, pág. 89.

*un bien. Un sacrificio que no incremente o tienda a incrementar la suma total de la felicidad se considera inútil*⁴⁴⁶.

Con lo anterior, se tiene una concepción elaborada de la utilidad, pero son los economistas William Stanley Jevons⁴⁴⁷ y Vilfredo Federico Dámaso Pareto⁴⁴⁸, quienes identifican a la utilidad con el valor en uso, determinando así la concepción económica moderna de la utilidad y por lo que toca al valor en cambio, lo consideran como un dato de mercado, al que denominan poder adquisitivo⁴⁴⁹. Para Max Weber, la utilidad es aquella probabilidad (real o supuesta) concreta y singular de aplicación actual o futura, estimada como tal por uno o varios sujetos económicos, que se convierten en objeto de procuración porque las personas orientan precisamente su actividad económica en la estimación de esas utilidades como medios para sus fines, y que consisten en servicios prestados por las cosas o por los hombres, distinguiéndose así, los bienes, como cosas soportes de posibles utilidades objetivas, cualquiera que sea su especie; y los servicios, a las utilidades consistentes en una conducta activa del hombre⁴⁵⁰.

La teoría de la utilidad desarrollada por los anteriores pensadores, que parte del antiguo pensamiento griego, plantea que el problema del valor de las cosas observa dos elementos diferentes: la cualidad intrínseca del objeto valorado y la valoración subjetiva de su usuario⁴⁵¹; razón por la cual esta teoría simplifica considerablemente en la economía moderna la teoría de la demanda. Más, se puede decir que actualmente la utilidad es: *“una construcción científica que los economistas utilizan para comprender la forma en que los consumidores racionales dividen sus recursos limitados entre los bienes que les proporcionan satisfacción”*⁴⁵².

El concepto de utilidad es un factor importante en la economía racional, y como tal, es conveniente determinar los elementos de esta última:

- a. Una distribución planeada entre el gasto y el ahorro de las utilidades con que pueden contar los sujetos de la economía;
- b. Una distribución planeada, entre las varias posibilidades de aplicación de las utilidades disponibles, según su orden de importancia;
- c. Una obtención planeada de utilidades, cuyos medios de producción se encuentran dentro del poder de disposición del sujeto económico
- d. Una adquisición planeada de los poderes de disposición o de codisposición, sobre las utilidades que sus medios se encuentren a merced de poderes de disposición ajenos o de extraños, que en su concurrencia

⁴⁴⁶ Mill, John Stuart, op. cit. nota 442, pág. 65.

⁴⁴⁷ 1835-1882.

⁴⁴⁸ 1848-1923.

⁴⁴⁹ Sills, D. L. op. cit. nota 97, Nicholas Georgescu-Roegen, t. 10, pág. 567.

⁴⁵⁰ Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 50.

⁴⁵¹ Sills, D. L., op. cit. nota 97, , Nicholas Georgescu-Roegen, t. 10, págs. 562-563.

⁴⁵² Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D, op. cit. nota 104, pág. 82.

pueden dañar la propia provisión económica, mediante creación de formas de asociación con los poseedores de estas utilidades⁴⁵³.

Además del concepto de utilidad, se debe determinar el concepto de beneficio, que tiene una connotación diferente, porque los economistas indican que la definición más generalizada es que son la diferencia entre los ingresos totales y los costos totales⁴⁵⁴; otros se basan en la teoría de Frank Hyneman Knight⁴⁵⁵, en la que se considera al beneficio como un rendimiento residual obtenido por el empresario a consecuencia de la adopción en el presente de decisiones correctas que producen fruto en algún momento de un futuro incierto⁴⁵⁶. En este último concepto de mayor elaboración, se determina que el beneficio es una recompensa por el riesgo de la inversión, y lo que ordinariamente se conoce como beneficio son los rendimientos, las rentas y los salarios, bajo otra denominación.

En esta economía racional que se formó paulatinamente a través del desarrollo de la humanidad, el concepto de lucro que ha venido participando en la gestación y evolución del de utilidad y del de beneficio, tiene en su proporcionalidad una justificación referente al riesgo; y desde su inicio, el lucro ha sido proporcional al riesgo para ser aceptado como justo y equitativo. Es por eso que dice el refrán español: *"Según el derecho natural, debe sufrir el riesgo de la cosa el que tiene provecho de ella"*⁴⁵⁷; pero en sí, el refrán parte de la definición del riesgo como contingencia o proximidad dañina⁴⁵⁸, y de ella llega a la recompensa del provecho o beneficio por afrontarlo mediante decisiones adecuadas.

1.5.- La riqueza y el riesgo

En la economía racional objetivizada, la utilidad y el beneficio son el resultado de un cálculo correcto de las posibilidades de éxito en una decisión empresarial, ya pública, ya privada, lo cual incluye una especulación. Estos beneficios generan riqueza, que según Cantillon, *"En sí misma, la riqueza no es otra cosa que los alimentos, las comodidades, y las cosas superfluas que hacen agradable la vida"*⁴⁵⁹; con la anterior concepción se influyó en las subsecuentes definiciones hasta llegar a considerarla como la abundancia de bienes y cosas preciosas⁴⁶⁰; o en un concepto más técnico, el valor monetario neto (diferencia

⁴⁵³ Weber, Max. op. cit. nota 36, pág. 52.

⁴⁵⁴ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D, op. cit. nota 104, pág. 264.

⁴⁵⁵ Knight, Frank, *Risk, Uncertainty and Profits*, London School of Economics and Political Science Series of Reprints of Scarce Tracts in Economic and Political Science, edit. London School of Economics and Political Science, numb. 16, London 1921. Profesor de la Universidad de Chicago

⁴⁵⁶ Sills, D. L., op. cit. nota 97, B. S. Keirstead, t. 1, pág. 740.

⁴⁵⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. op. cit. nota 128, José de Jesús López Monroy, t. IV, pág. 2859.

⁴⁵⁸ Real Academia Española, op. cit. nota 122, t. II, pág. 1798.

⁴⁵⁹ Cantillon, Richard, *Ensayo sobre la Naturaleza del Comercio en General*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed. 2ª. reimpr., México 1996, pág. 13.

⁴⁶⁰ Diccionario Enciclopédico U.T.H.A, op. cit. nota 334, t. VIII, pág. 1309.

entre activos y pasivos) de los activos que se poseen en un momento dado del tiempo⁴⁶¹.

Actualmente tampoco se puede considerar a la riqueza como un sinónimo de dinero, porque éste es uno más de los muchos fetiches o expresiones simbólicas de la riqueza; de hecho, la riqueza puede comprar en ocasiones cosas que el dinero no puede adquirir⁴⁶², ya que la riqueza puede ser o ser monetaria; y en una concepción dinámica, también se define a la riqueza como "una acumulación de posibilidades"⁴⁶³; y esta última definición de riqueza concurre con un elemento característico del riesgo, ya que las constataciones del riesgo: "*se basan en posibilidades matemáticas e intereses sociales incluso y precisamente allí donde se presentan con certeza técnica*"⁴⁶⁴; es por tal que se ha determinado al riesgo como "*la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares*"⁴⁶⁵. Se puede entonces concluir que, tanto la riqueza, como el riesgo tienen elementos que se basan en posibilidades.

Es por lo anterior que la teoría de la sociedad del riesgo considera que la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos⁴⁶⁶. Cabe entonces el cuestionamiento: ¿Por qué la riqueza tiene esta vinculación con el riesgo? Se puede decir que en un primer sentido la generación de riqueza de origen agropecuario, industrial y comercial parte de algún grado de especulación que implica también algún grado de riesgo. La economía racional, como se ha observado en sus elementos, parte del concepto de utilidad; concepto estudiado que tiene una íntima relación con la especulación racional para decidir con acierto y, desde luego, el lucro. Bien, la economía racional de la modernidad se ha encaminado a la riqueza, porque la riqueza, además de su definición dinámica, tiene como objetivo intrínseco el colmar necesidades y deseos⁴⁶⁷. Lo cierto es que la humanidad tiene milenios produciendo riqueza; el primer sistema de riqueza, que consistió en un excedente económico, se creó en la prehistoria, cuando fue plantada (por una mujer, probablemente) la primer semilla y se organizó la agricultura; el segundo sistema correspondió a la revolución industrial; y el tercero a la actual era, que substituye los factores tradicionales de la producción industrial (tierra, mano de obra y capital) por el conocimiento cada vez más refinado⁴⁶⁸. Y para responder a la pregunta inicial se concluye que la riqueza va vinculada al cálculo especulativo y éste último al riesgo, y que el riesgo es un elemento que ha justificado al comercio lucrativo.

⁴⁶¹ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D, op. cit. nota 104, pág. 223.

⁴⁶² Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 42.

⁴⁶³ Zaid, Gabriel, "*La Riqueza como Problema*", "Reforma" Méx., secc. opinión, 25 abril 1999, pág. 26.

⁴⁶⁴ Beck, Ulrich, op. cit. nota 26, pág. 35.

⁴⁶⁵ Corsi, Giancarlo, Espósito, Elena y Baraldi, Claudio, *GLU Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, edit. Univ. Iberoamericana, 1ª. ed. 1ª. reimpr. México 2006, pág. 193.

⁴⁶⁶ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 25.

⁴⁶⁷ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 47.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, págs. 48-51.

De las consideraciones anteriores se puede observar que el riesgo es un factor de impulso económico porque es un punto de equilibrio con la especulación lucrativa. El inversionista es un especulador que pretende cubrirse en la confianza de sus cálculos basados en el sistema abstracto creado por la economía racional, donde el siguiente razonamiento es casi norma: *“En general, las personas prefieren mayor rendimiento, aunque también desean un menor riesgo, porque son adversos al riesgo. Esto quiere decir que quieren recibir mayores rendimientos para inducirlos a tener inversiones con mayores riesgos. En consecuencia no es de sorprender que, a la larga, las inversiones seguras como los bonos tengan menores rendimientos promedio que las inversiones riesgosas”*⁴⁶⁹. Entonces, una vez más se concluye con Luhmann que se ha concebido al riesgo como una justificación de la ganancia empresarial por medio de la función de absorción del margen de incertidumbre⁴⁷⁰

Ahora los sociólogos indican que se han presentado nuevos conceptos del riesgo provenientes del progreso industrial y mercantil, que se vienen a integrar como electos de la expansión capitalista como lo son las inversiones en ecología, en seguros, en previsiones y prospectivas, en mantenimiento y revisiones periódicas; todas estas circunstancias han llegado a constituir lo que se ha llamado “la sociedad del riesgo”. Esta sociedad del riesgo que plantean los sociólogos Luhmann, Beck y Tourraine es catastrofista⁴⁷¹, pues la ganancia de poder del progreso técnico-económico se ve amenazada cada vez más por la producción de riesgos⁴⁷²; pero a su vez, es un factor de impulso económico del primer rango, ya que los riesgos de la modernización se han convertido en un gran negocio⁴⁷³.

Aquí habría que determinar el alcance del término de “riesgos económicos”, considerándose por Luhmann que estos riesgos solamente pueden razonarse a *“aquellos que tienen que ver con diferencias temporales en la utilización del dinero, es decir, sobre todo los riesgos de inversión y de crédito”*⁴⁷⁴; porque se trata de que existe un riesgo de que los pagos esperados no se cumplan, lo cual distingue esta situación de la que se presenta con las malas cosechas en la agricultura y las fallas de la producción en la industria se consideran peligros, a menos que se considere que hubo una inversión equivocada de capital y trabajo, que de haberse enfocado en otro aspecto sería lucrativo. Por lo tanto, para Luhmann y otros sociólogos del riesgo, el problema de riesgo de la economía es estrictamente un problema económico del dinero. Esto sucede porque el dinero es el medio de comunicación cambiaria de la economía generalizado simbólicamente⁴⁷⁵, que por su condición de renovación operativa económica (propia de su calidad cambiaria), habilita a

⁴⁶⁹ Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., op. cit. nota 104, pág. 502.

⁴⁷⁰ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 28, pág. 45.

⁴⁷¹ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 30.

⁴⁷² Ibidem., pág. 19.

⁴⁷³ Ibidem., pág. 29.

⁴⁷⁴ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 28, pág. 229.

⁴⁷⁵ Corsi, Giancarlo, Espósito, Elena y Baraldi, Claudio, op. cit. nota 464, pág. 193.

la economía para correr riesgos, e incluso, ponerse en peligro⁴⁷⁶ en una operación y después de realizarla operar sin memoria como si el dinero fuera nuevo, para volver a correr riesgos y peligros. De hecho, la economía global se puede considerar como un inmenso emporio de riesgos, ya que conlleva el riesgo de la no reconstrucción de la capacidad de pago⁴⁷⁷.

Y es en este punto en donde se puede observar el sistema que la propia economía global ha creado para el manejo de los riesgos. El primer subsistema de la economía que habría que destacar sería el llamado sistema bancario, el cual mantiene una metodología interna del manejo de los riesgos⁴⁷⁸; en segundo término, el sistema de seguros para resarcirse de una imprevisión; además se debe considerar como subsistema para el manejo de riesgos, el propio sistema jurídico de recuperación de créditos, con las limitaciones de su fracaso ante la insolvencia; y también se puede considerar como parte del sistema de manejo de riesgos, la intervención del Estado mediante el Banco Central tomando medidas que contengan los riesgos incontrolables por la simple actividad financiera y otras desviaciones económicas. Pero, por otra parte, la infraestructura económica del sistema bursátil *“ofrece una gama de opciones para la compensación de los riesgos, que comprende bonos de alto rendimiento, capital de riesgo, fondos de inversión inmobiliaria y fondos que igualan las prestaciones de los índices de la Bolsa”*⁴⁷⁹; en este mercado de capitales es donde la especulación no tiene límites definidos pudiéndose alcanzar elevados rendimientos, pero se corren riesgos importantes porque en esta infraestructura se mantiene un sistema con bajos controles de las fluctuaciones del mercado.

Estas afirmaciones llevan a determinar la realidad de la llamada “sociedad del riesgo”, pudiéndose señalar que si bien, ésta es catastrófica, esa característica tiene una concepción generalizadora que se refiere al valor seguridad de lo esencial, razón por la cual no se plantea una sociedad de clases con derivaciones ideológicas; porque todos los estratos socioeconómicos están afectados por el riesgo y esta circunstancia obliga globalmente a la humanidad a organizarse ante los riesgos globalizados.

Si bien es cierto que los riesgos en la modernidad industrial se han trasladados de la zonas desarrolladas a las subdesarrolladas, la verdad es que la sociedad del riesgo al tener un “efecto de rebote”, este se devuelve hacia las zonas desarrolladas que en la globalización no quedan inmunes de los fenómenos que se extienden más allá de las fronteras y de los estratos socioeconómicos. Es por eso que la sociedad del riesgo mediante una toma acertada de decisiones también brinda la oportunidad de encontrar y activar

⁴⁷⁶ El riesgo se distingue del peligro, en que en el riesgo, se toman decisiones dentro de un sistema, que puede prever el daño; en el peligro existe una posibilidad de daño, sin importar la toma de decisiones. **Corsi, Giancarlo, Espósito, Elena y Baraldi, Claudio**, op. cit. nota 464, pág. 193.

⁴⁷⁷ **Luhmann, Niklas**, op. cit. nota 28, pág. 233.

⁴⁷⁸ **Ibidem.**, pág. 239.

⁴⁷⁹ **Toffler, Alvin y Heidi**, op. cit. nota 62, pág. 358.

más igualdad, libertad y capacidad de autoconstrucción de lo que promete la modernidad⁴⁸⁰.

También hay que hacer el planteamiento de la necesidad de llegar a entender o interpretar la posmodernidad actual como una redirección o reenfoque de la sociedad del riesgo que se deslinde de la postura inicial catastrofista presentada por la industrialización. Esto no deja de ser esperanzador, porque como ya se ha señalado, el riesgo y la riqueza también contienen en sus elementos posibilidades que pueden concurrir y transformarse mediante decisiones acertadas en sistematizaciones efectivas sobre el manejo de los riesgos.

Como indicación a la temática jurídica, cabe agregar que la teoría del riesgo con elemento de análisis, causa y justificación de la teoría del lucro, tiene su base de reflexión en la teoría jurídica mercantil del realismo socioeconómico porque no se puede afirmar que se tenga referencia alguna en el iusnaturalismo, o en un positivismo jurídico que está distante de la problemática expresada.

2.- La mercantilización jurídica.

2.1.- La sociedad se comercializa.

Resulta que la globalización económica ha venido a agudizar el sentido comercial de la sociedad. Esta circunstancia se explica porque con posterioridad a la segunda guerra mundial se produjo una explosión demográfica, que, aunada a la conceptualización moderna del Estado de bienestar y a las nuevas tecnologías, hizo expandir de manera extraordinaria el intercambio comercial, que se apoyó en una producción masiva de artículos varios, de los que algunos son considerados de confort, e incluso de lujo.

Cabe añadir a estos factores básicos que aceleraron las condiciones del comercio y del consumo extensivo, que, desde los años veintes del siglo XX, a pesar de la crisis económica y la primera guerra mundial, se dio inicio a posturas consumistas en la sociedad moderna que se identificaron como frívolas, posturas que fueron difundidas por personajes notables, artistas e intelectuales, y que fueron extendidas por los medios masivos de comunicación, en especial la radio y la cinematografía; y que con el fin de la segunda guerra mundial en los Estados Unidos de América se conllevó a un incremento productivo de artículos de consumo, que impulsado por el acceso masivo al crédito, exacerbó el consumo de estos artículos hasta llegar a una manera que se calificaría de hedonista⁴⁸¹. La juventud norteamericana y la europea occidental de la posguerra (cincuentas y sesentas) ante el peligro de una nueva devastación mundial fue afectada por filosofías existencialistas y era acusada por sus padres y los adultos de entonces de gastar más que la nobleza. Antes de este fenómeno consumista, para adquirir algún bien, se tenía que ahorrar, pero con el acceso al crédito de consumo, se

⁴⁸⁰ Beck, Ulrich, op. cit. nota 27, pág. 287.

⁴⁸¹ Lipovetsky, Gilles, *La Era del Vacío*, edit. Anagrama, 6ª. ed. Barcelona 2008, pág. 84.

podieron obtener los artículos necesarios, y también los superfluos; sin embargo, la gran explosión del capitalismo se precipita con el derrumbe del comunismo soviético y el ascenso del culto chino a la riqueza. El consumo hedonista de la sociedad globalizada se ha convertido en uno de los motores económicos de la posmodernidad.

Estas características económicas de la globalización, es claro que afectan el mundo jurídico mercantil y desde luego al contexto del derecho privado. Por lo anterior, el ámbito del derecho civil, como rama del derecho privado, se ha especializado esencialmente en el derecho del estado civil de las personas, en el derecho de la familia y en el derecho sucesorio; pero por lo que toca al derecho patrimonial privado, este ámbito específico se ha transformado comercializándose, y como consecuencia de esta transformación, se han venido reduciendo las actividades patrimoniales estrictamente civiles.

Resulta evidente que las relaciones comerciales al globalizarse han desarrollado una serie de condiciones que se han homogeneizado exigiendo formas y metodologías propias, desplazando a otras mismas que pierden vigencia en las nuevas prácticas mercantiles; así, los contratos patrimoniales mercantiles van desplazando a los esencialmente civiles y las operaciones de crédito bancarias desplazan, a su vez, a las de carácter privado. Esto sucede porque la transformación de la sociedad, en especial de la economía, ha tornado irreconocible a los elementos clave del capitalismo, desde la propiedad, el capital, los mercados y hasta el dinero⁴⁸².

Al agregarse como factor de la producción al conocimiento, el desarrollo de la sociedad se va nutriendo, cada vez más, en aspectos abstractos, la sociedad va tomando mayor liquidez y abandona las formas sólidas⁴⁸³. El derecho en sí es un elemento abstracto.

En este punto cabe recordar que siguiendo el método filosófico de la lógica aristotélica desarrollado en el silogismo y la demostración⁴⁸⁴ para prudentemente interpretar las normas jurídicas y aplicarlas, los juristas romanos logran, en su momento, establecer un sistema lógico normativo para regular, interpretar, aplicar y estudiar la universalidad del Derecho otorgándole la expresión de *scientia iuris*⁴⁸⁵; lo anterior reafirma que la ciencia jurídica está fundamentada en conceptos abstractos por haberse creado de conformidad con la metodología racional con que se inventó la filosofía; y por tal, su estructura es abstracta y líquida según Bauman. La abstracción jurídica es referida a sujetos y objetos, mediante una relación, que se sustenta en razonamientos, mismos que con la nueva etapa de la sociedad se han venido a desarrollar en conocimientos expresados cibernéticamente.

⁴⁸² Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 349.

⁴⁸³ Bauman; Zygmunt, op. cit. nota 15, 2006, pág. 122.

⁴⁸⁴ Aristóteles, *Tratados de Lógica (Organon), Primeros Analíticos y Segundos Analíticos*, edit. Porrúa 11ª. ed. México, 2004. págs. 87-300.

⁴⁸⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, edit. U.N.A.M. 3ª. ed. México, 2004, págs. 98-99.

Por ejemplo, el derecho de propiedad en esta nueva era es expresado mediante sistemas de información y registro, en su mayoría cibernético, que determina la existencia material de la propiedad y el ejercicio de este derecho por determinado individuo; sin estos elementos, el derecho de propiedad no podría ser reconocido y ejercido de la forma globalizada en que actualmente se ejerce. Además, estos sistemas de información cibernética, pueden convertir a la propiedad en capital⁴⁸⁶ y de esa forma se pueden realizar operaciones de crédito y transacciones comerciales de manera abstracta reflejadas en mercancías y capitales. En otras palabras, el sistema de información global ha brindado al derecho la capacidad de agilizarse y extender su campo operativo a un nivel inimaginable en comparación a unas décadas atrás.

El derecho de propiedad referido a un objeto tangible, además de lo abstracto de la norma en sí, tiene, en esta posmodernidad o "tercera ola", un gran contenido de intangibilidad en su parte operativa. Tiene como medio de acción las operaciones comerciales electrónicas, por las que se realizan innumerables contratos mercantiles, los sistemas de control y registro de todas estas operaciones, que documentan cibernéticamente los actos de comercio y los elementos jurídicos que los mismos conllevan, y tienen los aspectos jurídicos registrales de los derechos de propiedad, uso, goce, y sus derivaciones y correlaciones, así como las transmisiones totales y parciales de los mismos.

Esta nueva condición a que la globalización y la tecnología posindustrial han llevado al mundo de las operaciones comerciales ha venido a impactar al Derecho Mercantil obligando a los tratadistas a revisar la teoría del acto de comercio.

3.- Los actos de comercio.

3.1.- La teoría del acto de comercio.

En esta teoría, Ageo Arcángeli⁴⁸⁷ considera actos llamados absolutamente mercantiles a los así establecidos por arbitrio de la ley, mismos que como actos derivados exclusivamente del derecho positivo⁴⁸⁸, mantienen por su limitación legal la necesidad permanente de actualización a las transformaciones socioeconómicas que presenta la realidad comercial, razón por la cual los tratadistas tuvieron que categorizar en la clasificación de los actos de comercio una variable que explicara la actuación mercantil más allá de la inmovilidad que el positivismo jurídico daba a estos actos al presentar una relación de actividades económicas⁴⁸⁹ sin análisis de su condición y menos aún, sin estudio doctrinal sobre la naturaleza esencial de dichos actos, y así aparecieron las consideraciones

⁴⁸⁶ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 350.

⁴⁸⁷ Arcangeli, Ageo *Los Actos de Comercio*, edit. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1942, pág.11.

⁴⁸⁸ Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, México, 1996, pág. 62.

⁴⁸⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 23ª. ed. México, 1998, T I, pág. 29.

doctrinales necesaria para explicar los actos mercantiles de mercantilidad condicionada⁴⁹⁰ y los actos accesorios y conexos⁴⁹¹; además, se ha tenido que realizar una tesis especial para contextualizar en la ley a los llamados actos de comercio mixtos⁴⁹², sin que a la fecha se haya realizado un análisis doctrinal que complete el alcance de estos actos mercantiles en donde en la bilateralidad del acto, un sujeto pertenece a una categoría subjetiva jurídica y el otro a otra, incluso de diferente troncal o rama del derecho; es decir, en donde una persona de derecho mercantil, un comerciante, contrata con otra persona de derecho civil, un sujeto no comerciante, o con el Estado; y a consecuencia de esto, se constituye un acto de comercio mixto⁴⁹³. Esta reflexión jurídica explica que los actos de comercio tienen como motivo actividades económicas que los individuos realizan en esquemas y formas variadas en las disposiciones jurídicas o en los usos y acuerdos comerciales, incluidos los conocidos como “*extra legem*”, o no considerados por la ley.

En el estudio de la gran variedad de los actos de comercio de mercantilidad condicionada, accesorios y conexos, o mixtos, se encuentran un sinnúmero de operaciones comerciales en que se ha desarrollado la actividad económica de la posmodernidad. Los sectores de la economía que definió la revolución industrial, son a saber: la actividad primaria, agricultura, ganadería, piscicultura y demás, así como la explotación forestal; la actividad secundaria especificándose como la industrial; y la actividad del tercer sector económico que es el comercial y de servicios; todas ellas han tenido transformaciones. La masificación de la producción, el consumo y de la intermediación han roto los esquemas clásicos; la actividad comercial no solamente se entiende como propia del sector terciario de la economía, sino que también se le ha incluido en los productores y consumidores que han mutado su concepto original de sujetos encasillados a una metodología comercial tradicional donde el consumidor era receptivo de la acción de un intermediario que mantenía al productor un tanto lejano; ahora, con la tecnología electrónica el contacto es múltiple y directo entre todo tipo de agente económico y el consumo de bienes y servicios está interrelacionado con operaciones comerciales diversas y complejas. A esta nueva forma de interrelación comercial entre sujetos económicos, algunos sociólogos como Toffler los ha denominado “*prosumidores*”⁴⁹⁴, tratando de unir el concepto de productor y consumidor en un solo sujeto económico⁴⁹⁵, ya que en la actualidad, la actuación comercial de las personas mediante el uso de computadoras personales, es posible especificar la demanda y producción de productos especiales que son diseñados prácticamente por el consumidor; o que la interacción mediante la comunicación electrónica el consumidor de servicios, por ejemplo los bancarios, telefónicos, televisión por cable, alimentos, medicamentos, lavado de ropa y otros varios productos entregados a domicilio y

⁴⁹⁰ Mantilla Molina, Roberto, op. cit. nota 487, 1996, pág. 61.

⁴⁹¹ Barrera Graf, Jorge, op. cit. nota 322, pág. 73.

⁴⁹² El Artículo 1050, del Código de Comercio mexicano, y sus ordenamientos similares en la legislación escrita de otros países.

⁴⁹³ Garrigues, Joaquín, op. cit. nota 313, tomo I, pág. 158.

⁴⁹⁴ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 221.

⁴⁹⁵ Toffler, Alvin, op. cit. nota 9, pág. 345.

demás, se pueden realizar de manera automática sin dependientes directos de la negociación comercial con el cliente, solamente por medio de programas de selección del consumidor. Toffler explica que con la globalización y la tecnología de comunicación electrónica, los consumidores interactuando con empresas, han tenido acceso a un diseño específico del producto que van a consumir convirtiéndose en cierta forma en también productores. Pero también estos "prosumidores" desarrollan actividades económicas de importancia en la economía, solamente que éstas no tienen un afán de lucro, como lo pueden ser las actividades que realizan las asociaciones o agrupaciones no lucrativas o de beneficencia integradas por personas que han decidido tomar acciones de solidaridad social trabajando como servicio y formando verdaderas empresas que realizan actos económicos de cambio y trueque sin lucrar⁴⁹⁶.

También los contratos mercantiles han venido transformándose de manera que se multidimensional en una sola operación comercial que compacta a varios contratos. Por ejemplo, los contratos de compra-venta de mercancías de amplios volúmenes han evolucionado por motivos de seguridad comercial en el pago y entrega de la mercancía y están realizándose en tres dimensiones jurídicas dentro de una sola operación; se lleva a cabo una compra-venta que además de especificar las condiciones propias del contrato en objeto y costo, se desarrolla una operación de crédito consistente en una carta de crédito o crédito documentario interbancario como forma de pago y se acuerda un uso comercial denominado "incoterm" como forma de transporte y entrega del producto acordada en el precio⁴⁹⁷. También se puede mencionar la evolución en las operaciones bancarias que las ha llevado a ser complejas, que implican depósitos, créditos y servicios interrelacionados como lo es la llamada "mesa de dinero", que incluye un depósito de dinero o títulos fungibles retirables a la vista, y también un depósito a plazo fijo, un depósito de títulos en administración, una inversión bursátil y un mandato bancario para invertir en un fideicomiso⁴⁹⁸, de acuerdo con el buen criterio profesional del banco y las instrucciones del cuentahabiente. Y no hay que olvidar las múltiples operaciones "micro", realizadas electrónicamente, o por teléfono, donde se paga mediante transferencias electrónicas de fondos contenidos en tarjetas de crédito, o depósitos bancarios, que amenazan con desplazar al cheque como instrumento de pago.

Todos estos actos comerciales se están estudiando doctrinalmente con los conceptos que la codificación divisional del derecho privado legó Francia a los juristas en el sistema romano-germánico a consecuencia de la promulgación del Código Civil en 1804 y del Código de Comercio, que entró en vigor en 1808, cuya objetivización positivista decretó a los actos de comercio por arbitrio de ley. De la condición objetiva con se observó a los actos de comercio, se pretendió superar el subjetivismo jurídico de los mismos actos que había prevalecido en las

⁴⁹⁶ Toffler, Alvin y Heidi, op. cit. nota 62, pág. 223-224.

⁴⁹⁷ Bustamante Morales, Miguel Ángel, *Los Créditos Documentarios*, edit. Trillas, 2ª. ed. México 2000, pág. 16.

⁴⁹⁸ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, edit. Harla, 9ª. ed., México 1995, pág. 299.

legislaciones europeas, desde la caída del imperio romano de occidente, conforme al cual, los actos de comercio eran considerados simplemente como los que realizaban en serie o en masa, los sujetos de las normas y leyes comerciales, es decir, los comerciantes. Esta definición era congruente con la tónica de la necesidad de crear una normatividad especial para los comerciantes; y fue por tal motivo que el Código de Comercio alemán de 1897, consideró la conveniencia de tomar como base del acto de comercio el subjetivismo y en su artículo 343 expresó: *“Actos de Comercio son todos los actos de un comerciante que pertenezcan a la explotación de su industria mercantil”*⁴⁹⁹. Similar circunstancia sucede con el Código de Comercio austriaco. Desde luego que esta postura influyó en una conocida definición del acto de comercio⁵⁰⁰ de varios tratadistas como Heck y Wieland en Alemania, Mossa en Italia y Rodríguez Rodríguez en México, que expresaron que los actos de comercio son actos realizados en masa por empresas⁵⁰¹.

Ante las circunstancias doctrinales expuestas es importante recordar la conclusión de Arcangeli al mencionar la existencia de dos sistemas lógicamente posibles para definir cuáles son los actos mercantiles, señalando a la definición y a la enumeración. Por su parte Vivante se adhirió al sistema de la enumeración afirmando que: *“No es posible dar una definición única de los actos heterogéneos que se reúnen bajo el nombre de ‘actos de comercio’, por influencias históricas o por razones de interés jurídico común; ni tienen el propósito de ser intermediarios entre productores y consumidores, que falta a muchos de ellos; ni el propósito de la especulación, que se encuentra tan sólo en alguna clase de negocio”*⁵⁰². También Arcangeli toma el anterior criterio en su afirmación: *“Si embargo, cada vez que el legislador ha intentado dar tal definición ha debido renunciar a ello, por la imposibilidad en que se encuentra de comprender en una noción sintética y general todos los actos de comercio que tenía intención de declarar mercantiles, y ha seguido el sistema de la enumeración”*⁵⁰³.

Sin embargo, otros juristas afirman que se debe intentar el primer sistema de la definición para obtener claridad doctrinal. Alfredo Rocco⁵⁰⁴ busca una definición al expresar que: *“el acto de comercio comprende todo acto de interposición, sea cualquiera el objeto de cambio: mercancías, títulos, predios rústicos y urbanos, trabajo, riesgos”*⁵⁰⁵.

3.2.- Una definición del acto de comercio.

⁴⁹⁹ Garrigues, Joaquín, op. cit. nota 313, pág. 142.

⁵⁰⁰ Barrera Graf, Jorge, op. cit. nota 322, pág. 83.

⁵⁰¹ Díaz Bravo, Arturo, *Derecho Mercantil*, edit. Iure, México, 2002, pág. 28.

⁵⁰² Vivante, Cesar, *Instituciones de Derecho Comercial*, edit. Reus, trad. Ruggero Mazzi, Madrid, 1928, pág. 29.

⁵⁰³ Arcangeli, Ageo, op. cit. nota 486, pág. 8.

⁵⁰⁴ Profesor de Derecho Mercantil de las Universidades de Parma, Urbino y Macerata.

⁵⁰⁵ Rocco, Alfredo, op. cit. nota 330, pág. 195.

Ahora bien, dada la insuficiencia doctrinal del positivismo jurídico para explicar la esencia del acto de comercio, y lo relativo y unilateral de la postura subjetivista para la misma razón, considerando que el Derecho Mercantil, según Garrigues⁵⁰⁶, posee una metodología propia de investigación consistente en la observación técnica económica, se puede, incluso, llegar a más en la búsqueda de la esencia de estas actividades económicas comerciales aplicando el realismo socioeconómico como método jurídico y **conceptuar al acto de comercio en general, como una actividad patrimonial de las personas que se les vincula en la gestión económica racional de acciones de cambio y de utilidad económica, que motivan relaciones que pueden llegar a regirse jurídicamente y pasar de un uso comercial a un acto jurídico de comercio.**

Este último punto tiene importancia porque distingue el realismo socioeconómico del acto de comercio en general, del acto jurídico de comercio y el hecho jurídico mercantil⁵⁰⁷. Así, el acto de comercio puede ser reconocido, o no, por el derecho mercantil y encontrarse, o no, en el catálogo de actos jurídicos mercantiles tipificados como actos de comercio. Todo esto sucede porque el acto de comercio existe en la realidad socioeconómica y la doctrina socioeconómica y jurídica lo conceptúa como tal por su naturaleza intrínseca, independientemente de que dicho acto haya sido regulado por el Derecho.

Ahora bien, cuando la norma jurídica regula un acto de comercio, este se puede considerar por la doctrina jurídica un hecho jurídico mercantil, o un acto jurídico de comercio; razón por la cual, el propio Rocco hace esta distinción entre hechos jurídicos mercantiles, en los que no interviene la voluntad humana para crear consecuencias de Derecho y actos de comercio, en los cuales la voluntad humana se proyecta en la realización de las consecuencias de Derecho⁵⁰⁸. Para completar esta idea, se puede afirmar que el acto jurídico de comercio es una gestión económica racional de cambio y utilidad.

Un elemento importante del acto de comercio es que es una acción relacionada con el patrimonio de las personas jurídicas, sean estas de derecho privado, público o social. En efecto, el acto de comercio es una actividad de carácter patrimonial, porque el patrimonio es un atributo de la personalidad de los sujetos de derecho que lo realizan, y, desde luego, que el acto de comercio es un acto económico que reconoce el derecho. En este punto surge un elemento de análisis al observarse que el acto de comercio no solamente tiene por sujetos a comerciantes profesionales, sino que sus sujetos son personas jurídicas que sostienen vínculos económicos variados y no necesariamente de lucro.

Se puede afirmar que los actos de comercio son actos de "gestión económica", respecto de la cual, Max Weber presenta esta definición: "*Se llama 'gestión económica' a un ejercicio 'pacífico' de poderes de disposición,*

⁵⁰⁶ Garrigues, Joaquín, op. cit. nota 313, t. I, pág. 44.

⁵⁰⁷ Rocco, Alfredo, op. cit. nota 330, págs. 213-218.

⁵⁰⁸ *Ibidem.*, pág. 213-218.

*orientado en primer término económicamente y ella será "racional" cuando discorra con arreglo a un fin racional, o sea con arreglo a un plan*⁵⁰⁹.

La anterior definición, es de carácter general y expresa que todos los procesos y objetos de la misma son económicos, y no debe de partir de las "necesidades de consumo" y su "satisfacción"; sino que ciertas utilidades son deseadas, y que este deseo se intenta satisfacer mediante alguna procuración determinada. Así, la gestión económica implica una *orientación subjetiva y primariamente económica*. La gestión económica tiene como característica el *poder dispositivo*, ya que la economía lucrativa se realiza mediante contratos de cambio, o sea, de adquisiciones planeadas de poder de disposición.

Ahora bien, el concepto de cambio se entiende como toda oferta basada en un pacto formal y libre; oferta de utilidades de cualquier clase, actuales, continuas presentes, futuras, contra determinadas contraprestaciones, cualquiera que sea la especie de éstas⁵¹⁰. En este sentido, el cambio se entiende solamente como uno de los medios económicos más importantes de la gestión económica. Además, el cambio puede ser convencional o racional; este último solamente es posible cuando ambas partes se benefician.

Se consideran utilidades aquellas probabilidades concretas y singulares de aplicación actual o futura, estimadas como tales por uno o varios sujetos económicos, que se convierten en objeto de procuración porque estos sujetos buscan esas utilidades como medios para sus fines. Las utilidades pueden consistir en servicios prestados por las cosas o en servicios prestados por el hombre; se consideran "bienes" a las cosas soporte de posibles utilidades objetivas, cualquiera que sea su especie, y "servicios" a las utilidades consistentes en una conducta humana activa⁵¹¹. Las utilidades conceptuadas de esta manera tienen especial importancia porque el comercio está considerado como acciones de cambio de bienes y servicios, o sea, de utilidades.

Aquí, es importante buscar la definición de comercio. La palabra latina "*commercium-ii*", derivado de "*cum*", con y "*merx-cis*", mercancía, significa tráfico, negocio y comercio⁵¹²; y la palabra comercio expresa: negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías⁵¹³; tiene también un significado que constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza⁵¹⁴. Para el jurista italiano Alfredo Rocco el concepto económico de comercio consiste en una mediación en el cambio⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ Weber, Max, op. cit. nota 36, pág. 47.

⁵¹⁰ *Ibidem.*, pág. 54.

⁵¹¹ *Ibidem.*, pág. 50.

⁵¹² Blánquez, Agustín, op. cit. nota 40, pág. 119.

⁵¹³ Real Academia Española op. cit. nota 122, t. I, pág. 517.

⁵¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, edit. UNAM, Santa Fe, 2006, Jorge Witker y Miguel Acosta Romero, t II, pág. 339.

⁵¹⁵ Rocco, Alfredo, op. cit. nota 330, pág.195.

Al pretender una definición conceptual general del acto de comercio como gestión económica racional, dentro de la cual se incluyen los conceptos de cambio y utilidad, se abarcarían todas las posibilidades y vinculaciones consideradas dentro de la propia gestión económica y, por consecuencia, se elimina la clasificación de actos de comercios absolutos, relativos, accesorios y conexos, porque al referirse al concepto general de comercio como gestión económica racional, no se tiene la delimitación que el derecho positivo le da al acto de comercio al enumerar los actos de comercio indicados en el listado que la mayoría de los Códigos de Comercio actuales derivados del Código de Comercio napoleónico vigente desde 1808, han determinado como esencialmente mercantiles, o absolutamente mercantiles, atendiendo exclusivamente a su carácter jurídico positivista, que se inició con el artículo 18, del título II, referente a la competencia de los tribunales de comercio, del libro IV, relativo a la jurisdicción comercial⁵¹⁶.

Por otra parte, los actos de comercio doctrinalmente llamados esencialmente mercantiles parten de la concepción del acto de comercio como gestión económica racional y del seguimiento del método del realismo socioeconómico, que se ajusta a la doctrina jurídica que distingue a los actos jurídicos esencialmente civiles de los actos esencialmente mercantiles, partiendo de la orientación propia de cada materia; de tal forma, que los actos jurídicos que tratan sobre el estado civil de las personas, sobre la familia, sobre las sucesiones, serán esencialmente civiles⁵¹⁷; ya que la esencialidad de los actos de comercio derivada de una concepción positivista es arbitraria. Atendiendo a las críticas en este sentido, el Código de Comercio español abandonó el mencionar un listado de actos de comercio y en su artículo segundo expuso: *"Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga"*⁵¹⁸.

En este sentido, es importante indicar que los actos jurídicos patrimoniales en la actualidad globalizada se han comercializado, y que las distinciones que se realizan para determinar la compra-venta civil de la mercantil, tiene un lindero conceptual en la teoría jurídica difícil de determinar, que no cubre con claridad el rigor doctrinal exigido, porque el decir que existe una compra-venta en la que no se presenta utilidad, o en la que no hay reventa y con las condiciones de que ésta sea contemporánea y reconocible⁵¹⁹, es poco realizable en la práctica

⁵¹⁶ **Napoléon**, "Code de Commerce" *D'une table alfabétique et des matières*, edit. Chez George Voss, Dessau et Leipsig, 1808, pág. 288. **Nota.** También se encuentra en <http://books.google.com> 19 IX 2009.

⁵¹⁷ **Arcangeli, Ageo**, op. cit. nota 486, pág 61.

⁵¹⁸ <http://lex.com.es/>

⁵¹⁹ Vivante al respecto de la reventa dice: *"Lo que distingue esencialmente la compra comercial de la civil es la intención del comprador de vender o alquilar la cosa comprada; el cambio del dinero*

económica, ya que en el cambio o circulación de los bienes, cuando no son consumibles, siempre al final se presenta la utilidad; posiblemente la utilidad no se obtenga de forma inmediata, o incluso tampoco de manera mediata; por eso, para evitar la posibilidad de que una utilidad llegara a existir, se consideró la figura de la donación. Y por tal, resulta cierto que, en la compra-venta, al poner en circulación un bien, en algún momento futuro, éste tendrá que ser objeto de una operación de cambio referida a un valor de cotización en el mercado; esto se debe a que los bienes tienen una utilidad intrínseca en su existir útil.

Por otra parte, cuando la compra-venta es de un bien fungible o consumible, una de las partes es un comerciante, dando lugar a un acto de comercio mixto. Entonces, la compra-venta sin utilidad en el cambio es un sofisma, y la compra-venta civil queda en una hipótesis abstracta sin realidad.

Por lo que toca al préstamo, resulta claro que también existe una utilidad que puede ser no referida al precio de mercado, lo cual es extraño, pero no teóricamente imposible; y al igual que en la compra-venta, para el caso de los bienes no fungibles, se consideró una figura gratuita que en este caso es el comodato; sin embargo, en los préstamos onerosos, la expansión de la mercantilización del acto resulta aplastante, quedando los llamados préstamos civiles como una posibilidad hipotética poco realizable. De por sí, las aperturas de crédito de carácter privado (no bancario), que desde luego se presentan de manera común en la vida comercial contemporánea, en su volumen han sido superadas por las aperturas de crédito bancarias, ya que las instituciones de crédito han venido a desplazar como acreditantes a las empresas comerciales privadas, que inicialmente otorgaban de manera directa los créditos simples o en cuenta corriente al consumo.

Es de hacerse notar que en el préstamo no se da lugar a la existencia de actos de comercio mixtos, pero es en este punto en donde la dogmática positivista ha limitado doctrinalmente al realismo socioeconómico de los actos de comercio, ya que en materia de arrendamiento de inmuebles el acto no se considera mercantil, quedando la posibilidad de que el acto llegara a ser mixto; todo esto de acuerdo con los artículos 75, fracción I⁵²⁰ del Código de Comercio

por la mercancía que verifica el comprador debe ser realizado con el propósito de añadir un cambio a la cadena de cambios". Además añade: "Hace falta que la intención de revender sea 'contemporánea' a la adquisición; de donde resulta que el acto sigue siendo comercial". Y complementa: "La intención de revender, propia del comprador, debe ser reconocible por el vendedor". Ante tales condiciones doctrinales para determinar la mercantilidad de la compra-venta, lo cual es por demás excesivo y poco usual, Vivante concluye en que la especulación de lucro no es un elemento decisivo para determinar la mercantilidad del acto de comercio, y así lo expresa: "La doctrina que pretende introducir el elemento esencial de la especulación en la compra-venta mercantil es contradicha por el texto legal y carece de todo apoyo en las normas generales seguidas por el Código de Comercio; se debe abandonar este elemento, ya que solo podría mantenerse gracias a una tradición abandonada por el legislador". Vivante, Cesar, op. cit. nota 330, págs. 108-111.

⁵²⁰ **Artículo 75.-** La ley reputa actos de comercio:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

mexicano, el 2º., inciso 2 del Código de Comercio colombiano⁵²¹ y el 3º, inciso 3 del Código de Comercio chileno⁵²². Por su parte, los Códigos de Comercio argentino y uruguayo incluyen al arrendamiento de inmuebles como actos de comercio en sus artículos 8, fracción 3⁵²³ y 7, fracción 2⁵²⁴, respectivamente, determinando así, al referirse a toda operación de cambio, que el préstamo oneroso de bienes muebles o inmuebles es de carácter comercial.

En el caso del depósito, éste podrá ser esencialmente civil, cuanto tenga una vinculación patrimonial accesoria con asuntos de Derecho de familia o de Derecho de sucesiones; en este tema, se puede mencionar que existe el depósito de personas, que indudablemente es civil porque las personas no están en el comercio; pero por otra parte, existen depósitos de bienes que no están en el comercio y que pueden ser actos mercantiles conexos porque los sujetos que en él participan son comerciantes.

Con estas reflexiones queda como resultado conclusivo que la comercialización de las relaciones jurídicas patrimoniales en esta nueva etapa de la globalización, es un hecho con el que se debe contar en cualquier estudio de derecho privado⁵²⁵.

Sin embargo, en el Código Civil Federal mexicano existen una serie de consideraciones resultantes de un exceso positivista, alejado del realismo socioeconómico, por demás confusas que imponen criterios tergiversados a los contratos comerciales. Por ejemplo, en el citado ordenamiento y en sus correlativos en varias de las entidades federativas de la República Mexicana, en sus artículos 1873, al 1881, se regulan en realidad títulos de crédito impropios o cuasi-títulos⁵²⁶, pero en estos Códigos se les denominan "documentos civiles

⁵²¹ **Artículo 20.** <actos, operaciones y empresas mercantiles - concepto>. Son mercantiles para todos los efectos legales:

2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 19 VII 09

⁵²² **Artículo 3.** Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

3º El arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas. <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 19 VII 09

⁵²³ **Artículo 8º.**-La ley declara actos de comercio en general:

3.- Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate; <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 19 VII 09

⁵²⁴ **Artículo 7º.**- La ley reputa actos de comercio en general:

2.- Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate. <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 19 VII 09

⁵²⁵ **Monateri, Pier Giuseppe** "Globalizzazione e Giustizia" *l'impatto della globalizzazione sul sistema giuridico italiano e sull'organizzazione degli studi legali*, edit. Il Sole 24 ore, Milano, 2003, pág. 104.

⁵²⁶ Esta circunstancia jurídica confusa dio lugar a una polémica entre dos grandes maestros de Derecho Civil en México, el ministro de la Suprema Corte de Justicia Rafael Rojina Villegas y el no menos famoso y destacado profesor, tratadista y Notario Público Manuel Borja Soriano. **Martínez Alfaro, Joaquín**, op. cit. nota 399, págs132-133. **Gutiérrez y González, Ernesto**, op. cit. nota 397, págs. 570-573.

pagaderos a la orden o al portador” que tienen circulación y autonomía⁵²⁷; estos documentos de crédito no alcanzan la categoría de títulos de crédito, porque no reúnen todas las características de ley (una reflexión positivista), pero no cabe duda, que son documentos de carácter patrimonial, que pueden tener un sentido comercial.

También se presenta el caso de que el contrato mercantil de transporte es regulado civilmente por los artículos 2646 al 2665, ubicados en el capítulo cuarto, denominado de los portadores y alquiladores, del título décimo, relativo a los contratos de prestación de servicios, de la segunda parte, que trata de las diversas especies de contratos, del libro cuarto del Código Civil Federal, referente a las obligaciones. Es indudable que una clara definición del contrato mercantil de transporte se expresa en el artículo 2646 del mismo Código y sus artículos correlativos en los Códigos de las entidades federativas mencionadas⁵²⁸; además, se explican las actividades, derechos y obligaciones de los portadores⁵²⁹; lo que

⁵²⁷ **Artículo 1873.-** Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.

Artículo 1874.- La propiedad de los documentos de carácter civil que se extiendan a la orden, se transfiere por simple endoso, que contendrá el lugar y fecha en que se hace, el concepto en que se reciba el valor del documento, el nombre de la persona a cuya orden se otorgó el endoso y la firma del endosante.

Artículo 1875.- El endoso puede hacerse en blanco con la sola firma del endosante, sin ninguna otra indicación; pero no podrán ejercitarse los derechos derivados del endoso sin llenarlo con todos los requisitos exigidos por el artículo que precede.

Artículo 1876.- Todos los que endosen un documento quedan obligados solidariamente para con el portador, en garantía del mismo. Sin embargo, puede hacerse el endoso sin la responsabilidad solidaria del endosante, siempre que así se haga constar expresamente al extenderse el endoso.

Artículo 1877.- La propiedad de los documentos civiles que sean al portador, se transfiere por la simple entrega del título.

Artículo 1878.- El deudor está obligado a pagar a cualquiera que le presente y entregue el título al portador, a menos que haya recibido orden judicial para no hacer el pago.

Artículo 1879.- La obligación del que emite el título al portador no desaparece, aunque demuestre que el título entró en circulación contra su voluntad.

Artículo 1880.- El suscriptor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriven de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente.

Artículo 1881.- La persona que ha sido desposeída injustamente de títulos al portador, sólo con orden judicial puede impedir que se paguen al detentador que los presente al cobro.

⁵²⁸ **Artículo 2646.-** El contrato por el cual alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por el aire, a personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil, se regirá por las reglas siguientes.

⁵²⁹ **Artículo 2647.-** Los portadores responden del daño causado a las personas por defecto de los conductores y medios de transporte que empleen; y este defecto se presume siempre que el empresario no pruebe que el mal aconteció por fuerza mayor o por caso fortuito que no le puede ser imputado.

Artículo 2648.- Responden, igualmente, de la pérdida y de las averías de las cosas que reciban, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito, de fuerza mayor o de vicio de las mismas cosas.

Artículo 2649.- Responden también de las omisiones o equivocación que haya en la remisión de efectos, ya sea que no los envíen en el viaje estipulado, ya sea que los envíen a parte distinta de la convenida.

Artículo 2650.- Responden, igualmente, de los daños causados por retardo en el viaje, ya sea al comenzar o durante su curso, o por mutación de ruta, a menos que prueben que caso fortuito o fuerza mayor los obligó a ello.

evidencia que los requisitos que el artículo 2656 exige a la carta de porte, son exactamente los mismos expresados por el artículo 590 del Código de Comercio también mexicano⁵³⁰. Además se considera que en el artículo 55 de la Ley de Aviación Civil también se determina a la carta de porte como documento fundamental de dicho contrato⁵³¹ y que igualmente el transporte aéreo es de carácter comercial.

Lo anterior hace patente que, el arbitrio de la ley ha roto con la realidad socioeconómica, y la doctrina jurídica, ubicando como civiles a actos de comercio y como contratos civiles a algunos de naturaleza mercantil.

El caso puede tener como explicación la situación que deviene desde los Códigos Civil y de Comercio napoleónicos, en los que los contratos de derecho privado fueron, por orden cronológico, definidos y explicados en el Código Civil, y

Artículo 2651.- Los portadores no son responsables de las cosas que no se les entreguen a ellos, sino a sus cocheros, marineros, remeros o dependientes, que no estén autorizados para recibirlas.

Artículo 2652.- En el caso del artículo anterior, la responsabilidad es exclusiva de la persona a quien se entregó la cosa.

Artículo 2653.- La responsabilidad de todas las infracciones que durante el transporte se cometa, de leyes o reglamentos fiscales o de policía, será del conductor y no de los pasajeros ni de los dueños de las cosas conducidas, a no ser que la falta haya sido cometida por estas personas.

Artículo 2654.- El porteador no será responsable de las faltas de que trata el artículo que precede, en cuanto a las penas, sino cuando tuviere culpa; pero lo será siempre de la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a las prescripciones relativas.

Artículo 2655.- Las personas transportadas no tienen derecho para exigir aceleración o retardo en el viaje, ni alteración alguna en la ruta, ni en las detenciones o paradas, cuando estos actos estén marcados por el reglamento respectivo o por el contrato.

⁵³⁰ **Artículo 2656.-** El porteador de efectos deberá extender al cargador una carta de porte de la que éste podrá pedir una copia. En dicha carta se expresarán:

- I. El nombre, apellido y domicilio del cargador;
- II. El nombre, apellido y domicilio del porteador;
- III. El nombre, apellido y domicilio de la persona a quien o a cuya orden van dirigidos los efectos, o si han de entregarse al portador de la misma carta;
- IV. La designación de los efectos, con expresión de su calidad genérica, de su peso y de las marcas o signos exteriores de los bultos en que se contengan;
- V. El precio del transporte;
- VI. La fecha en que se hace la expedición;
- VII. El lugar de la entrega al porteador;
- VIII. El lugar y el plazo en que habrá de hacerse la entrega al consignatario;
- IX. La indemnización que haya de abonar el porteador en caso de retardo, si sobre este punto mediare algún pacto.

⁵³¹ **Artículo 55.** Se entiende por contrato de transporte de carga el acuerdo entre el concesionario o permisionario y el embarcador, por virtud del cual, el primero se obliga frente al segundo, a trasladar sus mercancías de un punto de origen a otro de destino y entregarlas a su consignatario, contra el pago de un precio.

Este contrato deberá constar en una carta de porte o guía de carga aérea, que el concesionario o permisionario expedirá al embarcador al recibir las mercancías bajo su custodia, cuyo formato se sujetará a lo especificado en la norma oficial mexicana respectiva.

El embarcador será responsable de la exactitud de las declaraciones consignadas por él o sus representantes en la carta de porte o guía de carga aérea.

Para los servicios de transporte aéreo internacional, el contrato de transporte de carga se sujetará a lo dispuesto en los tratados y en esta Ley”.

con la posterior aparición el Código de Comercio⁵³², básicamente trató de explicar su diferenciación con el contrato civil, sin referirse a la figura contractual comercial con mayor profundidad, considerando que esto ya había sido expuesto en el primero de ellos; no obstante, dicha omisión ha generado confusión sobre el concepto contractual y sus modalidades.

Pero, hay que reconocer que los actos jurídicos de comercio, si bien es cierto son referidos a la utilidad, también lo es que no tienen como elemento esencial el afán de lucro. Esta observación se presenta en las teorías de Rocco y Vivante, quienes no consideran al afán de lucro o especulación como un elemento esencial de acto de comercio en general y del acto jurídico de comercio en particular. En este sentido, Alfredo Rocco dice que: *“La finalidad de especulación o lucro no es esencial para el acto de comercio; cierto que, por lo común, el que media para realizar un cambio indirecto no quiere inútilmente arriesgar su actividad o su capital, y tratará de obtener un beneficio, pero, en orden a nuestro derecho positivo, no se requiere la finalidad de ganancia”*⁵³³. A su vez, Vivante manifiesta que: *“En efecto, algunos actos de comercio no pierden su carácter mercantil aunque carezcan de la finalidad de lucro: así, las obligaciones cambiarias de favor, los depósitos hechos en almacenes generales por razón agrícola o doméstica, los contratos de alquiler encaminados a expediciones científicas son actos de comercio a pesar de faltar en ellos el ánimo de realizar una ganancia. Y tampoco dichos actos verifican siempre un papel de mediación entre productores y consumidores, a menos que se pretenda dar a esa palabra un significado tan vago y elástico que perdería todo sentido característico”*⁵³⁴.

En el caso de los actos de comercio que no tienen afán de lucro, se entiende que, de conformidad a la concepción del mismo como gestión económica racional, se trata de utilidades no deseadas, como ya se explicó anteriormente al abordar el tema de la definición de la gestión económica racional en la que ciertas utilidades son deseadas y otras no; entonces existe una gestión de cambio racional en la que hay utilidades no deseadas. Lo anterior no significa que los actos de comercio no se orienten fundamentalmente al cambio como medio de obtención de utilidades.

En los casos expuestos por los maestros Rocco y Vivante, se expresa que en la bilateralidad del acto existe una parte que obra sin afán de lucro o especulación y que obtiene utilidad, pero existe otra parte que sí tiene afán de

⁵³² El artículo 96 del libro primero, título VI, sección II, del Código de Comercio de 1807, trata los comisionistas para los transportes por tierra y por agua; y el artículo 97 del libro segundo, título VII, del mismo Código, habla del flete expresando: *“el precio del alquiler de un navio u otro buque marino, es llamado flete”*. **Napoleón**, op. cit. nota 515, págs. 40 y 130. Lo anterior, indica que desde este ordenamiento napoleónico se considera que el contrato de transporte es mercantil, sin omitir los antecedentes del antiguo derecho griego que el emperador romano Antonio reconoció en la *Lex Rhodia de lactu*.

⁵³³ **Rocco, Alfredo**, op. cit. nota 330, pág. 149.

⁵³⁴ **Vivante, Cesar**, op. cit. nota 330, pág. 106.

lucrar. En este supuesto, podrían considerarse actos mixtos, incluso si participa un comerciante.

Doctrinalmente los actos mercantiles como gestión económica racional pueden ser objetivos y subjetivos: objetivos, cuando por su propia naturaleza son intrínsecamente mercantiles, sin importan quién los realice; y subjetivos, cuando son realizados por comerciantes. Esta clasificación, para las consideraciones positivistas, no tiene mayores implicaciones, ya que solamente tendría interés como fundamento histórico al tomar relieve en una etapa posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente, en donde los comerciantes organizaron un fuero mercantil especial para ellos; por eso, para Alfredo Rocco, esta distinción únicamente tiene un efecto histórico, sin mayor valor doctrinal porque no es propiamente una clasificación⁵³⁵.

Sin embargo, no debe soslayarse que al hablar del acto de comercio, se debe distinguir el acto mercantil como gestión económica del acto jurídico de comercio, ya que en el segundo tiene vigencia la clasificación de los actos de comercio distinguiéndolos en absolutos y relativos, que parte de la determinación arbitraria del legislador de tipificar un listado de actividades de los comerciantes en determinado ramo.

Ahora bien, una vez determinados por arbitrio de ley, sin consideración doctrinal jurídica, económica y social, a los actos jurídicos de comercio, se puede hacer una clasificación al determinarlos como absolutamente mercantiles, principales, accesorios o conexos; todo ello partiendo de la categoría positiva que la ley les otorga en el catálogo de actos jurídicos de comercio. Al respecto se estima importante señalar que en dicho listado se incurre en la confusión del objeto con el sujeto, ya que se incluye como acto de comercio a las empresas, las cuales son sujetos de una relación jurídica comercial; en todo caso, debería de referirse a los actos realizados por las empresas.

Así, partiendo de consideraciones positivas que no son apegadas a la realidad socioeconómica, se han desarrollado estudios, clasificaciones y análisis de los actos de comercio que relacionan la mayoría de los Códigos de Comercio, haciendo, por ejemplificar un caso, señalamientos dogmáticos sobre si el arrendamiento de inmuebles, aún entre comerciantes y para fines comerciales, no puede ser un acto de comercio, porque la ley lo clasificó como acto civil⁵³⁶. Todo esto sucede porque se ha dogmatizado el positivismo jurídico al extremo de contraponerlo con la realidad socioeconómica, que muestra que los arrendamientos son contratos de cambio comerciales.

Al decir que los actos de comercio en general motivan relaciones que pueden llegar a regirse jurídicamente, y pasar de un uso comercial a un hecho jurídico mercantil o a un acto jurídico de comercio, se está diciendo que hay relaciones comerciales que regula el derecho mercantil como actos jurídicos de

⁵³⁵ **Rocco, Alfredo**, op. cit. nota 330, págs.156-157.

⁵³⁶ **Mantilla Molina, Roberto**, op. cit. nota 487, pág. 73.

comercio, y es aquí en donde se presenta con vigencia la definición de relación jurídico-mercantil que obsequia Alfredo Rocco: *“La relación jurídico-mercantil puede definirse: toda relación de la vida social, en cuanto se halla regulada por el Derecho mercantil y por ello adviene relación jurídica”*⁵³⁷.

Abundando en este punto, el profesor Rocco continúa ilustrando al expresar: *“Según la clasificación más en boga, sabemos que en materia civil hay cuatro clases de relaciones jurídicas, que equivale a decir que son cuatro categorías de derechos; existen relaciones jurídicas de personalidad o derechos personales, entre los cuales están los derechos de familia; hay además relaciones reales, esto es, derechos reales; también existen relaciones de crédito, o sean, derechos de obligación, y, por último, relaciones de sucesión que originan los derechos hereditarios. En cambio, solo se habla en el derecho mercantil de una clase sola de relaciones jurídicas, o sea, relaciones de obligación, como si en el derecho que estudiamos no hubiera más que esta clase”*⁵³⁸; concluye que, además de la relación de derecho mercantil antes mencionada, existen otras dos clases de relaciones que serían: las relaciones personales o derechos de la personalidad y las relaciones reales o derechos reales en materia mercantil⁵³⁹.

En efecto, la relación jurídico-mercantil se presenta exclusivamente entre personas sujetos de la misma, que pueden ser comerciantes o no, pero que en los atributos de su personalidad tienen un patrimonio que es el afectado por la relación jurídico-mercantil, ya que ésta es esencialmente patrimonial.

Al concebir al acto de comercio como una relación patrimonial de gestión económica, se llega a inferir que al ser regulado por el derecho mercantil en una relación jurídico-mercantil, el acto jurídico de comercio es de gran injerencia patrimonial; y el patrimonio, como atributo de las personas jurídicas, incluye todas las categorías, ya sean de derecho privado, público, o social.

3.3.- Los actos de comercio mixtos

Es de primordial importancia determinar los actos jurídicos de comercio denominados por la doctrina como “actos mixtos”, que, desde luego, rebasan el ámbito del derecho privado, al no limitar su carácter a los sujetos de derecho civil y mercantil, o sea, comerciantes y no comerciantes; sino a actos jurídicos de comercio entre comerciantes de derecho privado y derecho público, y a comerciantes de derecho privado y derecho social, o entre comerciantes de derecho social y de derecho público.

La realidad comercial ha dado lugar a que los actos de comercio en general sean ejecutados por una gran diversidad de sujetos; sin embargo, al ser éstos regulados por el derecho mercantil, se presentan clasificación y supuestos que el positivismo jurídico les otorga y entonces resulta necesaria la aplicación de

⁵³⁷ Rocco, Alfredo, op. cit. nota 330, pág.214.

⁵³⁸ Ibidem, pág. 216.

⁵³⁹ Ibidem, pág. 217.

ejercicios doctrinales para determinar sin confusión la naturaleza de estos actos mixtos, atendiendo a la característica jurídica de sus sujetos y a la calidad de su relación jurídica. Cabe entonces analizar las características de los actos de comercio mixtos.

En principio se determina que es un acto mixto de Derecho privado aquel en el que el acto, para una de las partes es de naturaleza civil, en tanto que para la otra, es de carácter mercantil.

La mayoría de los Códigos de Comercio de las legislaciones de carácter romano-germánico expresan que los actos de comercio pueden celebrarse por comerciantes y no comerciantes, al respecto se puede inferir que la existencia de los actos jurídicos de comercio puede tener mixturas diversas entre sujetos de diferentes ramas jurídicas. Atendiendo a esta condición realista doctrinal, el Código de Comercio argentino en su artículo 7° expresa lo siguiente: *“Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contratantes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial”*⁵⁴⁰.

También el Código de Comercio chileno presenta en su artículo tercero esta tendencia doctrinal al señalar que: *“Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”*⁵⁴¹: Este artículo es de gran avance doctrinal en materia mercantil, mejorando el concepto y condición que el Código de Comercio mexicano presentó en el artículo 1050, ya que en este último no se reconoce el carácter mercantil del acto de comercio mixto como lo hace el Código argentino, solamente se determina que en todo caso, el procedimiento que se siga en caso de controversia será mercantil⁵⁴².

Otro avance de los Códigos argentino y chileno es que en ellos no se limita la mixtura del acto de comercio a las materias civil y mercantil, como lo hace el Código mexicano, sino que generaliza la mixtura a todas las materias, incluyendo al Derecho Público y al Derecho Social.

Por lo que corresponde al Código de Comercio colombiano en su artículo 22, considera mercantiles a los actos mixtos en general⁵⁴³, solamente que en el diverso 23⁵⁴⁴, del mismo ordenamiento expresa qué actos no son considerados

⁵⁴⁰ <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 14 VII 09

⁵⁴¹ **Ibidem.**

⁵⁴² **Artículo 1050.-** Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

⁵⁴³ **Artículo 22.-** <Aplicación de la ley comercial a los actos mercantiles>. Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial.

⁵⁴⁴ **Artículo 23.** <Actos que no son mercantiles>. No son mercantiles:

1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;

como comerciales y en este artículo señala, entre otros, a la adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes y también las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público; con lo cual se elimina cualquier posibilidad de existencia a los actos mercantiles mixtos de derecho privado y de derecho público. Al eliminar la posibilidad de que exista un acto mixto de derecho privado, en el supuesto de que una de las partes sea un establecimiento comercial y la otra un consumidor, quita la hipótesis de que son mercantiles la gran mayoría de los actos comerciales mixtos, para regularlos por disposiciones jurídicas diferentes a su naturaleza socioeconómica; tomando así una posición contraria al fenómeno actual, en donde se ha mercantilizado el derecho privado.

En el otro caso mencionado en el Código colombiano, donde que no se reconocen los actos de comercio mixtos de derecho público, se entiende entonces, que cuando el Estado contrata con un comerciante, el acto es un acto administrativo entre gobernantes y gobernados, lo cual no es real, ni acorde a los principios de la doctrina del respeto de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho⁵⁴⁵, porque es sabido por todos, que el Estado actúa como empresa comercial, tanto en contratos privados con particulares nacionales y extranjeros, como con otros Estados.

A continuación se debe de determinar el acto de comercio mixto entre el derecho privado y el derecho público, que ha dado lugar a discusiones sobre la naturaleza de la relaciones jurídicas que se presentan, teniendo al Estado como sujeto frente a diferentes objetos y condiciones de la relación, estableciéndose en particular la relación contractual entre el Estado y un particular, nacional o extranjero.

3.4.- Los contratos mercantiles mixtos y los contratos administrativos

El concepto contractual es inmemorial, pero es en la antigua Grecia en donde se determina que los hombres debían respetar el equilibrio natural otorgado por las divinidades cumpliendo con normas de comportamiento denominadas νόμος (*nomos*)⁵⁴⁶; por consecuencia, el ejercicio del Derecho

2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;

3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;

4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

⁵⁴⁵ El jurista alemán Rainer Grote, considera que el principal objetivo de la concepción del Estado de Derecho –*Rechtsstaat*– es la protección de la autonomía individual. Las leyes del Estado deberán de servir al propósito de asegurar la libertad individual y la propiedad como bases necesarias de independencia. Grote, Li. M., Rainer, *Evolución histórica de la noción de Estado de Derecho*, edit. Max Planck Institute for Public Comparative Law and Public International Law <http://www.diplomadoestadodederecho.com/> 5 VIII 09

⁵⁴⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, op. cit. nota 484, pág. 60.

correspondía a la actividad humana que debería buscar a la justicia divina, en tal sentido el Derecho se entendía en tres connotaciones, que según Tamayo y Salmorán se explica en los conceptos que deriva la palabra griega νόμος:

- a) El concepto de νόμος es sinónimo del derecho natural, según lo manifestaron la obras de Sófocles y de Eurípides;
- b) Por *nomos* se entiende la obra consciente de los legisladores;
- c) Sin embargo, el uso más extendido de la palabra νόμος en la antigua Grecia era el de “**un acuerdo entre hombres**”⁵⁴⁷.

Este concepto de la palabra νόμος unido a la concepción filosófica del razonamiento, dio lugar a un sentido de obligatoriedad entre las partes humanas que acordaban un vínculo *sinalgmático*.

Esta forma de la νόμος se armoniza con la aplicación del derecho natural expresado, tanto por sofistas, como por filósofos. En la expresión filosófica de Sócrates, la pluralización de la virtud produce una ética social, y ésta debe ser aplicada por el Estado invocando una justicia superior fundada en un orden divino inteligible y racional λόγος (*logos*), el cual brinda fundamento al derecho de los humanos, este concepto enfrenta al derecho natural con el derecho positivo⁵⁴⁸.

Siguiendo el método filosófico de la lógica aristotélica desarrollado en el silogismo y la demostración⁵⁴⁹ para prudentemente interpretar las normas jurídicas y aplicarlas, los juristas romanos logran, en su momento, establecer un sistema lógico normativo para regular, interpretar, aplicar y estudiar la universalidad del Derecho otorgándole la expresión de *scientia iuris*⁵⁵⁰.

Es incuestionable que muchas de las instituciones jurídicas que se establecieron dentro de las prácticas de derecho comercial griego fueron transmitidas y establecidas en la normatividad romana, desde la monarquía, estipuladas en la Ley de las XII Tablas, donde se manifestaron normas, tanto de derecho público, como de privado, y dentro de este último las de carácter comercial⁵⁵¹.

Este tema es un punto de análisis y discusión jurídica importante, porque implica estudios de la teoría general del contrato, y aquí se tiene que reconocer lo parafraseado ya por un estudioso del tema de los contratos globales, en el sentido de que el problema de la teoría contractual del que se busca participar en la solución: “*es que no existe una teoría general del contrato universalmente*

⁵⁴⁷ **Ibidem**, pág. 62.

⁵⁴⁸ **Recasens Siches, Luis**, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, edit. Porrúa, 17ª. E. México 2003, pág. 369.

⁵⁴⁹ **Aristóteles**, op. cit. nota 483, págs. 87-300.

⁵⁵⁰ **Tamayo y Salmorán, Rolando**, op. cit. nota 484, pág. 98-99.

⁵⁵¹ **Petit, Eugène**, op. cit. nota 367, pág. 22.

admitida, ni por consiguiente una noción común del contrato⁵⁵². Aún más, la afirmación del profesor Monateri al respecto es impactante al decir: "Para comenzar, los romanos nunca desarrollaron una teoría general del contrato, ni un derecho de los contratos individuales"⁵⁵³, y apoyándose en Buckland y McNair, que exponen: "el derecho general de contratos (...) ha tenido que ser recogido y puesto de manifiesto en tiempos modernos. En el mejor de los casos, está latente en los libros antiguos. El jurista trataba de manera exclusiva con los distintos contratos individuales"⁵⁵⁴; concluye que: "Está bastante claro que la teoría de contratos nunca existió entre romanos y que fue construida, gracias a su recopilación, en tiempos modernos"⁵⁵⁵.

La figura del contrato fue tomada en consideración por los filósofos sociales de la ilustración conceptuándolo como un ejercicio de la voluntad soberana, Hobbes lo define como: "La mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato"(...) "Por otro lado, uno de los contratantes, a su vez, puede entregar la cosa convenida y dejar que el otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama pacto o convenio"⁵⁵⁶.

Más, el "pacto" o "convenio" que es referido por los filósofos sociales como Hobbes y Rousseau, tiene el antecedente en Richard Hooker⁵⁵⁷ y, en especial, en Francisco Suárez, quien plantea un pacto de gobernabilidad estable partiendo de la libertad de consentimiento e igualdad ante el derecho divino de elegir un monarca justo como gobernante⁵⁵⁸, y pone como antecedente en todos los llamados contratos sociales o políticos, el derecho divino de los humanos a manifestarse en libertad para convenir, pactar o contratar; es por tal que el sentido del contractualismo iusnaturalista de estos filósofos políticos y sociales es en función de los derechos humanos fundamentales de libertad e igualdad⁵⁵⁹, mismos que en la revolución francesa serán incluidos dentro de las tres garantías básicas del ser humano.

El contrato en términos generales, como acto libre de los humanos, está considerado por los pensadores de la antigüedad como una actividad, generalmente comercial, pero también social y política, utilizada, tanto

⁵⁵² **Adame Goddard, Jorge**, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra <contrato> en los principios de UNIDROIT*, Contratación Internacional, Comentarios a los principios sobre los contratos internacionales del UNIDROIT, edit. UP-UNAM, México, 1998, pág. 15.

⁵⁵³ **Monateri, P. G.** op. cit. nota 403, pág. 165.

⁵⁵⁴ **Buckland, W.W. y McNair, Arnold D.**, *Roman Law and Common Law: A Comparison*, edit. Cambridge University Press, F.H. Lawson, 2a. ed. Cambridge, 1965, outline 265.

⁵⁵⁵ **Monateri, P. G.** op. cit. nota 427, pág. 165.

⁵⁵⁶ **Hobbes, Thomas**, *Leviatan*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 13ª. reimpr. México, 2004, pág. 109.

⁵⁵⁷ **Strauss, Leo, y Cropsey, Joseph**, *Historia de la Filosofía Política*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed. 4ª. reimpr. México, 2004, págs. 345-346.

⁵⁵⁸ **Gómez Robledo, Ignacio**, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, págs. 184-185.

⁵⁵⁹ **García Castillo, Tonatiuh**, *El Contrato de Estado Internacional*, edit. U.N.A.M., México, 2008, págs. 156-157.

consuetudinariamente, como reglamentada por una norma jurídica. En este punto es de especial importancia considerar que en la antigüedad fue generalizado por las diferentes culturas el uso de convenios libres de normatividad jurídica, o basados en la mutua confianza de las partes, que se explica en estas frases de Luhmann: *“La confianza entonces, es la expectativa generalizada de que otro manejará su libertad, su potencial perturbador para la acción diversa, manteniendo su personalidad -o más bien manteniendo la personalidad que ha mostrado y hecho socialmente visible. El que se mantiene con lo que ha permitido que se sepa acerca de él, ya sea consciente o inconscientemente, es acreedor de la confianza”*⁵⁶⁰

Este concepto de contrato es importante porque el contractualismo iusnaturalista parte de estos dos derechos humanos fundamentales de libertad e igualdad, que se incrustarán en lo que será a la postre la teoría clásica del contrato, conceptualizado como un convenio entre iguales que manifiestan libremente su voluntad; tal percepción pasará del iusnaturalismo al positivismo jurídico. Pero en la materia comercial siempre se manifestaron los convenios, pactos y contratos de la manera más habitual y realista, a partir del ancestral trueque⁵⁶¹, aún cuando no existía una norma jurídica que lo regulara; así Weber relata sus inicios mágicos en la prehistoria: *“El trueque económico no solo se realiza con los individuos que pertenecen a la misma casa, sino fundamentalmente con extraños, es decir, con los que no forman parte del mismo clan ni se encuentran ligados al que cambia por vínculos de confraternidad. Se trata, pues, de un trueque “hacia afuera”, es decir, de un trueque celebrado con extraños. Por esto la forma ya discutida del trueque “mudo” carece de todo formalismo mágico, y solo paulatinamente va siendo colocado bajo la protección sagrada en forma de un derecho de mercado, lo que puede ocurrir de acuerdo con formas reglamentadas cuando a lado de la magia aparece la representación de los dioses, pues con aquella solo era posible garantizar directamente los contratos relativos al status”*⁵⁶². Entonces el trueque fué el primer contrato mercantil, incluso, por su libertad formal, se puede pensar que podría ser anterior a los contratos relativos al “status”, o dicho sea en otras palabras, a los contratos sobre el estado civil de las personas, como lo son los del matrimonio, la sucesión, la adopción, etc.; así, las obligaciones de carácter mercantil, por el ejercicio al libre derecho de mercado, preceden a las de carácter civil, porque éstas se han manifestado y actualmente siguen haciéndolo con la libertad que otorga el realismo socioeconómico.

Ahora bien, siguiendo la concepción contractual de las tesis iusnaturalistas en el análisis que se desarrolla dentro del positivismo jurídico, se encuentran las tesis clásicas que coinciden al conceptualizar al contrato como una convención recíproca entre dos o más partes que da a lugar a una relación de obligatoriedad y exigibilidad conscientes, o sea, que el contrato es obra exclusiva de la voluntad de las partes, privilegiando el principio de la autonomía de la

⁵⁶⁰ Luhmann, Niklas, op. cit. nota 31, págs. 65-66.

⁵⁶¹ Cantillon, Richard, op. cit. nota 458, pág. 78.

⁵⁶² Weber, Max. op. cit. nota 36, pág. 538.

voluntad⁵⁶³; sin embargo hay elementos que se señalan discutibles por los tratadistas, como lo es que dicho convenio sea garantizado por una sanción coactiva, y también que dicha convención responda a la formalidad exigida por el Estado en una ley; con lo cual, se privilegia la rectoría estatal sobre la libertad contractual.

La reflexión anterior se deriva de que la circunstancia contractual, puede ser o no textualizada en una norma jurídica. Pero, pese a todo ello, Ignacio Galindo Garfias⁵⁶⁴, determina al contrato, en general, como: *"...el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que los celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato"⁵⁶⁵. Otra importante consideración sobre el concepto del contrato, es su función económica, en la cual se presenta de acuerdo con el maestro Galindo Garfias, la siguiente determinación: *"Es un instrumento jurídico que mediante el acuerdo de voluntades, tiene como función socio-jurídica primordial la composición de intereses no coincidentes sino complementarios, en la dinámica de la economía social. El contrato agrega utilidad a los bienes y derechos en un doble sentido: cada parte encuentra satisfecho su interés en el contrato que celebra e indirectamente por esa coordinación de intereses que produce por el acuerdo de voluntades, la sociedad obtiene un beneficio"⁵⁶⁶, y señala las funciones económicas del contrato, a saber:**

- a) Por la circulación de la riqueza en los contratos de cambio;
- b) Por la combinación de la fuerza del capital y trabajo para los fines de producción económica, en los contratos asociativos;
- c) Por la permisión del uso y aprovechamiento de los bienes ajenos, en los contratos de uso;
- d) Por la prestación de la actividad profesional liberal y comercial, en los contratos de servicio (en su caso, la fuerza de trabajo, en los contratos laborales).

Las anteriores consideraciones permiten apoyar el criterio de que los contratos son actividades patrimoniales de gestión económica racional que se desarrollan en coordinación igualitaria y libre entre las partes, lo cual es propio de una rama del Derecho, que doctrinalmente se ha señalado como derecho privado.

Para Hans Kelsen esta ubicación del contrato dentro del derecho privado, es totalmente infundada e irrelevante, ya que sólo existe el derecho positivo; pero no deja de ser significativo, que en el contenido de su teoría pura del derecho tiene una reflexión doctrinal sobre la distinción entre derecho público y derecho privado, en especial al referirse al contrato, en donde dice lo siguiente: *"Los*

⁵⁶³ Larroumet, Chistian. op. cit. nota 400, pág. 91.

⁵⁶⁴ Profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁵⁶⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, edit. Porrúa, México, 1996, pág. 67.

⁵⁶⁶ *Ibidem.*, pág. 81.

*individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada*⁵⁶⁷. Con la anterior expresión, entre otras también valiosas, se debe de pensar que no existe duda sobre la naturaleza doctrinal del contrato, y que resulta claro que corresponde a una relación jurídica de coordinación e igualdad entre las partes.

Otros tratadistas, como Herbert Lionel Adolfus Hart⁵⁶⁸, al tratar sobre el contenido de las normas jurídicas, expone la diferencia entre ellas: *“Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho*⁵⁶⁹.

Por lo que toca a otras reglas, propias del derecho penal, son respaldadas por amenazas; estas expresan: “Hágase esto, quiérase o no”, y sobre estas condiciones, el profesor Hart expresa: *“Aquí consideraremos, empero, una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas pero, a diferencia de las que acabamos de examinar, potestades públicas u oficiales y no de naturaleza privada. Se encuentran ejemplos de ellas en las tres ramas – judicial, legislativa y administrativa- en que habitualmente, aunque en forma vaga, se divide el gobierno*⁵⁷⁰. Una vez más, queda determinado por otro tratadista, que el contrato es una institución de derecho privado, y que sus reglas difieren de las reglas que se caracterizan en el derecho público.

Entonces, cabe preguntar: ¿Cuáles son los actos de comercio que realiza el Estado?, ¿Cómo aparece la figura del contrato administrativo?, ¿Con qué base doctrinal?, y ¿Por qué existe indefinición al determinar a los actos de comercio mixtos de derecho mercantil y derecho público, y a la actuación del Estado como comerciante en los mismos actos mixtos, o en los contratos administrativos?

Hay que tomar en consideración los estudios de derecho administrativo, en relación con la actuación Estado y sus actos, porque que no todos los contratos en que el Estado tiene a un particular en la bilateralidad del mismo son de carácter administrativo; a este respecto, Alfonso Nava Negrete⁵⁷¹ indica que: *“Es normal y frecuente que el Estado celebre contratos con los particulares, ya sea*

⁵⁶⁷ **Kelsen, Hans**, *Teoría pura del derecho*, edit. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires, 1963, págs. 181-182.

⁵⁶⁸ Profesor de la Universidad de Oxford.

⁵⁶⁹ **Hart, Herbert L. A.**, *El Concepto del Derecho*, edit. Abeledo-Perrot, 2ª. ed. Buenos Aires, 2004, pág. 35.

⁵⁷⁰ **Ibidem.** Pág. 36.

⁵⁷¹ Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*públicos o ya privados, los primeros sometidos al Derecho público y los segundos al derecho privado (derecho civil y mercantil)*⁵⁷². Con base en lo anterior, se entiende que el Estado celebra actos de comercio mixtos, y que también puede celebrar actos de comercio bajo la modalidad denominada como contratos administrativos. Solamente que se habrá de investigar si los llamados contratos administrativos cumplen con los rigores doctrinales del contrato, o si son actos administrativos comerciales.

También Gabino Fraga⁵⁷³ considera que el Estado puede contratar con los particulares, tanto por la vía del derecho privado, como por la del derecho administrativo, explicando cuando celebra los de una clase y cuando celebra los de la otra: *“La razón de ello también creemos que se encuentra dentro de las ideas que hemos recordado, según las cuales el derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo”*⁵⁷⁴.

Además, García Castillo⁵⁷⁵ coincide en que: *“...en la actividad estatal es posible que el gobierno lleve a cabo contratos con particulares atendiendo a reglas de los mercados en cuanto a precio, calidad y forma. Un ejemplo de ello es cuando las distintas oficinas de gobierno compran gasolina para sus automóviles. En estos casos parece que el Estado se coloca en igualdad jurídica al particular, la relación que nace se rige en estos casos por el llamado derecho privado en la tradición romana, lo cual no es óbice a que le sean aplicables al gobierno las normas propias del derecho público en cuanto a la competencia de sus agentes y formalidades que deben cubrirse para no incurrir en responsabilidad”*⁵⁷⁶.

Entonces, conforme lo explican los anteriores administrativistas, el Estado sí realiza contratos de derecho privado y, por consecuencia, actos de comercio mixtos. Pero aquí es necesario distinguir los criterios positivistas de los criterios doctrinales en que se desarrolla la teoría del contrato, para así poder determinar los linderos de la doctrina contractual y el arbitrio positivista del derecho, y saber si este último cumple con los conceptos del primero.

⁵⁷² **Nava Negrete, Alfonso**, *Derecho administrativo mexicano*, edit. Fondo de Cultura Económica, 3ª. ed. México, 2007, pág. 579.

⁵⁷³ Profesor de derecho administrativo de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁵⁷⁴ **Fraga, Gabino**, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, 43ª. ed., México, 2003, pág. 400.

⁵⁷⁵ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.

⁵⁷⁶ **García Castillo, Tonatiuh**, op. cit. nota 558, págs. 193-194.

Para el Profesor Nava Negrete, la personalidad de los contratantes en contratos privados y también administrativos en que interviene el Estado, tanto la de este último, como la del particular, se mantienen. Con este criterio se desecha la tesis de la doble personalidad del Estado, como gobernante, o como un particular más, y se sigue la teoría de la personalidad única del Estado en todos sus actos jurídicos (ver tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁷⁷); pero en este supuesto si debería distinguirse la cualidad doctrinal, o positivista, en su caso, que determine el acto jurídico realizado por el Estado, si es un contrato de derecho privado, o se trata de un contrato administrativo; distinción que en la cita anterior de este autor, se determinó. Sin embargo, dice Nava Negrete⁵⁷⁸, para establecer cuándo se debe de identificar un acto jurídico en que participa el Estado como contrato administrativo, es importante contar con un elemento de derecho positivo básico, es decir, contar con una ley de contratos administrativos como se presenta en España⁵⁷⁹, porque en los países que carecen de esta ley, se dificulta el señalamiento de estos actos como contratos administrativos, ya que generalmente se realizan como contratos innominados,

⁵⁷⁷ No. Registro: 818,317. Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Civil, Sexta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tercera Parte, XLIX, Tesis: Página: 40 **ESTADO, ACTOS DEL. COMO AUTORIDAD Y COMO PARTICULAR. ARRENDAMIENTO.** *El Estado puede asumir dos posiciones; Una, en que se advierte su indole de entidad soberana; otra, según la cual obra de modo análogo a como lo hacen los particulares. Esta distinción está reconocida por la Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia (tesis número 450, página 867, del Apéndice publicado en 1955). Se ha llegado a afirmar que el Estado tiene dos distintas personalidades: una, de derecho público, cuando actúa como entidad soberana y usa de su imperio; otra, de derecho privado, cuando obra como los particulares. La terminología adolece de imprecisión: el Estado es siempre entidad pública; no tiene dos personalidades, sino sólo una, que es de derecho público en todos los casos. Aun así, la distinción es real, puesto que hay dos aspectos diversos dentro de la personalidad única del Estado. Con la mayor frecuencia, el Estado presenta un aspecto según el cual obra en ejercicio de su soberanía o de su poder de mando, y usa plenamente su facultad de imperio, es decir, actúa unilateralmente, como entidad superior a los particulares, quienes, por ello, le están subordinados; pero en otras ocasiones sin dejar de ser persona de derecho público, trata con los particulares sobre bases de igualdad, en virtud de un concierto espontáneo y no impuesto, sin hacer uso la autoridad de sus atributos de mando, en suma, de una manera muy análoga a como obran entre sí los particulares. En el primer caso, sus actos son actos de autoridad, y contra ellos procede el juicio de garantías; en el segundo puesto, no son actos de autoridad para los efectos del amparo, y contra ellos no cabe el juicio constitucional. En la especie, debe sobreseerse, por improcedencia del juicio, en lo que atañe a la decisión que adoptaron las responsables, de dar por terminado el contrato de arrendamiento que celebraron con la quejosa, puesto que tal decisión puede tomarla también un particular, si existe una cláusula que lo faculte. En efecto: la manifestación de voluntad de dar por concluido el contrato podría provenir tanto del arrendatario como del arrendador, y este último está facultado para ello, sin que importe la circunstancia de que el arrendador sea un particular o un órgano del Estado. Por el contrario, en lo que respecta a las órdenes para la desocupación y entrega de la finca arrendada, habiéndose estipulado, en el contrato, que la arrendataria se sujetaría un procedimiento administrativo de ejecución, en este punto no cabe hablar de "actos de particulares", pues resulta aplicable la tesis de esta Segunda Sala que anteriormente se citó, la que está concebida en los siguientes términos: "Por la propia voluntad de quienes celebraron el contrato, las partes que en el mismo intervinieron no quedaron en una situación de igualdad, sino que, para el efecto de rescindir el contrato, la autoridad conservó sus atributos de mando, lo que quiere decir que no está obligada a acudir ante la autoridad judicial."*

Amparo en revisión 278/61. Josefina Ayala viuda de Sereno. 12 de julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Octavio Mendoza González.

⁵⁷⁸ Nava Negrete, Alfonso, op.cit. nota 571, pág. 580.

⁵⁷⁹ Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 21 de junio del 2000.

entonces, se quiere interpretar su categoría doctrinal como contrato administrativo al encontrarle características que así pudieren considerarlo.

Por otra parte, existen leyes especiales, como en el caso mexicano, en que se determinan contratos administrativos (sin decirlo expresamente), por así interpretarse del contenido de algunas leyes especiales⁵⁸⁰, pero fuera de ellas todos los contratos administrativos serían innominados.

El mismo Nava Negrete indica que se pueden considerar como elementos esenciales del contrato administrativo a los siguientes: Primero: tener como parte contractual a la administración pública. Segundo: tener como objeto único el interés público. Tercero: el procedimiento que sigan las autoridades administrativas para concertar el contrato, así como para su ejecución, serán previstos y regulados por la ley administrativa o por el derecho público en general⁵⁸¹.

En todo caso, se han buscado características doctrinales especiales para el contrato administrativo, pudiéndose mencionar los siguientes criterios de Jorge Fernández Ruiz⁵⁸²:

- a) *“Que una de las partes sea una persona de derecho público en el ejercicio de una función administrativa;*
- b) *Que su celebración observe formalidades especiales;*
- c) *Que en su contenido se observen **cláusulas exorbitantes del derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado, por lo que, consecuentemente, resultaría imposible que fuese celebrado exclusivamente entre particulares.***⁵⁸³
- d) *Que tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general, mediante la prestación de un servicio público, o el logro del interés público, o de la utilidad pública, y*
- e) *Que las controversias que suscite dicho contrato sean de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo*⁵⁸⁴”.

Las características anteriores se encuadran en las definiciones de contrato administrativo que presentan los siguientes profesores administrativistas. Escola⁵⁸⁵ menciona: *“Son aquellos contratos celebrados por la administración pública con*

⁵⁸⁰ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas de 30 de noviembre de 1999 y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 30 de noviembre de 1999, y sus respectivos reglamentos.

⁵⁸¹ **Nava Negrete, Alfonso**, op.cit. nota 571, pág. 582.

⁵⁸² Tratadista de derecho administrativo e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.

⁵⁸³ **Nota:** La característica de desigualdad que el mismo tratadista y otros administrativistas consideran como básicas, contraría el concepto de contrato, que tiene como elemento característico doctrinal a la libertad y a la igualdad. **Fernández Ruiz, Jorge**, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, México, 2000, pág. 83. **Escola, Héctor Jorge**, *Tratado integral de los contratos administrativos*, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977, t. I. pág. 186.

⁵⁸⁴ **Fernández Ruiz, Jorge**, op. cit. nota 582, pág. 81.

⁵⁸⁵ Profesor argentino de derecho administrativo.

la finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto a ésta⁵⁸⁶; para Nava Negrete es: "el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejercicio se rige por procedimientos de derecho público"⁵⁸⁷; y para Fernández Ruiz: "es el celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante de derecho privado"⁵⁸⁸.

Pero, lo interesante de este problema a que nos lleva la teoría de los contratos administrativos es la explicación doctrinal de esta figura, o sea, que no solamente por el arbitrio de ley se puede decir si el llamado contrato administrativo es una figura contractual, sino que con criterios de aplicación científica a las ciencias sociales, y en particular a la ciencia jurídica, se determine si cumple con ese rigor en su examen.

Nava Negrete⁵⁸⁹ explica la distinción entre los contratos privados de la administración pública con los contratos administrativos, destacando los criterios que a continuación se mencionan:

- 1) Por determinación de la ley. Son contratos administrativos los que así regula la ley, entendiéndose que lo son por arbitrio de ley;
- 2) Por libre voluntad de las partes. Son las partes quienes deciden si el contrato será sometido a la legislación administrativa o al derecho privado⁵⁹⁰;
- 3) Por el régimen jurídico aplicable. Si al examinar el contrato se detecta que es aplicable la legislación administrativa, será administrativo; si es aplicable el derecho privado, será civil o mercantil;
- 4) Por el objeto del contrato. Cuando el contrato tiene por objeto la atención y prestación de un servicio público, es administrativo⁵⁹¹;
- 5) Por la **inclusión de la cláusula exorbitante** de derecho común; entendiéndose como tal, aquella que no puede figurar en un

⁵⁸⁶ Escola, Héctor Jorge, op. cit. nota 582, t. I. pág. 127.

⁵⁸⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Alfonso Nava Negrete, t. I., pág. 293.

⁵⁸⁸ Fernández Ruiz, Jorge, op. cit. nota 582, pág. 106.

⁵⁸⁹ Nava Negrete, Alfonso, op. cit. nota 571, págs. 583-284.

⁵⁹⁰ En cuanto a la voluntad del contratista particular en un contrato administrativo, es conveniente indicar que esta no se manifiesta con libertad, sino que se adhiere al clausulado en que el Estado contratante impone su soberanía gubernamental. La apreciación del profesor argentino Federico Campolieti sobre este punto es la siguiente: "Este régimen jurídico diferenciado, que sustenta la teoría del contrato administrativo, coloca al Estado en una posición de supremacía respecto del contratista, a quien normalmente se le denomina colaborador de la administración o se califica su posición como de subordinación". Campolieti, Federico, *Los Límites del Contrato Administrativo*, colaboración *Contratos Administrativos*, edit. U. N.A. M., México, 2007, pág. 23.

⁵⁹¹ En este punto es importante recordar que los servicios públicos se han venido privatizando, y que, aún y cuando el servicio sea público, el contrato sería privado, como lo es en el servicio de banca y crédito.

contrato privado porque lo prohíbe expresamente el Código Civil. Si una de estas cláusulas aparece entre las de un contrato celebrado por la administración, el contrato es público, es administrativo.

El propio Maestro Nava Negrete expresa una crítica a este criterio de distinción al decir que son pocas las cláusulas de este tipo existentes en los códigos civiles y, además, el contenido de las mismas, no da a la administración contractual ventaja o provecho frente a su cocontratante particular. Y para el caso de los contratos administrativos mexicanos extiende la crítica al afirmar: *“Sin ley de contratos administrativos, sin jurisprudencia formadora, con una doctrina pobre, con numerosos contratos públicos innominados, con solo dos contratos administrativos nominados, **la necesidad de utilizar esos criterios es absoluta, no uno solo, varios, lo que cada caso imponga; en la administración central es difícil, es dudosa su aplicación, pero en la administración paraestatal (organismos descentralizados y empresas de participación estatal) es anárquica, infructuosa, desordenada, lo que hace ineficaz su acción**”*⁵⁹².

La anterior observación permite considerar que en el caso de la administración paraestatal, en donde se trata de verdaderas empresas comerciales, la contratación administrativa se encuentra con circunstancias contradictorias tales, que son producto de las arbitrariedades estatistas de ley en detrimento doctrinal de verdaderos contratos de derecho privado entre sujetos de derecho privado, porque las empresas de participación estatal son generalmente sociedades anónimas, y las descentralizadas son empresas comerciales estatales.

También Ramón Parada⁵⁹³ critica esta circunstancia obscura de los contratos administrativos al señalar que: *“Tanto en los contratos de tipo común que celebra el Estado como en aquellos en que conserva poderes exorbitantes se tiene un conflicto conceptual si se percibe a éste como un soberano que impone en toda circunstancia su voluntad, lo cual resulta inconcilliable con la posición de igualdad entre las partes y el principio pacta sunt servanda”*⁵⁹⁴. A la anterior crítica García Castillo agrega: *“El punto de partida de la polémica de un contrato celebrado por el Estado donde éste tiene poderes exorbitantes respecto a su contraparte se alimenta sobre la inicial contradicción que parece tener lugar en pretender insertar en el derecho público la figura por excelencia del derecho privado: el contrato. Esta inserción parece irreconcilliable con las notas que tradicionalmente marcan el derecho público: la desigualdad de las partes, la autoridad del gobierno, la prerrogativa soberana, la característica del gobierno en mandar unilateralmente, mientras que el contrato implica negociación e igualdad de partes”*⁵⁹⁵.

⁵⁹² Nava Negrete, Alfonso, op. cit. nota 571, págs. 585-856.

⁵⁹³ Tratadista español de derecho administrativo.

⁵⁹⁴ Parada, Ramón, *Derecho administrativo I, Parte general*, edit. Marcial Pons, 12ª. ed. Barcelona, 2000, pág. 252.

⁵⁹⁵ García Castillo, Tonatiuh, op. cit. cita 558, págs. 194-195.

Los administrativistas jurídicos señalan que el contrato administrativo forma parte de los regímenes especiales existentes en los sistemas jurídicos, ya que la distinción entre contratos de derecho privado y derecho administrativo se llevaba a cabo de manera inicial simplemente por efectos jurisdiccionales y de manera pragmática para que las controversias administrativas fueran resueltas más rápidamente por tribunales que tuvieran mayor conocimiento de la administración pública⁵⁹⁶; más con esta distinción se daría lugar a consecuencias reflexivas en cuanto a la doctrina jurídica en la teoría del contrato, y, desde luego, al proceso de sustanciación de los llamados contratos administrativos para que se distinguieran de los contratos de derecho privado⁵⁹⁷.

Ahora bien, Gastón Jéze y la escuela de Burdeos, marcan como diferencia entre los contratos administrativos y los de derecho privado, la desigualdad que caracteriza a los primeros, condición que explican en función del interés superior del Estado en la ejecución de un servicio público; más para Gabino Fraga: *"...el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido y, por lo mismo, se hace indispensable buscar otro que no tenga esos defectos"*⁵⁹⁸.

La solución de los administrativistas para explicar este desajuste conceptual doctrinal en la teoría de los contratos es indicar que los contratos administrativos están integrados en un régimen jurídico especial que permite "cláusulas exorbitantes" del derecho privado (el propio Fraga explica que el derecho mercantil es un derecho exorbitante del derecho civil⁵⁹⁹), por lo cual, el contrato administrativo contiene ciertas cláusulas exorbitantes del derecho privado, que le hacen diferir de los contratos de esa rama jurídica; de esta forma los administrativistas han establecido como elemento central del contrato administrativo la noción de cláusula exorbitante o derogatoria de las reglas aplicables a los contratos de derecho privado⁶⁰⁰.

El Maestro Fraga argumenta a favor de la tesis doctrinal administrativista de los contratos administrativos reservados en un régimen jurídico de excepción y explica: *"Finalmente el régimen excepcional de los contratos administrativos permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de este último serían contrarias al orden público y, por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas que invistieran a uno de los contratantes de facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las*

⁵⁹⁶ Aún y cuando no se reconoce, en estas razones de carácter práctico, seguramente no excluyen la circunstancia de que en los tribunales de derecho privado, cuando se resolvían controversias relacionadas con estos contratos en que el Estado participaba como parte, la resolución no favorecía al Estado por estar apegada a los principios de derecho privado, y con esta medida jurisdiccional se procuró "mayor comprensión" a los intereses gubernamentales

⁵⁹⁷ **García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, edit. Civitas, 5ª. ed. Madrid, 1991, pág. 656.

⁵⁹⁸ **Fraga, Gabino**, op. cit. nota 573, pág. 399.

⁵⁹⁹ **Ibidem.**

⁶⁰⁰ **García Castillo, Tonatiuh**, op. cit. cita 558, pág. 195.

sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste. Por el contrario, esas mismas estipulaciones a favor de la Administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya lo hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de Poder público aún en las relaciones contractuales, y 'si no impone como Poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese Poder'⁶⁰¹.

Llama la atención que la teoría del contrato administrativo esté fundamentada en la calidad excepcional del derecho administrativo con relación al derecho privado en materia de obligaciones y contratos; todo esto debido a que esa calidad excepcional permite "cláusulas exorbitantes" a las aplicables en los contratos de derecho privado. Esta afirmación, acepta que la teoría del contrato es propia del derecho privado, y que los principios de libertad de contratación e igualdad de las partes **son sus elementos esenciales**, por lo que sin ellos no podría conceptuarse la figura contractual. Puede aceptarse doctrinalmente que la figura contractual presente modalidades y condiciones que dicte el interés público, o el interés social, como en el caso de los contratos laborales en donde se busca que la igualdad entre las partes se haga efectiva mediante la integración al desarrollo socioeconómico de los grupos marginados y desvalidos, dando lugar mediante modalidades y condiciones jurídicas especiales a una igualdad entre partes que la realidad socioeconómica marca como desiguales; pero, de ahí, a que se presente una circunstancia exorbitante es algo en lo que hay que reflexionar, porque no se considera que la desigualdad entre las partes sea una modalidad en el contrato, ya que ese desequilibrio rompe con la esencia de la institución y, en ese caso, no sería un contrato, sino una adhesión a una manifestación unilateral de carácter administrativo, que contempla actos de autoridad soberana y de ejercicio gubernamental.

Los mismos administrativistas coinciden en que el concepto de "cláusulas exorbitantes" presenta ambigüedades⁶⁰²; y aún y cuando se definen como: *"...aquellas cláusulas que de hallarse insertas en un contrato entre particulares serían nulas por violar disposiciones de orden público o como cláusulas meramente inusuales en los contratos de derecho privado"*⁶⁰³, dejan la duda sobre: ¿Cómo saber si al celebrar un contrato una cláusula será afectada de la posibilidad de ser declarada nula por un tribunal de derecho privado?, y también: ¿Cómo determinar si la utilización de las cláusulas afectadas de la posibilidad de ser declaradas nulas por un tribunal de derecho privado son infrecuentes en los contratos de derecho privado?⁶⁰⁴ Ante tales cuestionamientos, en principio

⁶⁰¹ Fraga, Gabino, op. cit. nota 573, pág. 403.

⁶⁰² Campolieti, Federico, op. cit. nota 589, pág. 27.

⁶⁰³ Ibidem. pág. 26.

⁶⁰⁴ Ibidem. pág. 27.

habrá que determinar qué es lo exorbitante⁶⁰⁵, y este término se refiere a algo excesivo, desmesurado, exagerado, significa salirse del camino, separarse⁶⁰⁶; y la palabra exorbitancia, se entiende como el exceso notable con que una cosa pasa del orden y término regular⁶⁰⁷, y se encuentra fuera de la medida normal⁶⁰⁸. O sea, que se excede conceptualmente de lo que se es en esencia; entonces, lo exorbitante ya no está en el orden y la esencia regular; ya no es lo que era originalmente; ya no es una cosa que tiene modalidades, pero conserva su esencia. Aplicando esta reflexión al caso de que se trata, lo exorbitante del contrato de derecho privado, sería un acto de autoridad propio del derecho público, y entonces ese acto jurídico ya tendría otra esencia y no sería contrato.

En relación a la característica del contrato administrativo en que expresan que se identifica por contener una cláusula exorbitante del derecho común, entendiéndose como tal, aquélla que no puede figurar en un contrato privado porque la prohíbe expresamente el Código Civil, el problema no es solamente la desigualdad entre las partes, cosa que es aceptable en materia mercantil por no existir la lesión, sino la sumisión en que incurre el particular ante actos administrativo que le dejan en estado de indefensión en la relación contractual; entonces, no sólo existe una desigualdad entre las partes, lo que se presenta en los contratos administrativos es una desigualdad de las partes ante la ley, porque se aplican leyes diferentes a las del derecho común, que son las leyes de la materia administrativa, en donde el particular es un súbdito del Estado, lo cual afecta el principio de justicia privada propia de un contrato. Y por consecuencia, no se presenta una cláusula exorbitante de derecho común, se presenta una cláusula que remite a las partes a otra rama del Derecho.

En este aspecto, la figura del contrato administrativo exhibe una pobreza doctrinal que lo reduce a la categoría de una arbitrariedad positivista en función de una ventaja estatista práctica, ahora sí, una figura exorbitante, en perjuicio de derechos individuales y violentando el principio de igualdad ante la ley, y Estado de Derecho *-Rechtsstaat-*, que tiene como su concepción principal la protección de la autonomía individual consistente en asegurar la libertad individual y la propiedad como bases necesarias de independencia⁶⁰⁹.

El hecho de que en el *common law* no existan los llamados contratos administrativos presenta un punto de reflexión serio para la consideración doctrinal de esta figura, ¿Pudiendo ser la respuesta que en esa cultura jurídica se privilegian los derechos individuales?⁶¹⁰

⁶⁰⁵ Palabra derivada del latín *exorbitans-antis, exorbitare*, significa separarse, salirse del camino.

⁶⁰⁶ *Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A.*, op. cit. nota 334, t. IV, pág.1111.

⁶⁰⁷ **Real Academia Española**, op. cit. nota 122, t.I., pág. 993.

⁶⁰⁸ www.wordreference.com 4 - VIII - 09

⁶⁰⁹ **Grote, R.**, "*Evolución histórica de la noción de Estado de Derecho*", <http://www.diplomadoestadodederecho.com/> 5 VIII 09

⁶¹⁰ **Campolieti, Federico**, op. cit. nota 589, pág. 23. y **García Castillo, Tonatiuh**, op. cit. cita 558, , pág. 210.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿El contrato administrativo se constituye en un derecho especial del Estado? La respuesta es evidente, el derecho especial para el Estado es el derecho público y sus actos son actos administrativos, pero el Estado puede actuar como sujeto de derecho privado sin que tenga necesidad de tener otra personalidad; solamente que las instituciones de derecho, como lo son los actos jurídicos, tienen una esencia propia en la que el tipo de relación jurídica no depende de los sujetos del acto, sino del objeto del propio acto jurídico. En tal sentido, el contrato es una institución jurídica cuyo objeto se realiza mediante una relación jurídica de libertad de la voluntad e igualdad de las partes.

Extendiendo el análisis sobre la igualdad de las partes en el contrato de derecho privado, se habrá de encontrar que la gran mayoría de los contratos privados en que participa el Estado son mercantiles, y es por esto importante indicar que en materia mercantil no existe la lesión y cada quien se obliga en los términos en que quiso obligarse; así que, si un comerciante contrata con el Estado no puede alegar lesión; pero este comerciante no es parte de un acto administrativo en calidad de gobernado, y la jurisdicción en que se deben de conocer de las controversias que se susciten del contrato, deberán ser seguidas ante tribunales propios de derecho privado. Obviamente, el contrato mixto mercantil-administrativo es de carácter privado, y en él habrá de considerarse la ausencia de actos administrativos en el clausulado del contrato como lo sería la rescisión unilateral como decreto soberano de la parte administrativa.

En el caso del llamado contrato administrativo, el comerciante se adhiere a una manifestación unilateral del Estado, en donde la vinculación está condicionada por una desigualdad en la relación, porque el Estado, en todo momento, puede hacer uso de la rescisión unilateral de la vinculación ante el particular y tiene como jurisdicción señalada, la de los tribunales propios de derecho administrativo. En este caso el particular no convino con el Estado, sino que se adhirió a una manifestación gubernamental, desde luego, fundada en una disposición jurídica de carácter administrativo, pero no se contrató.

Otra pregunta que surge de la teoría expuesta por los administrativistas sobre el contrato administrativo, sería: ¿El contrato administrativo es excepcional del contrato de derecho privado? La respuesta que resulta es que no, porque rompe con el modelo contractual, ya que el llamado contrato administrativo, no llega a conceptuarse ni siquiera como contrato de adhesión (el cual, si es excepcional de la generalidad de los contratos de derecho privado), debido a que en el clausulado contractual no pueden presentarse actos de soberanía gubernamental, que por su naturaleza, pertenecen a otra jurisdicción material; y en el caso del contrato de adhesión, si bien es cierto que en la relación contractual impera la manifestación unilateral de la voluntad de una de las partes, y la otra se adhiere⁶¹¹, no existe una relación de sumisión a una autoridad gubernamental y la jurisdicción, en caso de controversia, es propia del derecho

⁶¹¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila, t. I., pág. 702.

privado. Tan es diferente el contrato privado de adhesión al contrato administrativo, que el Estado puede ser parte de un contrato de adhesión, sin que éste sea de carácter administrativo, existiendo una relación de derecho privado únicamente.

Además, los administrativistas argumentan en justificación de lo que llaman cláusula exorbitante del contrato administrativo, que estas condiciones se presentan en función de un interés público, entendiéndose como tal: *“El conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”*⁶¹².

De la acepción anterior, se deriva el concepto “utilidad pública” que se convirtió en la justificación que tiene el Estado para extinguir a las personas de derecho privado y de derecho social, su derecho de propiedad. En materia administrativa es muy común aludir a las causas de interés público para justificar actos administrativos, por lo cual hay que remitirse a la Ley de Expropiación de 1936, que en su artículo primero indica las causas que se consideran de interés público, y en cuyos casos procedía la expropiación administrativa, determinándose las siguientes: *“el establecimiento, explotación o conservación de un servicio público, o de una obra pública; conservación de las cosas que caracterizan notablemente nuestra cultura nacional; las empresas para beneficio de la colectividad; las medidas que tendieran a evitar la destrucción de los elementos naturales; la creación o mejoramiento de centros de población; el mantenimiento de la paz pública; la equitativa distribución de la riqueza acaparada en perjuicio de la colectividad; y la satisfacción de las necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores”*⁶¹³.

Con las reformas de 1993, el artículo primero alcanzó doce fracciones, en las cuales se relacionan y explican las causas de utilidad pública, que no difieren de las del interés público por significar lo mismo⁶¹⁴. Sin embargo existen servicios públicos que son concesionados a particulares y los contratos que éstos realizan con el Estado no son contratos administrativos, como es el caso de los servicios de banca y crédito, la industria de la radiodifusión y la televisión, entre otros. De lo anterior se infiere que el concepto de interés público como justificante único del contrato administrativo no es contundente y que se trata, en verdad, de una “razón de Estado”, sin mayor explicación que el sentido práctico de someter estos actos jurídicos a la órbita del derecho administrativo en beneficio preferente del Estado, brindándole *imperium* y jurisdicción especial.

De esta manera, se puede concluir que los llamados contratos administrativos tienen en su determinación doctrinal serias contradicciones,

⁶¹² Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Francisco M Cornejo Certucha, t. III, pág 1779.

⁶¹³ Chávez Padrón, Martha, *El Derecho Agrario en México*, edit. Porrúa, 11ª. ed. México, 1997, pág. 277.

⁶¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Francisco M Cornejo Certucha, t. III, pág 1780.

deficiencias conceptuales y doctrinales; por lo que es un concepto fallido, derivado de aplicaciones prácticas estatistas que buscan hacer preferir las acciones de servicio público que brinda el Estado, ante particulares que mediante estos actos administrativos se someten a las formas del derecho administrativo, limitándose en sus posibilidades de igualdad ante la ley mediante un contrato.

En la legislación mexicana solamente existen dos leyes sobre contratos administrativos nominados⁶¹⁵, y éstos son: El de obra pública, el de adquisiciones (entiéndase compra-venta, o suministro), el de arrendamiento, de transporte, de arrendamiento financiero, de prestación de servicios profesionales; los cuales se determinan de manera por demás confusa y oscura, por ejemplo: Se refiere al contrato de mantenimiento, cuando éste es en realidad de suministro; y, por otra parte, en estas leyes no se cumplen completamente con las características de los contratos administrativos, porque en los artículos 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la jurisdicción que les corresponde es de derecho privado, ya que señala la aplicación supletoria de las referidas leyes al Código Federal de Procedimientos Civiles, con lo que si el particular presenta una demanda ante los juzgados federales en materia civil, generalmente la aceptan y se fija competencia, siempre y cuando la prestación demandada sea el incumplimiento del contrato, y no la rescisión del mismo, porque esta causa es considerada competencia de los juzgados federales en materia administrativa⁶¹⁶. Desde luego que se tiene que afrontar por el

⁶¹⁵ Artículo 3 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas de 30 de noviembre de 1999 y artículo 3 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 30 de noviembre de 1999.

⁶¹⁶ No. Registro: 177,053. Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Octubre de 2005, Tesis: I.4o.A.502 A. Página: 2317 **CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CONTRA SU RESCISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD, CON BASE EN LA LEY FEDERAL RESPECTIVA, PROCEDE EL JUICIO ORDINARIO ADMINISTRATIVO FEDERAL Y NO EL AMPARO INDIRECTO.** *Conforme al artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los Jueces de Distrito en materia administrativa conocerán, entre otras, de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas. Tal dispositivo, además de la competencia de dichos Jueces, establece la procedencia del juicio ordinario administrativo federal cuando, por ejemplo, se pretenda impugnar una resolución administrativa dictada por un funcionario de un organismo público descentralizado de la administración pública federal como puede ser Aeropuertos y Servicios Auxiliares, que rescinde un contrato de obra pública con fundamento en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en virtud de que se suscita una controversia con motivo de la aplicación de una ley federal en la que debe decidirse sobre la legalidad o subsistencia de la rescisión, que es un acto de autoridad en la medida en que constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración, imperativa y coercitiva que, además, tiene carácter administrativo por la naturaleza de quien la emite y por sus características intrínsecas. Así las cosas, la procedencia de ese medio de impugnación contra la mencionada rescisión, excluye la del juicio de amparo indirecto.*

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. Grupo Constructor Cinco, S.A. de C.V. 17 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana Márquez Velasco.

patrocinador del particular las excepciones de improcedencia de la vía que interpondrá la parte administrativa, pero generalmente el juez federal en materia civil sostiene su competencia aludiendo a los artículos antes mencionados de las leyes del contrato administrativo referidas con anterioridad.

Gutiérrez y González considera que: “No existen los contratos administrativos, sino que todos ellos son contratos civiles, celebrados en el campo de la administración, lo cual no es suficiente para crear una especie del contrato que se llame contrato administrativo”⁶¹⁷. Para el referido profesor, la licitación de los llamados contratos administrativos es una terminología mal aplicada, ya que la figura jurídica aplicable es una declaración unilateral de la voluntad en su especie de concurso con promesa de recompensa, y el premio será que con la persona ganadora del concurso, se celebrará un contrato de obras públicas⁶¹⁸.

Pero existen contratos que suscribe el Estado con particulares que pueden tener el mismo objeto de interés público, pero éstos no se clasifican como contratos administrativos, sino que se les llama contratos de Estado, y aquí las condiciones son diferentes, porque son contratos de carácter internacional y los particulares, incluso condicionan al Estado limitando su soberanía y sometiendo el contrato a una jurisdicción internacional, o a una cláusula arbitral. Entonces las teorías del interés público y el irrenunciable *imperium* del Estado, ¿porqué no se aplican? Estos contratos son comunes en el campo de la inversión extranjera entre empresas de alta capacidad tecnológica y suficiente liquidez, y Estados con recursos y riquezas a explotar, pero sin tecnología y sin liquidez; a estos contratos se les denomina contratos de Estado internacionales⁶¹⁹. Dichos instrumentos legales son diferentes a los contratos administrativos, pues en ellos la relación soberano-súbdito no existe⁶²⁰, por lo que la teoría del modelo exorbitante del contrato privado no se presenta; pero, sí se expone el concepto de que el objeto del contrato sea de interés público.

Se afirma que los contratos de Estado internacionales tienen sujetos y objeto de derecho internacional, y que bajo el principio de la autonomía de la voluntad, el contrato estará regido por el Derecho nacional del Estado contratante, o el Derecho nacional del contratista, o por principios generales de derecho distintos a los sistemas jurídicos nacionales de las partes, como lo puede ser la *lex mercatoria*, y también pueden acudir a normas extrajudiciales de justicia en caso de controversia, como lo son los reglamentos de arbitraje.

Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 78, junio de 1994, página 18, tesis P./J. 20/94, de rubro: "CONTRATO DE OBRA PUBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA."

⁶¹⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, edit. Porrúa, 3ª. ed. México, 2008, pág. 1219.

⁶¹⁸ *Ibidem*. Pág. 1231.

⁶¹⁹ García Castillo, Tonatiuh, op. cit. cita 558, pág. 257.

⁶²⁰ *Ibidem*. Pág. 259.

Otro elemento de estos contratos de Estado internacionales es que si se convino la aplicación del derecho nacional del Estado contratante, éste puede tener el ejercicio legal de la facultad rescisoria, pero tendrá el contratista la contraprestación del derecho a una compensación completa, lo que equivale a una indemnización bien valuada por una expropiación⁶²¹, existiendo una evidente igualdad entre las partes.

Estos contratos de Estado internacionales son totalmente de carácter mercantil, solamente que las partes son sujetos de un escenario internacional, y también son actos de comercio mixtos que responden a un realismo jurídico socioeconómico de la globalización postindustrial, porque, como se ha explicado, su formalidad jurídica rebasa al positivismo del derecho nacional y la jurisdicción judicial.

Sin embargo, a pesar de todos los comentarios doctrinales, los llamados contratos administrativos son una realidad en el derecho positivo y, desde luego, es legítimo que los gobiernos privilegien el interés público sobre el particular y den lugar a la creación de figuras jurídicas para lograrlo, pero es importante para la doctrina jurídica que esas figuras jurídicas creadas por los gobiernos, tengan la denominación y concepción doctrinal adecuada para evitar confusiones que deriven en errores graves de distorsión de la concepción jurídica.

4.- La subjetividad comercial.

4.1.- Los sujetos del acto de comercio.

En las definiciones de comercio expresadas se manifiesta que es una actividad de intermediación entre productores y consumidores; sin embargo, esta posición se ha considerado rebasada por los factores que despliega la globalización de la posmodernidad.

Se ha mencionado que la nueva relación económica comercial de la posmodernidad o "tercera ola" presenta sujetos diferentes a los establecidos por la revolución industrial que económicamente impulsó la producción y el consumo masivo separando productores y consumidores, dejando la actividad comercial como mediadora entre ambos. En la posmodernidad globalizada el conocimiento como factor productivo ha incrementado la tecnología postindustrial, misma que se ha individualizado (la computadora y el teléfono celular son un ejemplo), y con estos nuevos elementos cibernéticos electrónicos, los actos económicos han modificado sus patrones de acción, dando diferentes vínculos a la producción y al consumo, modificando sustancialmente el concepto de mercado. De esta manera ha aparecido el "*prosumidor*" como un sujeto que participa activamente en la producción de bienes y servicios que él mismo consume; así también, se ha configurado un sector de "*prosumidores*" que participan de agrupaciones de solidaridad social no lucrativas y no

⁶²¹ **Ibidem.** Pág. 262.

gubernamentales, pero que tienen efectos económicos patrimoniales en las personas y que influyen en el patrón de consumo de bienes y servicios.

El comerciante profesional que se desempeñaba como vínculo tradicional entre los productores y los consumidores ha sido desplazado por agentes diversos que realizan actos económicos comerciales, sin que se les considere profesionalmente como comerciantes, pero es indudable que estos agentes tienen influencia patrimonial en las personas vinculadas en la relación comercial. Dichos agentes pueden ser identificados como organizaciones no gubernamentales, no lucrativas, que desarrollan actividades económicas de apoyo a grupos marginados, o a restauraciones ecológicas, o restauraciones culturales, pero que las mismas actividades de solidaridad tienen una repercusión económica porque influyen en los niveles de producción y patrones de consumo.

El ejercicio del comercio ha sido considerado como elemento motriz del desarrollo económico y al comerciante se le ha profesionalizado desde la antigüedad; en ese sentido, se pronunció la quinta de "Las Siete Partidas", que fue uno de los cuerpos legislativos más importantes del siglo XIII europeo, en España particularmente. Es precisamente en el Título VII, ley I, en donde se determina a los sujetos del comercio, expresando lo siguiente: *"De los omes que propriamente son llamados mercadores. Propriamente son llamados mercadores, todos aquellos que venden, e compran las cosas de otri, por ganar en ellas. E lo que han de fazer, e de guardar, es esto: que vsen de su menester lealmente, non mezclando, ni bolviendo, en aquellas cosas que han de vender, otras, por que se falsasen, ni se empeorasen. Otrosi deuen guardar, que non vendan a sabiendas vna cosa por otra. E que vsan de peso, e de medida derecha segun fuere costumbre en aquella tierra, o en aquel Reyno, do moraren. E quando leuaren sus mercandurias de vn lugar a otro, deuen yr por los caminos vsados, e dar sus derechos a los que los ouieren de dar. E si contra esto fiziessen, caerían en las penas que dizen en las leyes deste Titulo"*⁶²². Cabe mencionar que en este mismo título, en la ley II, se trata: *"De los cotos, e las posturas, que ponen los Mercadores entre si, faziendo juras, e cofradías"*. Y en la ley III, se trata: *"De las ferias, o de los Mercados, en que usan los omes fazer vendidas, e compras"*. Es así, como se determinaba la personalidad y actividad de los comerciantes.

De la lectura de la anterior ley, del título VII, de la quinta partida del Rey Alfonso X, se desprende la definición de comerciante, entendiéndose a los individuos que profesionalmente desempeñan operaciones de cambio con afán de lucro y señala sus obligaciones ante la autoridad, en lo correspondiente a desempeñarse con honestidad y pagar los derechos de introducción de mercancías; así también, en el mismo título, se trata lo relativo a las agrupaciones de los comerciantes, o sea, que se les reconoce un carácter profesional, y además, la reglamentación de las ferias comerciales.

También se puede decir sobre lo expresado por la quinta partida del Rey Alfonso X, que se reconoce la personalidad jurídica del comerciante como un

⁶²² Alfonso X, "El Sabio", Rey de Castilla y de León, op. cit. nota 317, partida V, pág. 85-86.

sujeto de normas jurídicas especiales. Este ordenamiento del Medioevo parte de reconocer el realismo socioeconómico del ejercicio mercantil para otorgar una personalidad jurídica. En otras palabras, la partida cumple con el ejercicio positivista de crear un centro de imputación jurídica (persona) individual, para el comerciante, y otro colectivo para el gremio o cofradía.

Si bien es cierto que la teoría de la personalidad en un sujeto individual está vinculada a la condición humana, también lo es que en lo correspondiente a los sujetos colectivos, la teoría se integra en una ficción jurídica, que tiene vigencia inmemorial en el realismo comercial, reconocida por el derecho positivo. Más, resulta importante e interesante estudiar el concepto de comerciante como sujeto del derecho mercantil, tanto en su calidad de derecho fundamental al libre comercio, como en su concepción de un derecho a una ocupación u oficio habitual y también como un derecho al ejercicio profesional. Entonces, el comerciante como sujeto de derecho mercantil, cuenta con el derecho fundamental al ejercicio mercantil, constituido en garantía constitucional en algunos sistemas jurídicos nacionales.

4.2.- Del comercio como ocupación al comercio como profesión.

Atendiendo a los antecedentes jurídicos, a que se hizo referencia, cuando se argumentó la necesidad de reconocer los derechos fundamentales o naturales de los humanos, no es extraño encontrar al derecho de libertad de comercio y a su ejercicio como ocupación o profesión, como un derecho humano concomitante al derecho de libertad, contenido en las manifestaciones del liberalismo enciclopedista del siglo XVIII; como elemento de interés especial en la concepción política de las repúblicas modernas, señalando dentro de las libertades del hombre, la libertad al libre comercio, que implicaba también, la libertad del ejercicio comercial como profesión lícita. Estos conceptos fueron evolucionando en la delimitación y diferenciación de estos dos derechos humanos íntimamente vinculados: El derecho al libre comercio, y el derecho al ejercicio profesional del comercio.

En este sentido, se puede ubicar dentro de los documentos constitutivos básicos de estos sistemas políticos como lo es la Constitución de Filadelfia de 1787, en el punto 3, de la sección 8, relativo a las facultades del Congreso, dice que este puede actuar: *"Para regular el comercio con naciones extranjeras y entre los distintos estados del país, así como con las tribus indígenas"*⁶²³. Esta disposición se convertirá en un antecedente del artículo 50, facultad onceava contenida en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Por lo que toca a los derechos de libertad y propiedad, es hasta la Enmienda XIV de 9 de julio de 1868, cuando en el punto 1, se incorporan estos conceptos con mayor precisión, expresando: *"Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos*

⁶²³ Rabasa, Emilio O, *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, edit. Porrúa y UNAM, México, 2003, pág. 162.

*de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos*⁶²⁴.

En la declaración de los derechos del hombre de 1789, de la revolución francesa, dentro del texto de los artículos cuatro y diecisiete⁶²⁵ se exaltó la libertad de ejercicio de los derechos naturales del hombre, entre ellos, el de propiedad y el de trabajo, que comprende el derecho a ejercer el comercio. El artículo cuarto expresó lo que se consideraron los derechos naturales: *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a terceros: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”*. Y sobre el derecho de propiedad, que entonces incluía el derecho al comercio, el artículo diecisiete se manifestó así: *“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede verse privado de ella, salvo en caso de que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija con evidencias, y bajo la condición de una justa y previa indemnización”*.

En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, en 1814, se señaló en su artículo 37, un antecedente del actual artículo 5º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al expresar que: *“Ningún género de cultura, industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública”*⁶²⁶. En este precepto legal, el Decreto Constitucional de Apatzingán exalta la libertad del ejercicio comercial.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, en su artículo 50, en la facultad onceava, relativo a las facultades del Congreso, se expusieron los mismos términos del antecedente citado en la constitución de Filadelfia de 1787, expresando: *“Arreglar el comercio con naciones extranjeras, y entre los diferentes estados de la federación y tribus de los indios”*⁶²⁷.

Es en la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 en donde se determina expresamente la libertad de ocupación y profesión, lo cual significa una concepción de mayor amplitud del derecho al libre comercio, que en este caso, se refiere no solamente al libre ejercicio de la actividad comercial, sino además, a los sujetos del mismo ejercicio comercial como profesionales; así, en el

⁶²⁴ <http://www.geocities.com> 9 - VIII - 09

⁶²⁵ http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_1.html 9 - VIII - 09

⁶²⁶ **Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, *Derechos del Pueblo Mexicano*, edit. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 3ª. ed. México, 1985, t. II Historia Constitucional, pág. 143.

⁶²⁷ *Constitución Federal de los Estados-unidos Mexicanos sancionada Por el congreso general constituyente el 4 de octubre de 1824*, facsímil del original, edit. Plataforma de Profesionales Mexicanos A. C., Mexico ,1974, pág. 26.

artículo 4º se decreta lo siguiente: *“Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos...”*⁶²⁸.

Pero es en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en el artículo 4º., donde se expresa de manera delimitada la libertad del ejercicio comercial con carácter profesional y con independencia de lo correspondiente al derecho al libre comercio, que es tratado en los artículos 25 y 28. En lo correspondiente al ejercicio profesional se dictó el siguiente texto: *“A ninguna persona se podrá impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícito, sino por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando ofendan los de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.*

*Se declaran ilícitos y prohibidos el comercio de bebidas embriagantes y la explotación de casas de juego de azar”*⁶²⁹

Mediante las reformas que tuvieron lugar el 31 de diciembre de 1974, se modificaron los artículos 4º. y 5º. constitucionales, y el texto referente a la libertad profesional, que originalmente se encontraban en el artículo 4º, y pasaron al artículo 5º., quedando de la siguiente manera: *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial”*⁶³⁰. Con las reformas señaladas, se ajusta la redacción del antiguo artículo 4º., y se elimina la prohibición del comercio de bebidas alcohólicas y juegos de azar.

Otro elemento importante, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, de la Organización de las Naciones Unidas, que en su artículo 17 expresa: *“Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”*; y en el artículo 23, expone el derecho al libre ejercicio del trabajo, que incluye el derecho al ejercicio del comercio, sin que se exprese un carácter profesional, porque el artículo toma un tinte laboralista; mismo que se transcribe a continuación: *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*⁶³¹.

Independientemente de lo que se exprese como derecho fundamental humano, en lo correspondiente al ejercicio del comercio, el sujeto jurídico de esta

⁶²⁸ **Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, op. cit. nota 625, t. I Artículos 1º. a 4º, pág. 4-7.

⁶²⁹ **Ibidem.**, t. I Artículos 1º. a 4º, pág. 4-15.

⁶³⁰ **Ibidem.**, t. II, Artículos 5º. a 15, pág. 5-113.

⁶³¹ <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm> 9.-VIII - 09

actividad está determinado por las leyes especiales en materia mercantil, que se han dictado en concordancia con la primera disposición mercantil moderna, que es el Código de Comercio del emperador Bonaparte.

Siguiendo la secuela que marcó el Código de Comercio napoleónico, los consecuentes códigos que siguieron este modelo tomaron como válido el concepto de persona jurídica en materia comercial, que contiene los elementos de capacidad de ejercicio para obligarse y calidad ocupacional. En la actualidad se encuentran en los Códigos de Comercio las condiciones de capacidad, individualidad o sociedad, y profesionalidad determinadas.

En el Código de Comercio francés⁶³², en el Libro primero, título segundo, sección primera, se incluyen tres artículos que dicen cuál es la condición de los comerciantes, sin que se mencione expresamente la necesidad de estar capacitado jurídicamente⁶³³; sin embargo, el listado de condiciones de incapacidad comercial es amplio; por otra parte, al menor aún emancipado, no le reconoce capacidad⁶³⁴; a la mujer casada le exige individualidad distinta a la del marido⁶³⁵.

Asimismo el Código español⁶³⁶ reconoce la capacidad de ejercicio para obligarse y calidad ocupacional como condición básica para tener personalidad en la materia mercantil⁶³⁷, pero permite al menor emancipado realizar actos de comercio⁶³⁸, y por lo que toca a la mujer casada, la considera comerciante independiente del marido⁶³⁹.

El Código argentino⁶⁴⁰ tiene condiciones similares, capacidad jurídica⁶⁴¹, individualidad, profesionalidad; se permite al menor emancipado poseer de un

⁶³² <http://195.83.177.9/code/index.phtml?lang=esp> 9 - VIII - 09

⁶³³ **Artículo L121-1** Serán considerados comerciantes aquellos que ejerzan actos de comercio y que hagan de ellos su profesión habitual.

⁶³⁴ **Artículo L121-2** El menor de edad, aunque estuviera emancipado, no podrá ser comerciante.

⁶³⁵ **Artículo L121-3** El cónyuge de un comerciante no podrá ser considerado en sí mismo comerciante si no ejerce una actividad comercial separada de la de su cónyuge.

⁶³⁶ http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_238.htm 9 - VIII - 09

⁶³⁷ **Artículo. 7.º** Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

Artículo. 8.º No es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio; pero queda sujeto a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto.

⁶³⁸ **Artículo. 10.** Cuando los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional en virtud de la autorización que les confieren los artículos 246 y 439 del Código Civil ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta concurrencia de su peculio y sometidos a las leyes de comercio.

Artículo. 18. El menor comerciante puede comparecer en juicio por sí solo en todas las cuestiones relativas a su comercio.

⁶³⁹ **Artículo. 14.** La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.

Artículo. 16. La mujer divorciada y la separada de bienes pueden comerciar, previo al registro y publicación de la sentencia de divorcio y separación o de las capitulaciones matrimoniales, en su caso, y sujetándose, además, si fueren menores de dieciocho años, a las reglas concernientes a los menores bajo guarda.

⁶⁴⁰ <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-comercio.html> 9 - VIII - 09

patrimonio personal; no hace especial mención a la mujer casada; y distingue el comercio en general del comercio al por menor⁶⁴².

Con las variables que exponen los Códigos mencionados, el Código mexicano⁶⁴³ se ha venido desarrollando de conformidad a las nuevas consideraciones mercantiles que han modificado criterios y posturas en otras legislaciones mercantiles. Así, se otorga personalidad comercial a las personas individuales y colectivas, tanto nacionales, como extranjeras⁶⁴⁴; hace una distinción en lo correspondiente a la profesionalización del comerciante y la circunstancialidad⁶⁴⁵; considera igualdad de derechos comerciales a los matrimonios de comerciantes casados bajo el régimen de separación de bienes y de sociedad conyugal⁶⁴⁶; expresa un especial interés por los comerciantes

⁶⁴¹ **Artículo. 1°** - La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.

Artículo. 4° - Son comerciantes así los negociantes que se emplean en especulaciones en el extranjero, como los que limitan su tráfico al interior del Estado, ya se empleen en un solo o en diversos ramos del comercio al mismo tiempo.

Artículo. 5° - Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario.

Artículo. 6° - Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio.

⁶⁴² **Artículo. 2°** - Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor. Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado.

Artículo. 3° - Son comerciantes por menor los que, habitualmente, en las cosas que se miden, venden por metros o litros; en las que se pesan, por menos de 10 kilogramos, y en las que se cuentan por bultos sueltos.

⁶⁴³ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo> 9 - VIII - 09

⁶⁴⁴ **Artículo 3o.-** Se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 5o.- Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

⁶⁴⁵ **Artículo 4o.-** Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen plantados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expendierlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

⁶⁴⁶ **Artículo 9o.-** Tanto el hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes.

En el régimen Social Conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciantes, podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.

extranjeros, distinguiendo los establecidos de los que lo estén⁶⁴⁷; presenta de manera incompleta una relación de personas que están impedidos de ejercer el comercio⁶⁴⁸, pero no incluye, entre otros, a los sindicatos y los notarios públicos. En el título primero, del libro primero, del Código mexicano se incorporó un precepto que regula obligaciones de ética comercial, que bien podría ubicarse en el título segundo, que trata expresamente de las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio, pero, bien se les puede considerar como parte de un perfil ético profesional del comerciante⁶⁴⁹.

4.3.- ¿Quiénes son comerciantes?

Los comerciantes, desde la antigüedad, han estado socioeconómicamente identificados, pero jurídicamente se busca determinar el concepto de derecho positivo de los comerciantes como sujetos de derecho. En este sentido, es importante reflexionar en el razonamiento de Javier Álamo⁶⁵⁰, quien expresa: *“El Derecho no crea personas de ningún tipo, pero sí les contempla como sujetos, otorgándoles una personalidad y reconociéndoles en consecuencia una capacidad o competencia jurídicas según el caso”*⁶⁵¹

⁶⁴⁷ **Artículo 13.-** Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Artículo 14.- Los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este Código y demás leyes del país.

Artículo 15.- Las Sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia ó sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación.

En lo que se refiera a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de Sociedades extranjeras.

⁶⁴⁸ **Artículo 12.-** No pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

La limitación a que se refiere la fracción anterior, comenzará a surtir sus efectos a partir de que cause ejecutoria la Sentencia respectiva y durará hasta que se cumpla con la condena.

⁶⁴⁹ **Artículo 6 bis.** Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

I.- Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;

II.- Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;

III.- Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o

IV.- Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable.

⁶⁵⁰ Profesor mexicano de derecho mercantil en la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁶⁵¹ **Álamo, Javier,** *Los 140 Tipos de Personas Reconocidas por el Derecho Mexicano*, edit. Porrúa, México, 2000, pág. 22.

Ante la pregunta del inciso capitular: ¿Quiénes son comerciantes? Habrá de contestarse de acuerdo a las características que se han expuesto para los sujetos comerciales mencionados por los códigos comerciales citados, pero para completar el ejercicio jurídico que ocupa a los estudiosos del tema, habrá que determinarlos; por lo que en lo sucesivo se tendrá que señalar de manera concreta a esos sujetos mercantiles de conformidad con las normas jurídicas correspondientes. En el caso del Derecho mexicano, los comerciantes como sujetos de Derecho tienen las siguientes clasificaciones:

En principio, se debe de nombrar a los comerciantes, tanto individuales, como colectivos; y éstos últimos, a su vez, pueden ser:

- a) Nacionales, de acuerdo con el Artículo 8 de la Ley de Nacionalidad:
 - i. Establecidos
 - ii. No establecidos
- b) Extranjeros, de acuerdo con los Artículos 3, fracción III, 13, 14 y 15 del Código de Comercio Artículo 9 de la Ley de Nacionalidad
 - i. Establecidos, mediante agencias o sucursales;
 - ii. No establecidos.

También se considera la distinción entre comerciantes directos e indirectos; siendo los primeros, quienes ejercen directamente y a nombre o denominación propia el comercio; y los segundos, quienes son socios de una sociedad mercantil de derecho privado, o de derecho social.

Por lo que corresponde a los comerciantes colectivos, éstos parten del contenido del artículo 25 del Código Civil Federal⁶⁵², ya que en este artículo se contemplan a las personas colectivas de derecho público y las de derecho privado.

Las personas colectivas de derecho privado se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a. Personas colectivas de derecho civil; y
 - b. Personas colectivas de derecho mercantil.
- a) Las personas colectivas de derecho civil, o sea, no comerciantes, son las siguientes⁶⁵³:

⁶⁵² **Artículo 25.** Son personas morales:

I. La Nación, los Estados y los Municipios;

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;

III. Las sociedades civiles o mercantiles;

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley;

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

⁶⁵³ En esta relación se toma en consideración el estudio al respecto del Prof. Javier Álamo, **Álamo, Javier**, op. cit. nota 650.

- i. Asociación Civil. Consistente en una reunión de individuos para realizar un fin común que no tenga carácter preponderantemente económico. Artículos 2041 al 2687, del Código Civil Federal;
- ii. Asociación Religiosa. Que es una asociación especial con un objeto de carácter religioso, que registra sus estatutos ante la Secretaría de Gobernación, de conformidad con la Ley de Asuntos Religiosos y Culto Público, y su Reglamento.
- iii. Asociación Profesional. Estas asociaciones, siguiendo el sentido expresado por los artículos 123 Constitucional, fracción XVI; 1257 del Código de Comercio; 81 de la Ley General de Salud; 40 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y en especial, 45, fracción II de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, son asociaciones civiles de profesionales, que también pueden ser denominadas colegios.
- iv. Sociedad Civil. En la cual los socios buscan realizar un fin común que tenga carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Artículos 2688 al 2735, del Código Civil Federal;
- v. Sociedad Mutualista. Son sociedades especiales, reconocidas en legislaciones civiles de algunas entidades federativas como Coahuila y Nayarit que tienen por objeto la mutua protección, y una de sus variedades es el mutualismo de seguro, reguladas por la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguro, la cual en su artículo 78, fracción III, expresa el carácter no lucrativo de las mismas.
- vi. Sociedad de Gestión Colectiva. Son sociedades reguladas por la Ley Federal del Derecho de Autor, y se les considera sociedades de derecho privado, porque protegen los derechos de los autores. Existe la discusión sobre la naturaleza de los derechos de autor, en la que algunos tratadistas los estiman derechos reales, otros, presuponen derechos personales, y otros, los determinan como derechos de privilegio, pero, para estos últimos, por sus características, no se configuran derechos reales de propiedad, ni derechos personales.
- vii. Institución de Asistencia Privada. Estas instituciones de derecho civil⁶⁵⁴, señaladas en la modalidad de Asociación, o de Fundación, el Código Civil Federal, en su artículo 2687, las remite a las leyes especiales.

b) Personas colectivas de derecho mercantil, o comerciantes, son sujetos de derecho revestidos de formas empresariales que las leyes

⁶⁵⁴ Álamo, Javier, op. cit. nota 650, pág. 201.

determinan en diversos ordenamientos, ya que las formas empresariales no se encuentran contenidas en un solo texto legal, por lo cual se exponen las así determinadas por las leyes, y son:

- i. Las Sociedades Mercantiles a saber son las siguientes:
 - a. Sociedades Anónimas en general. Están reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles
 - b. Sociedades Anónimas especializadas⁶⁵⁵:
 - 1) Sociedad Anónima Banca Múltiple. Estas sociedades capital fijo podrán ser autorizadas por el Gobierno para desempeñar el servicio de banca y crédito de manera general, y está regulada por la Ley General de Instituciones de Crédito;
 - 2) Sociedad Anónima Organización Auxiliar del Crédito. Son intermediarios financieros no bancarios que coadyuvan al desarrollo de la actividad crediticia, y son reguladas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y la Ley de Uniones de Crédito. Las organizaciones auxiliares del crédito son las siguientes:
 - Almacenes Generales de Depósito;
 - Uniones de Crédito;
 - Casas de Cambio
 - 3) Sociedad Anónima Controladora Grupo Financiero. Son sociedades de duración indefinida que adquieren y administran las acciones del capital social de los integrantes del grupo financiero de que se trate, que representen el 51% de su capital pagado y está regulada por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros;
 - 4) Sociedad Anónima Financiera de Objeto Limitado. Estas sociedades captan recursos provenientes de la colocación de instrumentos previamente calificados por una institución calificadora, inscritos en el Registro Nacional de Valores, y otorgan créditos para una actividad específica y está regulada por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley de Instituciones de Crédito;

⁶⁵⁵ En esta relación de sociedades anónimas de carácter financiero se toma en consideración lo expresado en el tratado al respecto presentado por el Doctor Jesús de la Fuente Rodríguez. **De la Fuente Rodríguez, Jesús.** *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, edit. Porrúa, 3ª.ed. México, 2000.

- 5) Sociedades Anónimas Financieras de Objeto Múltiple. Son sociedades que en sus estatutos contemplan como objeto social la realización habitual y profesional de arrendamientos financieros, o de factorajes financieros, y son reguladas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Estas sociedades pueden ser:
- Reguladas;
 - No Reguladas.
- 6) Sociedad Anónima de Inversión o Fondos de Inversión. Estas sociedades adquieren valores y documentos seleccionados de acuerdo a criterios de diversificación de riesgos determinados con anticipación y están reguladas por la Ley de Sociedades de Inversión. Se clasifican en:
- De Renta Variable;
 - De Instrumentos de Deuda;
 - De Capitales;
 - De Objeto Limitado;
 - De Inversión Especializada en Fondos para el Retiro.
- 7) Sociedad Anónima Institución de Seguros. Son sociedades de capital fijo, o variable, que desarrollan, como parte autorizada por el Gobierno, el contrato de seguro y son reguladas por la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y la Ley sobre el Contrato de Seguro. Éstas pueden ser de tres tipos:
- Mutualista;
 - De Seguros, o Aseguradora; y
 - De Reaseguro, o Reaseguradora.
- c. una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, y están reguladas por la Ley General de Sociedades Cooperativas, y pueden ser de los siguientes tipos: Patrimonios Fideicomitidos afectados a actividades empresariales. El artículo 4º, fracción II de la Ley de Concursos Mercantiles le da a estos la categoría de comerciante.
- g. Sociedades de Solidaridad Social. Son sociedades mercantiles para sujetos de derecho social, entre los cuales se incluyen, tanto a derechos agrarios, como a solicitantes de tierra y parvifundistas, que aporten

solidariamente un fondo para efectos mercantiles; éstas son reguladas por la Ley de Sociedades de Solidaridad Social.

- c) Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, que son Instituciones de interés público, de derecho mercantil, pero sin carácter lucrativo (artículo 4º.), reguladas por la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones.
- d) Las personas colectivas de derecho social que son comerciantes son:
 - i. Los ejidos. Son personas de derecho social con patrimonio que pueden realizar actos de comercio. Son personas sociales reconocidas por el artículo 27 Constitucional en su fracción VII, y por los artículos 9º. y 11º. de la Ley Agraria;
 - ii. Las comunidades agrarias de derecho y de hecho. Son también personas sociales señaladas por el artículo 27 Constitucional, fracción VII, y por el artículo 99 de la Ley Agraria;
 - iii. Uniones de ejidos. Son personas que se constituyen con la participación de varios ejidos, mencionadas en el artículo 108 de la Ley Agraria;
 - iv. Asociación Rural de Interés Colectivo. Son personas constituidas por ejidos, comunidades, uniones de ejidos o comunidades, sociedades de producción rural, o uniones de sociedades de producción rural, indicadas en el artículo 110 de la Ley Agraria;
 - v. Sociedad de Producción Rural. Son sociedades que se pueden constituir con un mínimo de dos socios, y son incluidas por el artículo 111 de la Ley Agraria;
 - vi. Unión de Sociedades de Producción Rural. Estas personas se pueden constituir con dos o más sociedades de producción rural, y las reconoce el artículo 113 de la Ley Agraria.
- e) Las personas colectivas de derecho social que no son comerciantes son los sindicatos.
- f) Las personas colectivas de derecho público que son comerciantes, son:
 - 1. La Nación. El Código Civil en su artículo 25, determina que la Nación es una persona moral, sin embargo, el concepto de Nación es sociológico, no jurídico. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es utilizado en dos acepciones:
 - a.- Como sinónimo de unidad del Estado Federal, de México y de República; y

b.- Como sinónimo de federación⁶⁵⁶.

La personalidad jurídica de la Nación es ejercida por los Estados Unidos Mexicanos.

Cada uno de los poderes en el ámbito federal, puede realizar actos de comercio a través de sus órganos y dependencias como lo son el Consejo de la Judicatura Federal para el Poder Judicial Federal, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Electoral del mismo Poder Judicial⁶⁵⁷; la administración pública federal centralizada, compuesta de las secretarías de Estado, departamentos administrativos y consejería jurídica; y la administración pública federal paraestatal por medio integrada por los organismos descentralizados, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos; todos ellos realizan actos de comercio; así también la Cámara de Diputados los hará por conducto de su Secretaría General de Servicios Administrativos y Financieros y la de Senadores por su Secretaría General de Servicios Administrativos⁶⁵⁸.

2. Entidades Federativas. El artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina las entidades de la Federación, que adoptan para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo y popular.
 3. Los Municipios. El artículo 115 de la Constitución Federal otorga a los Municipios personalidad jurídica para todo tipo de actos jurídicos.
 4. Sector autónomo. Son organismos de carácter público, con autonomía, tal es el caso del Banco de México, del Instituto Federal Electoral, y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otros.
- g) Las personas colectivas de derecho público que no son comerciantes, son:
- 1) Partidos Políticos. Son, conforme al artículo 41 constitucional, fracción I, entidades de interés público, que tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas, que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Son personas que se rigen por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

⁶⁵⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Jorge Carpizo, t. III., pág. 702.

⁶⁵⁷ Artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁶⁵⁸ Artículos 51 y 106 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

- 2) Agrupaciones Políticas Nacionales. Las agrupaciones políticas nacionales son formas de asociación ciudadana que coadyuvan al desarrollo de la vida democrática y de la cultura política, así como a la creación de una opinión pública mejor informada. Estas agrupaciones son personas especiales de derecho público que rigen por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Algunas leyes electorales estatales prevén la figura de agrupaciones políticas de carácter local.
- 3) Organizaciones de descentralización por colaboración. Son organizaciones privadas no lucrativas, autorizadas por el Estado para participar en el ejercicio de la función administrativa colaborando con la autoridad⁶⁵⁹. En este caso se encuentran las organizaciones ganaderas y las asociaciones agrícolas⁶⁶⁰; las cámaras de comercio e industria⁶⁶¹. Algunos tratadistas las estiman de derecho público, pero otros consideran que son de derecho privado, vinculadas por su gestión ante una actividad administrativa, o de colaboración con ésta.

Con la anterior clasificación se busca evidenciar que el concepto de comerciante en las diferentes ramas del Derecho, ha sostenido una transformación permanente a través de la evolución comercial. Por eso, es importante identificar doctrinalmente al comerciante de las diversas materias jurídicas con el tipo de acto de comercio de que se trate, para así indicar con claridad, la relación jurídica comercial que se estudia con sus diferentes tipos de sujetos.

Así, cuando se presente algún acto de comercio con condiciones jurídicas arbitrarias expresadas por un ordenamiento, se pueda alcanzar una concepción doctrinal suficientemente y autónoma, donde resulte congruente el concepto de comerciante con la relación comercial.

Todo esto obedece al hecho de que el comerciante de la globalización es un sujeto transformado por las nuevas tecnologías para comerciar, y por los nuevos agentes económicos. Así, el comerciante rebasa, mediante la tecnología, limitaciones de espacio y tiempo, y de ordenamientos poco eficaces para actuar de manera inesperada, por lo que los ordenamientos jurídicos que regulan al nuevo comerciante deben de buscar una eficacia basada en el realismo socioeconómico.

5.- La jurisdicción mercantil

⁶⁵⁹ Fraga, Gabino, op. cit. nota 573, pág. 209.

⁶⁶⁰ Las organizaciones ganaderas y las asociaciones agrícolas, reguladas respectivamente por la Ley de Organizaciones Ganaderas y por la Ley de Asociaciones Agrícolas, son personas de derecho social agropecuario.

⁶⁶¹ Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones.

5.1.- Una jurisdicción especial y a veces paralela a la judicialidad.

La jurisdicción⁶⁶² mercantil siempre fue especial para los comerciantes porque se consideró a éstos como un grupo regulado por una normatividad gremial.

El derecho romano tiene antecedentes importantes en instituciones de Egipto, sobre todo en el derecho mercantil, como lo era la bilateralidad contractual cambiaria, el uso de la balanza en las operaciones comerciales y los procesos jurisdiccionales mercantiles en los mercados, mismos que, junto con otras reformas egipcias del faraón Amasis (568 a.c. 526 a.c.)⁶⁶³, se incorporaron a Ley de las Doce Tablas⁶⁶⁴, al grado de que Eugene Revillout⁶⁶⁵ afirma que el formalismo contractual en el anterior cuerpo legislativo romano era una copia deformada del derecho egipcio⁶⁶⁶, tomada de un código informal, emitido por el faraón Bakenrenef (Bocchoris, según los griegos), que reinó en de la XXIV dinastía (722 a.c.-715 a.c.), a partir del cual, se hizo una relación de los contratos comerciales⁶⁶⁷.

Para tener un panorama con mayor claridad, es importante destacar determinadas características sociopolíticas en materia jurisdiccional; ya que en Roma, después del año 200 a.c., quien deseara ejercer una acción tenía que hacer un reclamo y citar a juicio al demandado mediante un citatorio oral. Las partes tenían que comparecer ante un magistrado que tuviera la jurisdicción en Roma o las provincias⁶⁶⁸ denominado el *praetor in jure*⁶⁶⁹, para iniciar la primera etapa del juicio, y si el demandado no accedía a comparecer, el pretor podía obligarlo por la fuerza⁶⁷⁰; la parte actora debía de proferir su reclamo mediante palabras formales sacramentalmente establecidas, y después de que determinara cual era el litigio, el pretor designaba un *judex*, o un *arbiter*⁶⁷¹, al que se remitía el caso para su instrucción *in iudicio*. El *judex*, o *arbiter*, investigaba el

⁶⁶² Se entiende como una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial. **Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.**, op. cit. nota 128, Fernando Flores García, t. III., pág. 1885.

⁶⁶³ Faraón de la XXVI dinastía, que se destacó por sus reformas de política y legislación comercial y en acuerdos mercantiles con los griegos y por ser el inventor del impuesto sobre la renta.

<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/personajes/4032.htm>

⁶⁶⁴ **Revillout, Eugene**, *Les Origines Egyptiennes du Droit Civil Romain*, edit. Librairie Paul Geuthner, Paris, 1912, págs. 36-41.

⁶⁶⁵ Profesor de Derecho y egiptólogo de la Universidad de Paris.

⁶⁶⁶ **Revillout, Eugene**, op. cit. nota 428, pág. 79.

⁶⁶⁷ **Ibidem.**, pág. 91.

⁶⁶⁸ *Enciclopedia Universal Ilustrada*, edit. ESPASA-CALPE, S. A., Madrid, 1922, t. XLVII, pág. 322.

⁶⁶⁹ Dada la globalización del comercio en el imperio romano, el *praetor peregrinus* fue el mayormente utilizado por los comerciantes en sus controversias (se mantuvo hasta el emperador Caracalla), hasta el grado de considerar al derecho mercantil romano como un derecho pretorial. **De Pina Vara, Rafael**, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, México, 1998, pág. 7.

⁶⁷⁰ **Petit, Eugene**, op. cit. nota 367, pág. 619.

⁶⁷¹ **Ibidem.**, pág. 615.

caso y resolvía, y la ejecución de la resolución requería de la autorización de un magistrado, pero, era la parte actora quien debería de llevarla a cabo.

Resulta claro entonces, que la ejecución de la resolución dependía, en la práctica, de la fuerza social de las partes⁶⁷²; en otras palabras, se ejercía un sistema de patronazgo complementario que hacía eficaces las resoluciones judiciales⁶⁷³. Monateri presenta la siguiente explicación del patronazgo: *“El patronazgo es un sistema que divide a los ciudadanos en patrones y clientes, los primeros de los cuales protegen a los segundos en su actividad social. Fue un modelo bastante extendido de organización social en la región mediterránea. Normalmente, en un sistema dominado por el patronazgo no existe necesidad de leyes escritas que establezcan cual es la justicia y, en lugar de jueces en el sentido moderno de la palabra, los patrones emplean un sistema de intermediarios, los árbitros, que en su nombre distribuyen justicia entre los distintos grupos”*⁶⁷⁴. Considerando que en esa época en Roma no había tribunales regulares y jueces profesionales, lo cual exigía a los jurisconsultos que no solamente aconsejaran a las partes en los procesos, sino, incluso, a los jueces legos y también magistrados, que eran políticos de carrera y no tenían conocimientos de profundidad jurídica. Estos jurisconsultos pertenecían a las altas esferas socioeconómicas y de la nobleza, siendo en su mayoría miembros del senado, Peter Garnsey⁶⁷⁵ explica que detrás del proceso legal estaba el patronazgo, y este último influye en las características del derecho romano de esa época en el periodo republicano⁶⁷⁶; y según Ernest Gellner⁶⁷⁷, el patronazgo y la beneficencia como formas tradicionales de ejercicio de poder, de hecho, se sostienen con una gran vigencia social hasta nuestros días, no solamente en el mundo mediterráneo ⁶⁷⁸.

Estas características de la judicialidad en Roma permiten explicar el auge de los procesos arbitrales voluntariamente vinculatorios en los casos de controversia mercantil, y el carácter gremial de ese arbitraje, independientemente de que las partes podían convenir el derecho aplicable a su contrato, pudiendo ser derecho extranjero, griego, egipcio, etcétera. Esta situación obedecía a que el derecho romano no era el más confiable en las transacciones comerciales⁶⁷⁹, debido a que el defecto principal de la compraventa romana era la falta de garantías inherentes, y el comprador no podía confiar en el valor del título del vendedor; en cambio, en el derecho egipcio, por ejemplo, la compra venta sí estaba garantizada, de manera personal

⁶⁷² **Garnsey, Peter**, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, edit. Clarendon Press, Oxford, 1970, pág. 189.

⁶⁷³ **Monateri, Pier. Giuseppe.**, op. cit. nota 427, 2003, pág. 199.

⁶⁷⁴ **Ibidem.**

⁶⁷⁵ Destacadísimo sociólogo y antropólogo inglés, profesor emérito de Historia Clásica Antigua de la Universidad de Cambridge.

⁶⁷⁶ **Garnsey, Peter**, *El Imperio Romano, Economía, Sociedad y Cultura*, edit. Crítica, Barcelona, 1991, pág. 182.

⁶⁷⁷ Filósofo, sociólogo y antropólogo inglés, profesor de London School of Economics and Politics Science y la Universidad de Cambridge.

⁶⁷⁸ **Gellner, Ernest. y Waterbury, John**, *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, edit. Duckwort, 1a. ed., Hanover, N. H. 1977. *“Patrones y Clientes”*, edit. Jucar Universidad, Madrid, 1986.

⁶⁷⁹ **Monateri, Pier. Giuseppe.**, op. cit. nota 427, pág. 173.

por los lazos familiares que le avalaban, e incluso, con garantías reales mediante hipoteca⁶⁸⁰.

El derecho mercantil en su aspecto adjetivo se ha desarrollado fuera del ámbito judicial, y el antecedente que se presenta en el caso del uso comercial jurisdiccional en el imperio romano fue el arbitraje por voluntad de las partes. Al globalizarse el comercio y el derecho en el citado imperio, resulta congruente que los contratos mercantiles tuvieran la opcionalidad de un derecho de fondo extranjero y, por consecuencia, los procesos fueren arbitrales. Por otra parte, el arbitraje se convirtió en una práctica jurisdiccional común en el mundo comercial antiguo, en especial en el romano, en donde se validaba el proceso judicial mediante la aplicación de un árbitro; pero sobre todo, fue en la jurisdicción comercial del imperio, donde las partes convenían en un arbitraje que terciara entre ellas para resolver controversia comerciales comunes, habilitándose al corredor como árbitro.

También fue común que, dentro del ejercicio del patronazgo, el patrón tuviera como clientes a algunos colegios o *collegium*, que eran grupos de sujetos (*collegia*) de las clases medias bajas, que gozaron del patronazgo de varios nobles y ricos⁶⁸¹, los cuales, eran solicitados como patronos en caso de conflictos, para que se ejerciera judicialmente el patronazgo; y en reciprocidad los colegios apoyaban a sus patronos en campañas políticas, incluso contra la autoridad de algunos magistrados, como lo fue el caso del tribuno demagogo P. Clodio⁶⁸².

En otras circunstancias también era usual el ejercicio clientelar sobre gremios o agrupaciones de artesanos o comerciantes menores, pero generalmente los gremios recurrían a las reglas propias de la agrupación, que resolvían mediante arbitraje las disputas que se presentaran *iudicia privata*, que se distinguía de la jurisdicción ante jueces (*judex* o *arbiter*) nombrados por un magistrado⁶⁸³.

A pesar de que el arbitraje tiene orígenes occidentales en la cultura comercial mediterránea⁶⁸⁴ y aparece en las leyes mercantiles marítimas de la isla de Rodas⁶⁸⁵, en Roma, inicialmente sólo se aplicaba entre ciudadanos romanos y posteriormente a los extranjeros, llegando a desaparecer como institución oficial en el año 294, pero el arbitraje privado se expandió, incluso, es considerado en el Digesto en donde se abordó el tema "*De los recibidos como árbitros para pronunciar sentencia*" (Libro IV, título VIII)⁶⁸⁶ y en las Constituciones del año 529 y

⁶⁸⁰ Revillout, Eugene, op. cit. nota 428, págs. 105-109.

⁶⁸¹ Garnsey, Peter, op. cit. nota 675, pág. 187.

⁶⁸² *Ibidem*. pág. 188.

⁶⁸³ "*Enciclopedia Universal Ilustrada*", op. cit. nota 667, t. V, pág. 1245.

⁶⁸⁴ Hay antecedentes del arbitraje en el antiquísimo Código de la diosa Gentus o Luki en la India, ya que esta deidad era la protectora de los cereales y los frutos; y se considera que ella emitió el referido Código.

⁶⁸⁵ Taller, E, op.cit. nota 417, pág. 36.

⁶⁸⁶ Justiniano, *El Digesto del Emperador Justiniano*, traducido y publicado en el siglo anterior por Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, edit. Imprenta de Ramón Vicente, nueva edición, Madrid, 1872, t. I, págs. 202-215.

530, ordenando que los laudos jurados por las partes, serían oficializados y guardados como sentencias judiciales⁶⁸⁷. Las principales clases de árbitros eran los siguientes:

1. *Arbiter compromissarius*, quien a su nombramiento, las partes señalaban la pena que habría de imponer el laudo arbitral;
2. *Arbiter juratus*, ante quien las partes se comprometían y juraban respetar el laudo;
3. *Arbiter ex nudo pacto*, cuyo laudo quedaba a opción de que las partes lo aceptaran o rechazaran;
4. *Arbiter in contractibus adjectus*, que era designado en los contratos para efecto de resolver las dificultades que resultaren de la interpretación del mismo⁶⁸⁸.

A la caída del imperio romano de occidente, el arbitraje quedó como medio jurisdiccional de resolver controversias, sobre todo las comerciales. Esta condición, según Taller, al presentarse, en especial en el sistema municipal del Medioevo de Italia, permitió un desarrollo comercial especial basado en corporaciones de comerciantes de las ciudades de Venecia, Génova, Piza y Florencia, que se configuraron en verdaderas confederaciones comerciales, mismas que se transmitieron a Francia, en donde apenas existían pequeños gremios y sindicatos de artesanos; por tal, el jurista concluyó: "*Sin embargo, es la edad media la que dio al derecho comercial su autonomía*"⁶⁸⁹. Ahora bien, es de considerarse que es en esta etapa en donde se consolidó, no solamente la autonomía del derecho mercantil, sino también se determinó el carácter especial de esta rama del Derecho atendiendo a su subjetividad, y distinguiéndolo de otra rama del derecho privado, que se expresará en el derecho diferenciado.

En España el Fuero Juzgo del año 1241, en su Ley 13, título I, libro II, otorgó la facultad de juzgar á: "*quien es cogido por juez de voluntad de las partes con testimonios de dos omes buenos, ó con tres*"⁶⁹⁰, y en Las Siete Partidas de 1272, en la partida tercera, título IV, leyes XXIII, que trata de "*Quantas maneras son de Jueces de Auenencia, e como deven ser puestos*"⁶⁹¹, se distinguió a los árbitros de los jueces ordinarios, y las siguientes leyes, hasta la XXXV del mismo título, se expuso qué juicios podían ser conocidos por los jueces y árbitros.

Con los anteriores ordenamientos, se confirma que el arbitraje era un medio muy usual para resolver controversias, en especial las mercantiles; por tal, en las normas corporativas comerciales de ese periodo, fué utilizado y asimilado dentro del Consulado del Mar, propuesto por los venecianos en Constantinopla en 1255 como un Código Marítimo⁶⁹², que tenía su origen en un ordenamiento alcanzado por los mismos venecianos en las costas de Cataluña; y quedó

⁶⁸⁷ *Enciclopedia Universal Ilustrada*, op. cit. nota 667, t. V, pág. 1245.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Taller, E, op. cit. nota 417, pág. 37.

⁶⁹⁰ *Enciclopedia Universal Ilustrada*, op. cit. nota 667, t. V, pág. 1245.

⁶⁹¹ Alfonso X, "*El Sabio*", *Rey de Castilla y de León*, op. cit. nota 293, partida III, pág. 82-.

⁶⁹² Pallares, Jacinto, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Tip. y Lit. de Joaquin Guerra y Valle, México, 1891, págs. 57-59.

también establecido en Valencia, hacia el año de 1283 a instancias del rey Pedro III, aplicando como reglas los llamados "*usus mercatorum*" o derecho consuetudinario entre corporaciones de mercaderes marinos, que dieron lugar a las "*Costums de la Mar*" que fueron redactadas por marinos catalanes como un conjunto de costumbres marítimas comunes en el mar Mediterráneo y admitidas de manera unánimes por los navegantes de esa zona naval⁶⁹³. En el mismo sentido, en 1370 se redactaron los estatutos de la constitución de la liga Hanseática, promovida por los caballeros de la Orden Teutónica, que también adoptaron el arbitraje para la solución de las disputas de los negocios de sus miembros.

En el mismo sentido se expresaron los demás ordenamientos comerciales posteriores del Medioevo, como los *Róles d'Oléron*, las Leyes de Wisby y las disposiciones sobre las ferias de Francia. Independientemente de las normas conocidas sobre el desempeño de las universidades de comerciantes que establecieron tribunales especiales de árbitros del gremio que se denominaron consulados de comerciantes para resolver sus controversias, en algunas de estas normas se hace referencia específica al arbitraje convenido entre las partes para tales fines jurisdiccionales

En 1673 el ministro Colbert, dentro de sus grandes reformas, aprobadas por el Rey Sol, Luis XIV, se emitió "*L'Ordonnance du commerce de terre*", que contenía doce títulos, y que fue inspirada en gran parte por un comerciante de París Jean Jacques Savary des Brûlons en su obra "*Du Parfait Négociant*"⁶⁹⁴ y el "*Diccionario Universal de Tráfico y Comercio*"; en estas ordenanzas se estableció la jurisdicción de los tribunales mercantiles. Durante el consulado napoleónico se propuso un código mercantil que se concretó en el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1807, que entró en vigor el 1 de enero de 1808, contenía 648 artículos repartidos en cuatro libros, dedicando el último, en cuatro títulos a la jurisdicción comercial. Cabe señalar que con el derecho mercantil codificado, los procesos jurisdiccionales mercantiles, aún cuando continuó el arbitraje comercial privado, se volvieron judiciales, situación que se extendió a los países que se impactaron por la influencia napoleónica y adoptaran no solamente las políticas de la revolución francesa y el sistema métrico decimal, sino también la forma de legislación codificada, que se generalizó a la Europa continental, a América Latina y a Asia.

Sin embargo, pese a la vigencia del derecho mercantil codificado, el arbitraje comercial ha obtenido reconocimiento y se ha extendido debido a los inconvenientes prácticos y de tiempos que ha presentado la jurisdicción judicial comercial, por lo que el derecho mercantil, insistiendo en su carácter especial por su subjetividad, prefiere una jurisdicción especial, encontrándola en el arbitraje.

⁶⁹³ **Alvarado Planas, Javier, y otros**, *Textos Comentados de Historia del Derecho y de las Instituciones*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2006, pág. 90.

⁶⁹⁴ **Taller, E**, op. cit. nota 417, pág. 39.

En este sentido, es de hacer notar que la jurisdicción especial del Derecho Mercantil tiene una gran fuente jurídica que es la marcada influencia que en esta materia ejercen los usos comerciales y costumbres mercantiles, que se han manifestado continuamente en la determinación de normas y reglas a observar en los procesos arbitrales, en los cuales se han dirimido controversias entre comerciantes. Aún más, siguiendo a los mencionados usos comerciales y costumbres mercantiles como fuentes de este derecho consuetudinario es como se ha tenido en las distintas normas comerciales gremiales, a reconocidos comerciantes, o juristas íntimamente vinculados al medio comercial, como juzgadores en tales procesos; es decir, mediante una jurisdicción convenida entre sujetos comerciales, que otorgan facultades jurisdiccionales a otros comerciantes o sus juristas del medio mercantil, para solucionar conflictos de los miembros del gremio desde la remota antigüedad.

Otra fuente del Derecho que otorga jurisdicción mercantil, es indudablemente la Ley, por la cual, se brindó de manera objetiva y positiva facultad a órganos jurisdiccionales estatales, en este caso, poderes judiciales, para resolver conflictos comerciales.

Y se puede mencionar además a la otra gran fuente jurídica, consistente en los Principios Generales de Derecho, los cuales siempre son referencia para su aplicación en las soluciones a los problemas mercantiles; y que éstos mismos principios, son los contenidos en la *Lex Mercatoria*; con la cual, se hace patente la aplicación de esta otra fuente jurídica al Derecho Mercantil.

Las referidas fuentes del Derecho Mercantil son integradoras del mismo al aplicar la metodología del realismo socioeconómico, que se nutre de la costumbre, se fortifica en la ley y orienta hacia los principios jurídicos elementales.

5.2.- ¿De regreso a la jurisdicción extrajudicial?

Como resultado de un movimiento para hacer propaganda a favor del arbitraje internacional obligatorio entre gobiernos, se fundó en Londres en 1882, la "*Arbitration and Peace Association*", y siguiendo la tónica del movimiento, en varios países se celebraron "congresos de amigos de la paz", formulando mociones a favor del arbitraje, tanto en cuestiones internacionales de Estado, como en las comerciales entre naciones y particulares. Este movimiento, que celebró una reunión en Bruselas en 1873⁶⁹⁵, creó la "Asociación para la reforma y codificación del Derecho de gentes", lo cual provocó una reminiscencia del *ius gentium* romano.

Todos los eventos que antecedieron lograron en 1899 que se celebrara en la Haya la Primera Conferencia Internacional sobre la Paz, teniendo como resultado la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, y que como consecuencia se haya fundado en esa ciudad la Corte Permanente de Arbitraje, que sigue actuando; y en 1907, también en la

⁶⁹⁵ *Enciclopedia Universal Ilustrada*, op. cit. nota 667, t. V, pág. 1249.

Haya, se celebró la Segunda Conferencia Internacional sobre la Paz, que dio lugar a la Segunda Convención para la Solución Pacífica de Controversias, misma que desarrolló objetivos de mayor importancia que en la primera convención. En busca de una continuidad de la tónica planteada en las convenciones, la comunidad empresarial constituyó en 1919 la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, y creó en 1923 la Corte Internacional de Arbitraje para promover un sistema arbitral independiente y neutral que resolviera diferencias comerciales entre partes de diferentes países⁶⁹⁶; y siguiendo con esta tendencia en los Estados Unidos, en 1925, se dictó la primera legislación en materia arbitral denominada "*Federal Arbitration Act*"; acontecimiento de realce en un país en el que el sistema jurídico no es de derecho escrito, sino de derecho consuetudinario *common law*.

El movimiento internacional a favor del arbitraje comercial que encabezó la Cámara de Comercio Internacional, promovió el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923 y, también, la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales de 1927; con estos instrumentos internacionales, se buscó el reconocimiento de los acuerdos y laudos arbitrales comerciales por las legislaciones nacionales, y la legalidad del laudo arbitral extranjero, así como que su ejecución fuera homologada y formalizada por la judicatura nacional.

Ante la conflictiva que representó el reconocimiento del laudo extranjero resultante de la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales de 1927, que no superó el obstáculo impráctico denominado "*double exequatur*", se tuvo que promover otra iniciativa de Convención sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁶⁹⁷.

Siguiendo la inercia natural de los reclamos que se presentaron a través de las convenciones para superar las reticencias que impedían el pleno reconocimiento del arbitraje como medio efectivo de resolver controversias, en especial comerciales de diferentes países, la Cámara de Comercio Internacional preparó un borrador preliminar, que a su vez, provocó otro documento elaborado por el Comité Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, presentándose esta última a debate en la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York a partir del 20 de mayo de 1958 y firmada el 10 de junio del mismo año⁶⁹⁸.

La convención de Nueva York de 1958 se ha convertido en la piedra angular del arbitraje comercial internacional por establecer los requisitos mundiales del procedimiento de arbitraje internacional exitoso⁶⁹⁹.

A partir de esta última, se han sucedido varias más, entre ellas, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 que tenía

⁶⁹⁶ **González de Cossio, Francisco**, *Arbitraje*, edit. Porrúa, México, 2004, págs. 3-4.

⁶⁹⁷ **Ibidem**, págs. 4-5.

⁶⁹⁸ **Graham Tapia, Luis Enrique**, *El Arbitraje Comercial*, edit. Themis, México, 2000, pág. 5.

⁶⁹⁹ **González de Cossio, Francisco**, op.cit. nota 695, págs. 5-6.

como fin promover el comercio entre el bloque comunista de Europa Oriental y los Estados de la Europa Occidental; el llamado Convenio de Washington de 1965, promovido por el Banco Mundial y denominado "Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", mediante el cual se creó el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión; la Convención Europea sobre el Régimen Uniforme de Arbitraje de 1966, que quedó sin mayores efectos porque no entró en vigor; otra que no tuvo mayores consecuencias fue la de Moscú en 1972; y la Convención de Panamá de 1975, llamada Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Convención de Nueva York, misma que sí cumplió con su cometido continental.

De manera especial, la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*), desde 1970 se avocó a la tarea de dar al arbitraje comercial internacional mayor efectividad⁷⁰⁰. En 1985 fue aprobado el texto final de su Ley Modelo, que para el año 2000, fue adoptada por 29 Estados nacionales y 4 entidades federativas de los Estados Unidos de América.

El arbitraje comercial como práctica de los comerciantes para resolver sus controversias ha sido globalizado en la sociedad postindustrial, con lo cual se demuestra el carácter especial y autónomo del proceso mercantil, que aún en la legislación del sistema jurídico de derecho escrito, guarda características que ha sostenido a través de la historia.

El arbitraje comercial, como medio auto compositivo se ha desarrollado en la globalización, no solamente como tendencia internacionalmente adoptada, sino también como una forma de llegar a soluciones prácticas de resolver controversias comerciales, independientemente de que en la globalización, se ha hecho acompañar de los "MASC" (Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias)⁷⁰¹; esta circunstancia es históricamente sintomática porque ya se ha presentado en el desarrollo de la jurisdicción comercial, y tiene motivos que implican al sistema judicial. Sobre lo anterior, Jorge Alberto Silva Silva⁷⁰², acusa como causa los siguientes puntos:

- a) Una decadente impartición de justicia estatal, debido a los siguientes factores:
 - 1) Expansión de la división del trabajo que no se corresponde con la división del trabajo habida en la judicatura;
 - 2) El lento ritmo burocrático, que implica excesivo papeleo, rituales exagerados, complicados y complejos;
 - 3) Dudas acerca de la imparcialidad de los jueces;
 - 4) Formación exegética y conservadora de la judicatura;

⁷⁰⁰ **Graham Tapia, Luis Enrique**, op. cit. nota 697, pág. 9.

⁷⁰¹ **González de Cossio, Francisco**, op.cit. nota 695, pág. 25.

⁷⁰² Profesor mexicano de Derecho Internacional en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Chih.

- 5) Los jueces deciden a nombre del Estado y por sí;
 - 6) Carencia de confidencialidad y privacidad del proceso; y
 - 7) La moneda como instrumento de cambio de las operaciones comerciales debe de considerarse en relación a su valor en el tiempo del proceso y no en relación con su valor al momento del pacto.
- b) Un sistema legislado fuera de época, por lo que se debe buscar una constante actualización legislativa acorde con la velocidad de la globalización comercial;
 - c) La imposibilidad del Estado de resolver específicos litigios inter-partes en un ámbito de confianza internacional, ya que los nacionales de un país desconfían en la judicatura del país de la contraparte; y
 - d) Un deseo de mejor armonía entre las partes, buscando la lealtad entre ellas y resoluciones basadas en justicia, no en resoluciones formales⁷⁰³.

Como explica Silva, la globalización ha desfasado a la judicatura, lo cual, ha dado a lugar al deterioro de los intereses comerciales que requieren de un sistema de justicia que se caracterice por la agilidad, la desburocratización, la privacidad y confidencialidad, y la velocidad de las resoluciones. Independientemente de lo anterior, la nueva jurisdicción mercantil, arbitral y judicial, requiere de procesos basados en la confianza, tanto en el sistema jurisdiccional, como en las actitudes de las partes, en resoluciones definitivas dirigidas al fondo del asunto, de una probidad certificada, en una ausencia de dilaciones procesales de parte, o de autoridad, y en fundamentos resolutorios que busquen la auténtica solución del conflicto, aplicando la justicia de fondo, no la justicia formal.

Ante tales requerimientos, el arbitraje comercial se ha configurado como un proceso jurisdiccional especial para comerciantes, con reglas aceptadas de carácter voluntario, privado, confidencial, oneroso, de buena fe, sin dilaciones, y bajo principios de equidad.

Ahora bien, el arbitraje comercial ha tomado parte importante del derecho procesal mercantil llevando a cabo en su práctica, principios que son de tomarse en consideración para que recojan en la normatividad y en la práctica judicial mercantil, estos principios, a saber, son:

- I. Igualdad, que implica el trato igualitario para las partes; el tribunal no puede caer en la inequidad procesal;
- II. Garantía de audiencia, o debido proceso; el tribunal debe dar a las partes la plena oportunidad de hacer vales sus derechos. El principio de debido proceso exige a los tribunales los siguientes pasos:
 - a. Recibir de todas las partes los escritos en donde hacen vales sus derechos;

⁷⁰³ Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, edit. Pereznieta Editores, México, 1994, págs. 2-8.

- b. Permitir a todas las partes presentar pruebas y demás medios de defensa, y darles la oportunidad de desahogar las mismas antes de emitir el laudo;
 - c. Escuchar los alegatos de las partes aceptando recibir sus pretensiones y defensas;
 - d. Comprobar que las partes tengan acceso a la información presentada por ambas, o sea, que accedan a toda documentación e información que contenga el proceso;
 - e. No podrá limitar el derecho a las probanzas y a los argumentos, excepto cuando éstas busquen dilatar el proceso.
- III Conducción del procedimiento, consistente en la dirección del mismo por parte del tribunal, garantizando la audiencia a las partes, aplicando el principio de preclusión procesal, que cierra las etapas procesales superadas para avanzar a las siguientes, y la agilidad procesal consecuente, para una resolución rápida y adecuada⁷⁰⁴.

5.3.- Los principios del proceso comercial y su proyección.

Con la aplicación de los principios mencionados en el tema anterior, se ha desarrollado una tendencia que busca influir en la aceptación de éstos y el reconocimiento de los principios históricos del proceso mercantil, para así adecuar a la modernidad globalizada los procesos judiciales comerciales.

El proceso mercantil tiene la característica histórica del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que, en principio, el proceso comercial preferente es el determinado por la voluntad de las partes; incluso, el Código de Comercio mexicano expresa en el artículo 1051 que el procedimiento mercantil preferente es el que convengan las partes⁷⁰⁵ y requisita la solemnidad del convenio⁷⁰⁶.

También es de señalar que el Código de Comercio francés de 1808, contenía el antiguo principio de los tribunales comerciales deberían estar influidos por las opiniones de comerciantes destacados, o ser integrados por comerciantes experimentados, ya que en su libro IV, relativo a la jurisdicción comercial, en el Título I, sobre la organización de los tribunales de comercio, en su artículo 4, indica

⁷⁰⁴ **González de Cossio, Francisco**, op.cit. nota 695, págs. 216-221.

⁷⁰⁵ **Artículo 1051.-** *El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes* con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.

A tal efecto, el tribunal correspondiente hará del conocimiento de las partes la posibilidad de convenir sobre el procedimiento a seguir para solución de controversias, conforme a lo establecido en el párrafo anterior del presente artículo.

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

⁷⁰⁶ **Artículo 1052.-** Los tribunales se sujetarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado siempre que el mismo se hubiere formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio, y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

que los jueces mercantiles se elegirían por una asamblea integrada por los comerciantes notables, provenientes de casas más antiguas y más recomendables por su probidad y espíritu de orden y economía de la nación⁷⁰⁷; con lo cual se refrenda el concepto de que la jurisdicción mercantil es especial para comerciantes.

Pero, a pesar de ser considerados tribunales especiales, éstos tribunales comerciales instruían los juicios de la misma forma que lo expresaba el Código de Procedimientos Civiles francés, a esa fecha de reciente expedición; por lo que solamente había procedimientos civiles y no se contemplaban procedimientos mercantiles especiales. Esta circunstancia legislativa, dio lugar a que los juicios mercantiles se regularan solamente por dicho Código, situación que se transmitió a varios países que adoptaron este sistema jurídico iniciado en Francia.

Conforme a lo anterior, cabe señalar que la influencia de la legislación francesa en España inició desde la Constitución de Bayona de 6 de junio de 1808, en donde se prevé la existencia de un solo Código de Comercio aplicable en España e Indias⁷⁰⁸; sin embargo, más tarde, con base en la Constitución de 1812 y su tendencia codificadora, se dictó el Código de Comercio de 1829 y, a consecuencia, se continuó con la parte adjetiva con la emisión de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830, ambos de la autoría del jurista Sáinz de Andino, lo que originó que fueran conocidos como "Código de Sáinz de Andino y su Ley de Enjuiciamiento"⁷⁰⁹.

Con motivo de la Constitución de 1869, se proyectó el segundo Código de Comercio español del siglo XIX, redactado por una comisión formada en 1869 (la sexta). En este documento se buscaba una mayor independencia del Derecho Mercantil respecto de la legislación civil, pero el Código y la prevista Ley de Enjuiciamiento Mercantil, correspondiente a este segundo Código, no se concretaron⁷¹⁰, debido a que mediante Decreto de 6 de diciembre de 1868 se unificaron los fueros civil y mercantil dando lugar a la Ley de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 19 de julio de 1871⁷¹¹. No obstante lo anterior, quedaba pendiente un nuevo Código de Comercio, mismo que finalmente se dictó en 1885.

Con el anterior modelo de legislación comercial se determinó que: El derecho sustantivo comercial quedó contenido en un volumen distinto al derecho adjetivo de la materia, y que este último, se conjuntó en un ordenamiento que incluye a las dos ramas del derecho adjetivo privado, es decir el derecho procesal civil y el mercantil. Este modelo fue reproducido en varios países de

⁷⁰⁷ **Napoléon**, *Code de Commerce*, Dessau et Leipsig 1808, pág. 282. También se encuentra en <http://books.google.com> 19 IX 2009.

⁷⁰⁸ **Rojo, Ángel**, "La Codificación Mercantil Española", <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/25.pdf> 23 IX 2009

⁷⁰⁹ **Quintana Adriano, Elvia Arcelia**, *Legislación Mercantil, Evolución Histórica*, edit. Porrúa, México, 2005, pág. 109.

⁷¹⁰ **Alvarado Planas, Javier, y otros**, op. cit. nota 692, pág. 261.

⁷¹¹ **Moragas y Droz, Rómulo D., y otro**, *Novísima Ley de Enjuiciamientos Civil y Mercantil*, edit. Imprenta José María Pérez, 4ª. ed. Madrid 1871, pág. VIII.

América Latina, en Argentina, por ejemplo, donde existe un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, el proceso legislativo del derecho adjetivo mercantil en México, tomó otro rumbo con el Código de Comercio de 1854, mejor conocido como el Código de Teodosio Lares, debido a que dicho ordenamiento contemplaba en su libro quinto, la administración de la justicia en los negocios de comercio⁷¹², marcando así una condición legislativa que continuó en los subsiguientes Códigos comerciales de 1884 y 1889, en donde el ordenamiento contempla la parte adjetiva de la materia.

Se puede concluir que el perfil propio del derecho procesal mercantil, tanto arbitral como judicial, se presenta con los siguientes elementos de distinción:

1. El carácter especial al tener como partes a comerciantes y el hecho de que en una época los órganos jurisdiccionales se integraban también por comerciantes, o por sujetos designados o electos por comerciantes notables, y que actualmente los tribunales comerciales son determinados por organismos internacionales gubernamentales y organizaciones privadas no gubernamentales, pero ambos siguen intereses de carácter mercantil. Este carácter especial del derecho mercantil que se forjó en la antigüedad, previa al derecho romano, se ha venido fortaleciendo en la tradición jurídica romano-germánica y hasta en el *common law*, mediante modalidades y condiciones que determinaron las instituciones del derecho mercantil sustantivo y adjetivo que se refleja nacional e internacionalmente;
2. El carácter prioritario del proceso mercantil al civil que se expresa en la mayoría de las legislaciones de derecho escrito y que en el Código de Comercio mexicano se constata en el artículo 1050, en el de la República Argentina, en su artículo 7, en el artículo 22 del Código colombiano y en el artículo 3º. del chileno;
3. La autonomía de la voluntad de las partes como elemento rector para convenir en un proceso arbitral, e incluso judicial, como sucede en el caso mexicano con el artículo 1051;
4. La agilidad procesal es principio elemental del proceso eliminando las estrategias dilatorias, ya que se dice que el proceso ordinario mercantil es más ágil que su similar civil, al grado de que algunos procesalistas consideran que el juicio ordinario mercantil es en verdad un juicio sumario. Por lo que corresponde al proceso ejecutivo mercantil, también es más ágil que su similar civil, considerándose que a este último se le pueden aplicar con mayor facilidad tácticas dilatorias, que son más difíciles de ejercer en el juicio ejecutivo mercantil;
5. Se busca que en la instrucción del proceso mercantil se cambie la concepción de una instrucción formalista basada en la probanza ritual y formal, a una instrucción realista, donde sea válido allegarse de elementos de juicio reales, para así conocer la verdad, sin requerimientos estrictos de

⁷¹² Cruz Barney, Oscar, *Historia de la Jurisdicción Mercantil en México*, edit. Porrúa, México, 2006, pág. 191.

formalidad procesal. Esta postura solamente ha llegado a los procesos arbitrales comerciales, pero se espera que se incluya en los procesos judiciales mercantiles;

6. En el tribunal arbitral mercantil se resuelve a verdad sabida, y se espera que esta postura se logre en los procesos judiciales mercantiles;
7. La ética de los litigantes y juzgadores es primordial en la integración de los tribunales y abogados de parte, situación que determina un proceso basado en la confianza. Esta postura es requisito en los procesos arbitrales comerciales y se busca que se integre a los procesos judiciales mercantiles;
y
8. Los procesos judiciales mercantiles deben ser onerosos de conformidad a su cuantía y a la capacidad económica de las partes, sin desechar la justicia gratuita para sujetos verdadera y comprobadamente insolventes. Esta onerosidad trae como obligación para el juzgador una exigencia de eficiencia, agilidad y probidad procesal; esto es en correspondencia a la onerosidad de la materia, pues los procesos arbitrales siempre lo han sido.

BIBLIOGRAFÍA DEL SEGUNDO CAPÍTULO

- Acosta Romero, Miguel**, *Nuevo Derecho Bancario*, edit. Porrúa, 5ª. ed. México, 1995.
- Álamo, Javier**, *Los 140 Tipos de Personas Reconocidas por el Derecho Mexicano*, edit. Porrúa, México. 2000.
- Alighieri, Dante**, *La Divina Comedia*, edit. Porrúa, 2ª. ed. México, 1964.
- Alvarado Planas, Javier, y otros**, *Textos Comentados de Historia del Derecho y de las Instituciones*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1ª. ed. Madrid, 2006.
- Arcangeli, Ageo** *Los Actos de Comercio*, edit. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1942.
- Aristóteles**, *Ética Nicomaquea Política*, Libro Primero, edit. Porrúa, 20ª. ed. México, 2004.
- Aristóteles**, *Tratados de Lógica (Organon), Primeros Analíticos y Segundos Analíticos*, edit. Porrúa 11ª. ed. México, 2004.
- Bentham, Jeremy**, *The Works of Jeremy Bentham*, edit. John Bowring, 1a. reimpr. Ed. 1838-1843, New York, 1962.
- Buckland, W.W. y McNair, Arnold D.**, *Roman Law and Common Law: A Comparison*, edit. Cambridge University Press, F.H. Lawson, 2a. ed. Cambridge, 1965, outline.
- Bustamante Morales, Miguel Ángel**, *Los Créditos Documentarios*, edit. Trillas, 2ª. ed. México, 2000.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, *Derechos del Pueblo Mexicano*, edit. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 3ª. ed. México, 1985.
- Campolieti, Federico**, *Los Límites del Contrato Administrativo*, colaboración *Contratos Administrativos*, edit. U. N.A. M., México, 2007.
- Cantillon, Richard**, *Ensayo sobre la Naturaleza del Comercio en General*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. reimpr., México, 1996.
- Charpentier, Louis**, *El Misterio de los Templarios*, edit. Bruguera, 2ª. ed. Barcelona, 1974.
- Corsi, Giancarlo, Espósito, Elena y Baraldi, Claudio**, *GLU Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, edit. Univ. Iberoamericana, 1ª. reimpr. México, 2006.
- Chávez Padrón, Martha**, *El Derecho Agrario en México*, edit. Porrúa, 11ª. ed. México, 1997.
- Dávalos Mejía, Carlos Felipe**, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, edit. Harla, 9ª. ed., México, 1995.
- Díaz Bravo, Arturo**, *Derecho Mercantil*, edit. Iure, México, 2002.
- Díaz Bravo, Arturo**, *Contratos Mercantiles*, edit. IURE, 8ª. ed., México 2005.
- Escola, Héctor Jorge**, *Tratado integral de los contratos administrativos*, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Fernández Ruiz, Jorge**, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, México, 2000.
- Fraga, Gabino**, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, 43ª. ed., México, 2003.
- Galindo Garfias, Ignacio**, *Teoría General de los Contratos*, edit. Porrúa, México, 1996.
- García Castillo, Tonatiuh**, *El Contrato de Estado Internacional*, edit. U.N.A.M., México, 2008.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, edit. Civitas, 5ª. ed. Madrid, 1991.
- Garnsey, Peter**, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, edit. Clarendon Press, Oxford, 1970.
- Garnsey, Peter**, *El Imperio Romano, Economía, Sociedad y Cultura*, edit. Crítica, Barcelona, 1991.
- Gellner, Ernest. y Waterbury, John**, *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, edit. Duckworth, London, 1977. *Patrones y Clientes*, edit. Jucar Universidad, Madrid, 1986.
- Gómez Robledo, Ignacio**, *El origen del poder político según Francisco Suárez* edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- González de Cossio, Francisco**, *Arbitraje*, edit. Porrúa, México, 2004.
- Gutiérrez y González, Ernesto**, *Derecho de las Obligaciones*, edit. Porrúa, 15ª. ed. , México, 2003.
- Gutiérrez y González, Ernesto**. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, edit. Porrúa, 3ª. ed. México, 2008.
- Hart, Herbert L. A.**, *El Concepto del Derecho*, edit. Abeledo-Perrot, 2ª. ed. Buenos Aires, 2004.
- Hobbes, Thomas**, *Leviatan*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 13ª. reimpr. México, 2004.
- Justiniano**, *El Digesto del Emperador Justiniano*, traducido y publicado en el siglo anterior por Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, edit. Imprenta de Ramón Vicente, nueva edición, Madrid, 1872.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, edit. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires, 1963.

Knigh, Frank, *Risk, Uncertainty and Profits*, London School of Economics and Political Science Series of Reprints of Scarce Tracts in Economic and Political Science, edit. London School of Economics and Political Science, numb. 16, London, 1921.

Larroumet, Christian. *Droit Civil, Les Obligations Les Contrat*, edit. Economica, 5a. ed. Paris, 2003.

Lipovetsky, Gilles, *La Era del Vacío*, edit. Anagrama, 6ª. ed. Barcelona, 2008.

Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. reimp. México, 1996.

Mariás, Julián, *Historia de la Filosofía*, edit. Revista de Occidente, 23ª. ed. Madrid, 1971.

Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, edit. Porrúa, 7ª. ed. México, 2000.

Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, edit. Gernika, 4ª. ed. México, 2000.

Mill, John Stuart, *El Utilitarismo*, edit. Alianza, 2ª reimpr., Madrid, 2007.

Monateri, Pier Giuseppe, *Gayo, el Negro: Una Búsqueda de los Orígenes Multiculturales de la Tradición Jurídica Occidental*, en *La Invención del Derecho Privado* de **Carlos Morales de Setién Ravina**, edit. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.

Monateri, Pier Giuseppe *Globalizzazione e Giustizia l'impatto della globalizzazione sul sistema giuridico italiano e sull'organizzazione degli studi legali*, edit. Il Sole 24 ore, Milano, 2003.

Moragas y Droz, Rómulo D., y otro, *Novísima Ley de Enjuiciamientos Civil y Mercantil*, edit. Imprenta José María Pérez, 4ª. ed. Madrid, 1871.

Napoléon, *Code de Commerce, D'une table alfabétique et des matières*, edit. Chez George Voss, Dessau et Leipsig 1808. También se encuentra en <http://books.google.com> 19 IX 2009.

Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, edit. Fondo de Cultura Económica, 3ª. ed. México, 2007.

Pallares, Jacinto, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, México, 1891.

Parada, Ramón, *Derecho administrativo I, Parte general*, edit. Marcial Pons, 12ª. ed. Barcelona, 2000.

Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, edit. Nacional, México, 1963.

Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, edit. Harla, 11ª. ed. México, 1997.

Platón, *Diálogos, La República*, Libro Octavo, edit. Porrúa, 2ª. ed., México, 1964.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Legislación Mercantil, Evolución Histórica*, edit. Porrúa, México, 2005.

Rabasa, Emilio O, *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, edit. Porrúa y UNAM, México, 2003.

Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, edit. Porrúa, 17ª. ed. México, 2003.

Revillout, Eugene, *La Créance et le Droit Commercial dans l'Antiquité*, edit. Ernest Lerroux, Paris, 1897.

Revillout, Eugene, *Les Origines Egyptiennes du Droit Civil Romain*, edit. Librairie Paul Geuthner, Paris, 1912.

Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia del D. F., México, 2005.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil* edit. Porrúa, 23ª. ed. México, 1998.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, edit. Robredo, México, 1962.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, edit. Perezniето Editores, México, 1994.

Smith, Adam, *Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones*, edit. Fondo de Cultura Económica 2ª. ed. 26ª. reimpr., México, 2088.

Taller, E, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, edit. Rousseau et Cie. Paris, 1916.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, edit. U.N.A.M. 3ª. ed. México, 2004.

Vasquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, edit. Porrúa, 6ª. ed. México 1996.

Vasquez del Mercado Cordero, Oscar, *Contratos Mercantiles Internacionales*, edit. Porrúa, 2ª. ed. México 2011.

Vivante, Cesar, *Instituciones de Derecho Comercial*, edit. Reus, trad. Ruggero Mazzi, Madrid, 1928.

Vivante, Cesar, *Tratado de Derecho Mercantil*, edit. Reus, Madrid, 1932.

Weber, Max, *Desarrollo de la Ideología Capitalista*, anexo a *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, México, 2004.

HEMEROGRAFÍA

Zaid, Gabriel, "La Riqueza como Problema", "Reforma" Méx., secc. opinión, 25 abril 1999.

CIBERGRAFÍA

Rojo, Ángel, *La Codificación Mercantil Española*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/25.pdf> 23 IX 2009.
http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_1.html 9 - VIII - 09
<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/personajes/4032.htm>
<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-comercio.html> 9 - VIII - 09
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/25.pdf> 23 IX 2009.
<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm> 9.-VIII - 09
<http://www.diplomadoestadodederecho.com/> 5 VIII 09 Grote, Li. M., Rainer, "Evolución histórica de la noción de Estado de Derecho" edit. Max Planck Institute for Public Comparative Law and Public International Law.
http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_238.htm 9 - VIII - 09
<http://www.geocities.com> 9 - VIII - 09
<http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 14 VII 09
<http://lex.com.es/> 14 VII 09
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo> 9 - VIII - 09
<http://195.83.177.9/code/index.phtml?lang=esp> 9 - VIII - 09
<http://books.google.com> 19 IX 2009

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A., edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1ª. reimpr. México, 1953.
Enciclopedia Universal Ilustrada, edit. ESPASA-CALPE, S. A., Madrid, 1922,
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *Diccionario de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, México, 2001.
Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, edit. UNAM, , Santa Fe, 2006.
Historia de la Filosofía, edit. Siglo XXI, 3ª. ed. México, 1973.

CAPÍTULO TERCERO

III.- El realismo socioeconómico como teoría del Derecho Mercantil.

1. Modalidades y condiciones que dicta el interés público en materia mercantil.
2. El realismo socioeconómico como base y método del Derecho Mercantil.

III.- El realismo socioeconómico como teoría del Derecho Mercantil.

1. Modalidades y condiciones que dicta el interés público en materia mercantil.

1.1.- Los derechos fundamentales con función social

Es en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se determina un punto de encuentro entre el realismo socioeconómico y el derecho mercantil. Resulta claro que en el artículo 25 se expresa el carácter rector del Estado en el sistema económico de la República, y que en el artículo 28 se consagra el principio de libertad comercial. Las reformas constitucionales de 3 de febrero de 1983, fueron las que incorporaron a estos artículos fundamentales el concepto de que el Estado como rector de la economía nacional, tomará medidas y emitirá disposiciones jurídicas sujetándose a las modalidades y condiciones que dicte el interés público, para desarrollar el libre comercio.

Cabe precisar que estos conceptos provienen de otro precepto constitucional que también trata aspectos económicos, como lo es el artículo 27, en el que se determina el derecho de propiedad. Este derecho en México tiene antecedentes y condiciones especiales, marcados desde Tres Bulas del Papa Alejandro VI de 1493, denominadas: *Eximine Devotionis Sinceritas, Inter Cætera y Hodie Siquidem*⁷¹³, las cuales, según la Ley de 14 de septiembre de 1519, de Carlos V, Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, y también Carlos I, Rey de Castilla y León, otorgaban donaciones por parte de la Santa Sede sobre los territorios descubiertos, conquistados o colonizados, en el continente que posteriormente se denominaría América⁷¹⁴; y que por tal, se constituyen en el fundamento del derecho de propiedad, a favor de los Reinos de Castilla y León, de manera inicial, y del Reino de España, de manera posterior.

Pues bien, este derecho de propiedad que el Reino español se auto adjudicó, se fundó en la Ley de 14 de septiembre de 1519, en las referidas bulas

⁷¹³ Chávez, Martha op. cit. nota 612, pág. 138.

⁷¹⁴ *Ibidem*.

alejandrinas y en otros “*Justos y legítimos títulos*”, éstos últimos, elaborados por el jurista español Francisco de Vitoria⁷¹⁵. De esta forma, se concibió y aplicó el derecho de propiedad de los reinos de Castilla y León, siempre de manera limitada, porque todo derecho de propiedad privada o comunal que pudiere configurarse debería proceder de un título que emitieran los anteriores reinos y con posterioridad, el Reino de España, los cuales siempre se reservaron para sí el derecho sobre el subsuelo. Por tal motivo, la propiedad que se creaba al emitirse la titulación correspondiente a un particular o a un pueblo, solamente comprendía el suelo; y si, bajo el mismo, se descubría alguna explotación del subsuelo, ésta podía solicitarse en concesión al Estado Español, quien era su propietario.

De acuerdo con la teoría del derecho de propiedad patrimonialista del Estado, al momento de su independencia del Reino de España, el naciente Estado mexicano toma para sí el carácter patrimonial que había mantenido el Reino de España, subrogándose a su favor el carácter de propietario del subsuelo del territorio nacional⁷¹⁶, mismo que unido al concepto de recuperación de la soberanía usurpada de la Nación del Anáhuac, según Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán en 22 de noviembre de 1814, se permitirá al Estado mexicano tomar el carácter de propietario original⁷¹⁷ de la superficie que comprende el territorio nacional.

Esta tesis patrimonialista se desarrolló en los textos constitucionales de 1824, de 1857 y de 1917, pero en el texto de esta última se adicionó al derecho de propiedad el concepto de propiedad, en función social.

Ahora bien, León Duguit⁷¹⁸ en conferencias dictadas en el año de 1911, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina⁷¹⁹, se refirió

⁷¹⁵ Dominico jurista, profesor de la Universidad de Salamanca, España.

⁷¹⁶ Registro IUS: 279364. Localización: Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXVI, p. 1074, aislada, Constitucional. **ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL.** *El propósito manifiesto del Constituyente de Querétaro, al expedir el artículo 27 de la Carta Federal, fue vincular el régimen jurídico de la propiedad territorial en México, con el que regía en la época colonial, nulificando la tradición jurídica de nuestros códigos, que lo refieren al derecho romano y no a las leyes y disposiciones de Indias, que son sus antecedentes legítimos, régimen en el cual la situación jurídica de dicha propiedad, era la de ser privada de los soberanos de España, inalienable e imprescriptible.* Numerosas leyes de Indias demuestran esto: esas leyes disponían hasta de las personas, y si los reyes consideraban como de su propiedad particular a los individuos, no podían menos de considerar lo mismo cuanto significase riqueza; los derechos que los reyes concedieron, siempre tuvieron un carácter condicional, y en cuanto a los monumentos arqueológicos, las leyes coloniales sólo autorizaban su aprovechamiento en un tanto por ciento, para los descubridores, sin que pudiera transmitirse su dominio a los particulares. **Al independizarse la colonia, la República Mexicana asumió todos los derechos de propiedad que a los reyes de España correspondían, y, por lo mismo, este patrimonio ingresó a la nación toda,** y no a las partes que entonces constituían el territorio, (provincias, intendencias, capitanías, etcétera), y mucho menos pudo pasar ese patrimonio a los Estados de la República, cuya existencia ni siquiera estaba entonces bien definida.

Precedentes: Controversia constitucional 2/32. Entre la Federación y el Estado de Oaxaca. 3 y 17 de octubre de 1932. Mayoría de catorce votos, en cuanto al primer punto resolutivo, mayoría de nueve votos respecto de las demás proposiciones. Los Ministros Díaz Lombardo, Calderón y Urbina no asistieron a la sesión en que se decidieron los últimos puntos. Disidentes: De la Fuente y Couto, Guzmán Vaca, Barba y Julio García. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁷¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Jorge Madrazo, t. IV, pág. 2607.

⁷¹⁸ Profesor francés de derecho público de la Universidad de Burdeos, colega de Émile Durkheim.

⁷¹⁹ De Ibarrola, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, edit. Porrúa, 4ª. ed., México, 1999, pág. 270.

al derecho de propiedad como una función social, aseverando lo siguiente: “*La propiedad no es ya el derecho subjetivo del propietario; es la función social del poseedor de la riqueza*”⁷²⁰. La tesis expresada tomó aceptación entre los juristas mexicanos, en quienes se había arraigado el carácter liberal-social de los postulados de la revolución francesa⁷²¹ y, como consecuencia de lo anterior, el Congreso Constituyente de 1917 se adhirió a estas posturas de avanzada y plasmó en el tercer párrafo de artículo 27 de la Constitución Política⁷²² este concepto de derecho de propiedad con función social, que se distingue de la concepción original de Duguit, o sea, que la propiedad no es una función social, sino que tiene una función social de acuerdo con Desbuquois⁷²³.

Para Aguilar Carvajal⁷²⁴, el concepto de propiedad con función social se distancia de la concepción absolutista del derecho de propiedad, ya que el hombre en sociedad tiene obligaciones antes que derechos, y tiene que cumplir con ellas, por tal, debe ejecutar actos que contribuyan al beneficio social y reprimir los que sean en contra de la misma; en otras palabras, la propiedad como función social exige a su titular la ejecución de actos positivos, es decir, de hacer⁷²⁵. Explicado en otra forma, el derecho de propiedad conlleva también ciertas obligaciones en el interés de otro u otros; es decir, los derechos subjetivos sobre la propiedad no están ejercidos solamente en el interés de su titular, sino en el preferente interés de la colectividad en su conjunto, lo que supone que el derecho de propiedad no es absoluto y que tiene límites que indica el interés de la colectividad⁷²⁶.

1.2.- Modalidades que dicta el interés público

Este concepto se integra con la expresión de la función social, se determina en las modalidades que dicta el interés público; y aún cuando el concepto en sí no tiene claridad y resulta ambiguo, se entiende que se trata de una forma especial de ejercer este derecho que marca diferencias con el concepto clásico del derecho de propiedad. En este sentido, cabe mencionar que en el derecho privado, especialmente en la teoría de las obligaciones, se expresa que sobre los actos jurídicos puede haber modalidades consistentes en la condición y en el término, pero, en el caso del derecho de propiedad con

⁷²⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, edit. Porrúa, 6ª. ed., México, 1999, pág. 252.

⁷²¹ <http://www.iuriscivilis.com/2008/07/la-funcion-social-de-la-propiedad.html>

⁷²² **Artículo 27.** “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. **La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público**, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación...”

⁷²³ De Ibarrola, Antonio, op. cit. nota 687, pág. 273.

⁷²⁴ Profesor mexicano de derecho civil de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁷²⁵ Aguilar Carvajal, Leopoldo, *Segundo Curso de Derecho Civil*, edit. Porrúa, México 1960, págs. 102-103.

⁷²⁶ Larroumet, Christian. *Droit Civil, Les Biens Droits reels principaux*, edit. Economica, 4ª. ed. Paris 2004, pág. 103.

función social, no es aplicable este concepto que considera como modalidad la condición y el plazo, ya que la modalidad al derecho de propiedad se trata de una modalidad a un derecho, no de un acto jurídico, como lo expresa la teoría de las obligaciones; incluso, Mendieta y Núñez⁷²⁷ expresó que la modalidad, en el sentido expresado por el artículo 27 Constitucional, no tiene antecedentes en el derecho mexicano, ni en el derecho extranjero, por lo que se han derivado vaguedades y desorientaciones al respecto⁷²⁸.

El civilista Gutiérrez y González, explica que: *“fuera de la personal definición que adelante propongo sobre lo que es modalidad, ningún otro autor que yo sepa, antes que yo y después tampoco, ha intentado definirla”*⁷²⁹

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia⁷³⁰ y los tratadistas han marcado una pauta en su interpretación, que parte de una definición de las dos palabras que integran el concepto, es decir de la palabra modalidad y la palabra interés público.

La palabra modalidad proviene de la palabra modo, que se deriva del vocablo latino *“modus”*, y significa forma variable y determinada que puede recibir un ser, sin que por recibirla se cambie o destruya su esencia; o también puede entenderse como forma o manera particular de hacer una cosa, o forma especial que puede adoptar un fenómeno. En gramática se comprende, como cada una de las distintas maneras generales de manifestarse la significación del verbo, por ejemplo: indicativo, subjuntivo, etcétera.; sin embargo, en latín significa medida, dimensión, extensión⁷³¹.

⁷²⁷ Tratadista mexicano de derecho social y derecho agrario.

⁷²⁸ **Chávez, Martha**, op. cit. nota 612, pág. 274, referido a **Mendieta y Núñez, Lucio**, *“El Sistema Agrario Constitucional”*, edit. Porrúa, México, 1940, pág. 93.

⁷²⁹ **Gutiérrez y González, Ernesto**, op. cit. nota 719, pág. 259.

⁷³⁰ Registro IUS: 175498. Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Marzo de 2006, p. 1481, tesis P./J. 37/2006, jurisprudencia, Constitucional. **PROPIEDAD PRIVADA. EL DERECHO RELATIVO ESTÁ LIMITADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL.** La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14, 16 y principalmente el 27, reconoce como derecho fundamental el de la propiedad privada; sin embargo, lo delimita fijando su contenido, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Luego, tratándose de aquel derecho, la Constitución Federal lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, **el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público** o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.

Precedentes: Acción de inconstitucionalidad 18/2004. Diputados integrantes de la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado de Colima. 24 de noviembre de 2005. Mayoría de nueve votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el dieciséis de febrero en curso, aprobó, con el número 37/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciséis de febrero de dos mil seis.

⁷³¹ **Blánquez, Agustín**, op. cit. nota 40, pág. 321.

Expuesto lo anterior, se comprende mejor que por modalidad, se entiende el modo de ser o de manifestarse de una cosa.

Para Gutiérrez y González, el estudio de la modalidad no es una institución privativa de la obligación, sino que puede encontrarse en todo acto jurídico, por lo cual elaboró el siguiente concepto: *“Modalidad es cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la substancia, sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico”*⁷³². Concluye que: *“...de todas las pretendidas modalidades que regula el Código civil, y las cuales cito en el apartado anterior, solo son verdaderas modalidades la condición y el plazo, pues la conjuntividad, alternatividad, mancomunidad obligaciones de dar, hacer y no hacer, no son modalidades, sino formas especiales de las obligaciones, y son sólo aplicables a éstas”*⁷³³. Por eso mismo, es de considerarse que el concepto de modalidades aplicable al derecho de propiedad con función social es diferente a la aplicable para el derecho privado en la teoría de las obligaciones, definiéndose por separado en el Diccionario Jurídico Mexicano, donde el primer concepto de modalidades se explica cómo: *“...la facultad del Estado mexicano para modificar el modo de manifestación o externación de los atributos de la propiedad, por razones de interés público o social”*⁷³⁴; en tanto, que las modalidades de las obligaciones las define el mismo diccionario cómo las: *“Características de las obligaciones que afectan el nacimiento o la resolución de las mismas, sin modificar sus elementos esenciales”*⁷³⁵. Cabe agregar que en el primer caso se trata de un derecho social consagrado constitucionalmente y, en el segundo, de características de un acto jurídico de derecho privado.

Al respecto, Martha Chávez⁷³⁶ explica que: *“...la modalidad no merma la esencia del Derecho de Propiedad, no su fondo, sino sólo su forma o su ejercicio”*⁷³⁷. Indica, además, que la modalidad es constituida por dos elementos: 1) El carácter general y permanente de la norma que lo impone, introduciendo un cambio general en el sistema general; y 2) La modificación substancial del derecho de propiedad, en su concepción vigente, equivalente a una limitación o transformación⁷³⁸.

Así, mediante el concepto de modalidades se determinan las limitaciones que contiene el concepto de derecho de propiedad como función social.

Por su parte, el concepto de interés público presenta la siguiente definición: *“Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la*

⁷³² Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit. nota 397, págs. 950-952.

⁷³³ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit. nota 719, pág. 260.

⁷³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., op. cit. nota 128, Jorge Madrazo, t. III, pág. 2143.

⁷³⁵ Ibidem., Carmen García Mendieta, t. III, pág. 2145.

⁷³⁶ Política y jurista mexicana tratadista de derecho agrario.

⁷³⁷ Chávez, Martha, op. cit. nota 612, pág. 275.

⁷³⁸ Ibidem. pág. 276.

*intervención directa y permanente del Estado*⁷³⁹. Abundando, la agrarista Martha Chávez expone: *“Tiene diferente significado el interés particular, el interés social, el interés público y el interés nacional; sin embargo, es posible que todos ellos se impliquen recíprocamente en forma mediata, pues no existe un lindero claro o una exclusión entre ellos”*⁷⁴⁰. Es tan especial la aplicación del concepto de interés público que su aplicación en México, solamente corresponde al Poder Legislativo⁷⁴¹.

Ahora bien, toda la concepción de un régimen particular aplicada a un derecho fundamental, en este caso, al derecho de propiedad en el artículo 27 Constitucional mexicano, se repitió en las reformas constitucionales de 3 de febrero de 1983, que modificaron a los artículos 25 y 28 constitucionales, dando la misma consideración al **derecho fundamental a la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; dicho en otras palabras, el derecho al libre comercio**. En ellos se otorga un tratamiento especial a las actividades comerciales que interesan al Estado como rector del sistema mixto de la economía nacional, tanto, a las ejercidas por comerciantes no gubernamentales, como a las ejercidas por el propio Estado como comerciante.

Se puede decir que las referidas reformas y adiciones a los artículos 25 y 28 constitucionales otorgan al derecho al libre comercio, la calidad de derecho con función social, porque se le da a la actividad mercantil una obligación de

⁷³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., op. cit. nota 128, Francisco M. Cornejo Certucha, t. III, pág. 1779.

⁷⁴⁰ Chávez, Martha, op. cit. nota 612, pág. 277.

⁷⁴¹ No. Registro: 331,961. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LVI. Tesis: Página: 2408. **PROPIEDAD, EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA NO PUEDE IMPONER MODALIDADES A LA.** *De los términos del párrafo III del artículo 27 constitucional, se desprende que la nación, en cualquier tiempo, pero siempre que lo exija el interés público, podrá dictar disposiciones que vengan a modificar el derecho de propiedad, en la forma en que era reconocido por las leyes vigentes en la fecha en que el constituyente dictó el mandamiento; pero es erróneo sostener que el Ejecutivo de la Unión sea jefe supremo de los demás poderes y representantes genuino de la nación mexicana, y que esté facultado, por lo tanto, para imponer modalidades a la propiedad privada, pues no puede considerársele como jefe supremo, ni juzgársele como representante de la nación mexicana, para todos los efectos legales. Ahora bien, un acuerdo de requisición de una vía férrea, dictado por él, no puede fundarse legalmente en la fracción III del artículo 27 constitucional, y como conforme a la fracción XIX del artículo 75 de la Constitución Federal, toca al Congreso de la Unión ejercer la facultad de expedir esta clase de mandamientos legales, él será el único que esté plenamente capacitado para indicar, por medio de disposiciones de aplicación general y para casos posteriores, qué órgano del poder público puede ordenar la requisición de una vía férrea y en qué circunstancias puede llevarse a cabo esta requisición, y sólo toca al Ejecutivo proveer en la esfera administrativa, a la citada observancia de las disposiciones que sobre este particular puede dictar el congreso. Por tanto, el simple mandamiento contenido en el párrafo III del artículo 27 constitucional, no basta, por sí solo, para poder declarar que un acuerdo de requisición de una vía férrea, dictado por el presidente de la República, esté legalmente fundado.*

Amparo en revisión 1990/38. Compañía de los Ferrocarriles Nacionales de Toluca a Tenango y San Juan, S.A. 30 de junio de 1938. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época:

Tomo LV, página 2238. Amparo administrativo en revisión 4203/37. Ferrocarril de Oaxaca a Ejutla, S. A. 4 de marzo de 1938. Unanimidad de cinco votos. Relator: José María Truchuelo.

generar riqueza en equidad, por lo cual, ya deja de ser un derecho de ejercicio absoluto para su titular, para considerársele como una garantía a la libertad de concurrir en la producción, industria o comercio, o servicios al público, en función de una obligación con la sociedad, que puede significar una modalidad a dicho derecho de libertad, conforme lo requiera el interés público. Este derecho fundamental es diferente a la libertad de comercio de carácter profesional u ocupacional que consagra el artículo 5º. constitucional, al que también se le atribuye la libertad de comercio⁷⁴², pero, se considera que el auténtico fundamento del derecho fundamental a la concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, configurado como derecho al libre comercio, son los artículos 25 y 28 Constitucionales, quedando el mencionado artículo 5º. como fundamento de la libertad profesional comercial. Sin embargo, se estima que este derecho a la concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, configurado como derecho al libre comercio con función social expresado en los referidos artículos 25 y 28 de la Constitución Federal, es fortalecido por el derecho al libre ejercicio de una profesión u ocupación como comerciante de acuerdo al artículo 5º. de la misma, distinguiéndose el enfoque subjetivo de este último al enfoque objetivo de los anteriormente nombrados, en los que el derecho al libre comercio se expresa como una institución general y objetiva, en tanto que el derecho a una profesión u ocupación comercial lícita es subjetivo en función del carácter optativo del mismo. Este último concepto es el que prevalece en la mayoría de los textos constitucionales de América Latina, tomándose como ejemplo del caso el inciso 21º., del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, que expresa: "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

También, en la expresión de los artículos 25 y 28 Constitucionales de la Carta Magna mexicana se confirma el carácter general especial y particularmente excepcional del derecho mercantil; en el primero de ellos por ser una materia jurídica especial para comerciantes, y en el segundo, por exponer y expresar derechos que en casos específicos y particulares se constituyen en especial excepción de las reglas del derecho civil expuestas en lo general para las temáticas referentes a los derechos del estado civil de las personas, al derecho de sucesiones y al derecho de la familia. En lo que corresponde a un derecho patrimonial las relaciones y el interés jurídico se siguen parámetros diferentes a las que se tratan en las vinculaciones jurídicas de carácter civil, referidas a las materias antes mencionadas; por lo cual, las relaciones jurídicas de carácter comercial, en las cuales el sentido patrimonial obedece a actividades cambiarias, se plantea un interés diferente.

Así, en el artículo 25 constitucional se estampó el concepto de que el Estado, rector del sistema nacional de economía mixta, está facultado para planear conducir, coordinar y orientar a ésta; y para regular y fomentar las

⁷⁴² **Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando**, *Derechos Fundamentales*, edit. Porrúa, México 2009, pág. 404-406.

actividades que demande el interés público. En este mismo sentido, el Estado impulsará a los sectores público, social y privado al desarrollo, pero evitando un encuadramiento rígido, para lo cual seguirá lineamientos de productividad, que serán seguidos mediante el fomento de las empresas o comerciantes de los tres sectores mencionados; delineando modalidades al derecho fundamental al libre comercio, conforme a los criterios que fije el interés público.

Es de notarse que en el artículo 25 citado en el párrafo anterior, se utiliza el concepto de "modalidades que dicta el interés público", de una manera similar a la expresada en el artículo 27 de la misma Constitución, pero en este caso aplicado al derecho fundamental al libre comercio que ejercen los comerciantes en general, tanto de derecho privado, como de derecho social y derecho público⁷⁴³.

Ahora bien, siguiendo la tendencia expresada por Jorge Madrazo⁷⁴⁴ en su definición al concepto de modalidades al derecho de propiedad con función social, expresada en el Diccionario Jurídico Mexicano, antes referido, se puede considerar que el concepto o definición de las modalidades aplicables al derecho al libre comercio con función social, expresado por los artículos 25 y 28 constitucionales, sería la facultad del Estado mexicano para modificar el modo de manifestación o externación de los atributos del derecho fundamental a la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, por razones de interés público o social.

Este concepto también se distingue del correspondiente a las modalidades como característica de las obligaciones personales de derecho privado, porque al hablar de modalidades al derecho al libre comercio, se se habla de un derecho social consagrado constitucionalmente y en el caso de las características de las obligaciones, se está refiriendo a las características de un acto jurídico de derecho privado.

También hay distinción entre los derechos constitucionales con función social que ya se han analizado. Esto es, considerando que en el caso del derecho fundamental a la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, se está hablando de la ejecución de actos jurídicos, o sea, de derechos personales; a diferencia de que el derecho de propiedad con función social, de lo que es un derecho real, pero en los dos casos, son derechos con la misma función social, porque la Constitución les ha

⁷⁴³ **Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución...
Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, *sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público* y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

⁷⁴⁴ Investigador jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México.

otorgado esa calidad, y que esa misma característica los distingue de las otras figuras similares de derecho privado, sobre las cuales no hay interferencia de razones de interés público.

1.3.- El comercio en las áreas estratégica y prioritaria

De acuerdo con los artículos 25 y 28 de la Carta Magna, el Estado determina dos áreas de la economía nacional: el área estratégica y el área prioritaria; la primera está reservada a la empresa pública, y en la segunda podrá participar la empresa pública con empresas de los otros sectores, de conformidad a lo que establecen las leyes⁷⁴⁵.

En el área estratégica se dictan modalidades al derecho de libre comercio que limitan la capacidad de goce de los comerciantes sociales y privados para constituir los monopolios estatales permitidos por la ley, los cuales serán mencionados en el artículo 28 constitucional. En este último ordenamiento, se determina que en el área prioritaria, se buscará organizar y expandir a los comerciantes sociales, y por lo que toca a los comerciantes privados, serán alentados y protegidos para que su desenvolvimiento contribuya al desarrollo económico nacional; las empresas privadas y las sociales que participen de las actividades comerciales determinadas en el área prioritaria, sus actos jurídicos podrán estar sujetos a las modalidades y condiciones que dicte el interés público, de conformidad con el décimo párrafo del mencionado artículo 28.

Analizando el texto del sexto párrafo del artículo 25 multimencionado, se debe mencionar que el concepto de empresa en el derecho mexicano se limita a ser de carácter económico, ya que el sujeto jurídico de derecho mercantil es el comerciante; esto según el artículo 3º. del Código de Comercio mexicano⁷⁴⁶.

En ese sentido, se concluye que la empresa no es sujeto de derecho comercial, como si lo es el comerciante; a mayor abundamiento, se debe de observar el contenido de los artículos 2, fracción II, de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones⁷⁴⁷; 16 del Código Fiscal de la Federación⁷⁴⁸, y

⁷⁴⁵ **Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, op. cit. nota 625, t. IV Artículos 23. a 27, págs. 25-12 y 25-13.

⁷⁴⁶ **Artículo 3º.** "Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio".

⁷⁴⁷ **Artículo 2º.** Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

III. Comerciantes: las personas físicas y morales con actividades empresariales que realicen actividades de comercio, servicios y turismo que se encuentren establecidos y sujetos a un régimen fiscal.

⁷⁴⁸ **Artículo 16.** Se entenderá por actividades empresariales 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 transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.

2, fracción IX de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos⁷⁴⁹, que identifican a la empresa con el concepto de comerciante, el cual, sí es sujeto reconocido por el Código de Comercio.

Recapitulando lo expresado por el párrafo sexto del artículo 25 constitucional, se desprende que las actividades mercantiles en general y los actos de comercio, en particular, pueden estar sujetos a las modalidades que dicta el interés público. Esta cualidad otorga al derecho mercantil un lugar especial como rama del derecho privado, dándole una condición propia que le diferencia de los actos patrimoniales de derecho civil; es por esta razón que se ha desarrollado la teoría de la diferenciación existente entre las obligaciones civiles y las mercantiles que han expresado tratadistas de derecho mercantil en España y México, como Garrigues⁷⁵⁰, Vásquez del Mercado⁷⁵¹, Arce Gargollo⁷⁵², Castrillón y Luna⁷⁵³, y Vásquez del Mercado Cordero⁷⁵⁴, dando así lugar al estudio de la teoría de las obligaciones mercantiles como un capítulo propio e independiente entre los temas del derecho privado.

Partiendo de este fundamento se han dictado normas de derecho mercantil teniendo en consideración que es una rama del derecho especial para el ámbito comercial y de especial excepción a las reglas del derecho civil. Este carácter se observa especialmente en los actos de comercio realizados por intermediarios financieros, primero, porque son empresas comerciales que son concesionarias o autorizadas para prestar el servicio de banca y crédito, que es un área prioritaria de la economía nacional; y, segundo, porque estos

III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de 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 cuidado de 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 esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los 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.

Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales.

⁷⁴⁹ **Artículo 2º.** Para efectos de esta Ley se entenderá por:(...)

IX. Naviero o empresa naviera: Armador o empresa armadora, de modo sinónimo: la persona física o moral que teniendo bajo su propiedad o posesión una o varias embarcaciones, y/o artefactos navales, y sin que necesariamente constituya su actividad principal, realice las siguientes funciones: equipar, avituallar, aprovisionar, dotar de tripulación, mantener en estado de navegabilidad, operar por sí mismo y explotar embarcaciones.

⁷⁵⁰ **Garrigues, Joaquín**, op. cit. nota 313, 1998, t II, págs. 3-9.

⁷⁵¹ **Vásquez del Mercado, Óscar**, op. cit. nota 431, págs. 149-150.

⁷⁵² **Arce Gargollo, Javier**, *Contratos Mercantiles Apócrifos*, edit. Porrúa, 4ª. ed., México, 1997, pág. 14.

⁷⁵³ **Castrillón y Luna, Víctor M.**, *Contratos Mercantiles*, edit. Porrúa, México, 2002, págs. 47-71.

⁷⁵⁴ **Vásquez del Mercado Cordero, Óscar**, op. cit. nota 434, págs. 132-135.

comerciantes reconocen usos y prácticas bancarias que contienen formas propias, que se pueden considerar diferentes y hasta contrapuestas a las reglas generales que operan en el derecho civil. Por ejemplo, el reporto, conforme a su definición en el artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito⁷⁵⁵, es en realidad una venta con pacto de retroventa, que en el derecho civil está proscrito por el artículo 2302 del Código Civil Federal⁷⁵⁶, pero le es aplicable una modalidad que le permite que en materia mercantil se valide una retroventa; también, la calidad de título ejecutivo que los artículos 68 de la Ley de Instituciones de Crédito y 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, respectivamente, otorgan a los contratos privados de crédito que tienen a las instituciones de crédito⁷⁵⁷ y a las organizaciones auxiliares del crédito⁷⁵⁸ en su calidad de acreditantes, es una modalidad que no atiende a la regla general de los títulos ejecutivos, que está determinada por el artículo 1391 del Código de Comercio⁷⁵⁹; además, en materia de garantías reales de carácter mercantil, existe un régimen especial, por el que se consideran como hipotecas, los gravámenes de bienes muebles, como lo son las embarcaciones, según el artículo 101 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos⁷⁶⁰, las aeronaves,

⁷⁵⁵ **Artículo 259.** En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario.

⁷⁵⁶ **Artículo 2,302.-** Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes.

⁷⁵⁷ **Artículo 68.** Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

⁷⁵⁸ **Artículo 48.** El contrato o documento en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero que otorguen las organizaciones auxiliares del crédito correspondientes, junto con la certificación del estado de cuenta a que se refiere el artículo anterior, serán título ejecutivo mercantil sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno.

⁷⁵⁹ **Artículo 1391.** El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada ó pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al art. 1,346, observándose lo dispuesto en el 1,348;

II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos;

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1,288;

IV. Los títulos de crédito;

V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

⁷⁶⁰ **Artículo 101.** Se podrá constituir hipoteca sobre embarcaciones construidas o en proceso de construcción. La hipoteca marítima podrá ser constituida tanto por el propietario de la embarcación como por un tercero a su favor.

Para la constitución de las hipotecas marítimas se estará a lo establecido por esta Ley y a falta de disposición expresa en ella, a lo ordenado en el Código Civil Federal.

siguiendo las fracciones IV y V de la Ley de Aviación Civil⁷⁶¹, los derechos de concesión de acuerdo con los artículos 92 y 93 de la Ley de Vías Generales de Comunicación⁷⁶², y universalidades jurídicas en el diverso 67 de la Ley de Instituciones de Crédito⁷⁶³, que pueden incluir, tanto bienes muebles, como inmuebles, por lo cual, la modalidad, en este caso, se aplica a otra excepción de la regla general para la materia civil.

Por su parte, el numeral 28 desde la Constitución de 1857, se enfocó al garantizar la libertad para que cualquier individuo pueda concurrir en el libre mercado, es decir en el libre comercio, para ofrecer bienes y servicios en condiciones de igualdad⁷⁶⁴, con el fin de asegurar una sana competencia entre los comerciantes de los sectores público y privado, para lo cual se proscribió el monopolio, las prácticas monopólicas y los estancos⁷⁶⁵.

La constitución de la hipoteca deberá constar en instrumento otorgado ante notario o corredor públicos, o cualquier otro fedatario público de acuerdo con la legislación del Estado extranjero en que se haya constituido.

La orden de inscripción en el Registro Público Marítimo Nacional determinará el grado de preferencia de las hipotecas.

⁷⁶¹ **Artículo 15.** Las concesiones o los permisos se podrán revocar por:

IV. Ceder, hipotecar, gravar, transferir o enajenar las concesiones, los permisos, o los derechos en ellos conferidos, a algún gobierno o Estado extranjero;

V. Ceder, hipotecar, gravar, transferir o enajenar las concesiones, los permisos, o los derechos en ellos conferidos a otros particulares, nacionales o extranjeros sin autorización de la Secretaría;

⁷⁶² **Artículo 92.-** Podrán constituirse hipotecas u otros gravámenes reales sobre todas las líneas y vehículos, embarcaciones y demás bienes que formen el sistema de la empresa, o sobre una parte solamente de sus sistemas, por un término que en ningún caso comprenderá la última décima parte del total del tiempo por el que se haya otorgado la concesión, cuando se trate de empresas sujetas a reversión.

Artículo 93.- La hipoteca comprende, salvo pacto en contrario:

I.- La concesión;

II.- La vía de comunicación o medio de transporte, con todas sus dependencias, accesorios y, en general, todo lo que le pertenezca, cuando la misma haya sido construida en virtud de la concesión.

III.- El material fijo y móvil empleado con la construcción y explotación, reparación, renovación y conservación de la vía de comunicación o del medio de transporte y sus dependencias, y

IV.- Los capitales enterados por la empresa para la explotación y administración de la vía de comunicación o medio de transporte, el dinero en caja de la explotación corriente, los créditos nacidos directamente de la explotación y los derechos otorgados a la empresa por terceros

⁷⁶³ **Artículo 67.** Las hipotecas constituidas a favor de las instituciones de crédito sobre la unidad completa de la empresa agrícola, ganadera o de otras actividades primarias, industrial, comercial o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

⁷⁶⁴ **Poder Judicial de la Federación,** *Las Garantías de Libertad*, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª. ed. México, 2005, pág. 174.

⁷⁶⁵ **Artículo 28.** En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En el referido artículo, se busca una armonía en función de lo justo; por una parte, desde su concepción inicial en la Constitución de 1857, se prohibió toda clase de monopolios privados y estancos gubernamentales, para favorecer al libre comercio; el mismo criterio sostuvo el Congreso Constituyente de 1917; sin embargo, desde 1857 se precisaron excepciones a esta regla general, determinándose inicialmente las enumeradas por el propio precepto, siendo éstas la acuñación de moneda, los correos, los telégrafos y los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora; añadiéndose en 1917, los siguientes: la radiotelegrafía y la emisión de billetes por un solo banco que controlará el Gobierno Federal, y en lo que tocaba a los privilegios se adicionó a los autores y artistas. De estas excepciones surgieron otras más, entre las cuales se incluyó al área estratégica de la economía.

Así, se buscó armonizar la defensa del libre comercio con el interés público que puede imponer modalidades para el ejercicio de actividades que desarrollen los organismos y las empresas gubernamentales en las áreas estratégicas de la economía, limitando la libertad comercial.

1.4.- Los servicios públicos comerciales concesionados y los monopolios

El debate ocasionado por la expropiación de la banca privada en noviembre de 1982, dio lugar a la revisión del capítulo de las concesiones de servicios públicos a particulares, analizando la naturaleza jurídica de este derecho, en particular el servicio público de banca y crédito, que se convirtió en un servicio de exclusiva participación estatal, y que posteriormente, mediante reformas de 27 de junio de 1990, se derogó el párrafo quinto del artículo de que se trata y se reprivatizó el servicio de banca y crédito.

Ahora bien, resulta evidente que las reformas relativas al mismo servicio y a la concesión afectaron el concepto de servicio de banca y crédito, por que las modificaciones de 1983 permitieron la aplicación de modalidades y condiciones que dicte el interés público sobre las operaciones bancarias; lo que también dio lugar a que, de acuerdo con Acosta Romero⁷⁶⁶, en el artículo 8 de la Ley de Instituciones de Crédito⁷⁶⁷, se disfrazara el concepto de concesión con el de autorización.

El artículo 28, una vez modificado en 1982, mediante la adición de un quinto párrafo, tuvo que avalar la inconstitucional expropiación bancaria, según lo indica Tena Ramírez⁷⁶⁸; tal circunstancia precipitada dio lugar a que este ordenamiento sufriera, en menos de tres meses, otra reforma en 1983. En esta

⁷⁶⁶ Acosta Romero, Miguel, op. cit. nota 366, págs. 135-141.

⁷⁶⁷ **Artículo 8o.** Para organizarse y operar como institución de banca múltiple *se requiere autorización* del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su Junta de Gobierno y opinión favorable del Banco de México. Por su naturaleza, estas autorizaciones serán intransmisibles.

⁷⁶⁸ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, 27ª. ed., México, 1993, pags.637-643.

última reforma, se buscó mayor perspectiva al tratamiento de la libertad de comerciar, por lo que se incrementó hasta en trece párrafos dicho artículo; y es también en estas modificaciones, en donde se asigna al derecho al libre comercio un sentido social mediante una función social, sujetándolo a las modalidades y condiciones que dicte el interés público.

El artículo 28 constitucional en su párrafo segundo⁷⁶⁹, sienta las bases de la competencia económica⁷⁷⁰; por lo cual, para evitar las prácticas monopólicas consistentes en “...actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, e impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas..”⁷⁷¹, determina el establecimiento de medidas de fiscalización, el análisis y la resolución sobre los actos que limiten la libertad comercial, y también establece que dictará castigo a los comerciantes que contravengan las disposiciones al respecto.

Dentro de las mencionadas reformas y adiciones de 1983, se incluyó como concepto sustancial para el desarrollo y equilibrio de una economía moderna, la regulación de precios y distribución de artículos necesarios para la economía nacional o el consumo popular. Además, se determinó en su tercer párrafo, la

⁷⁶⁹ **Artículo 28.** (...) En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

⁷⁷⁰ Registro IUS: 186053. Localización: Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Septiembre de 2002, p. 254, tesis 1a. LXIV/2002, aislada, Constitucional, Administrativa. **COMPETENCIA ECONÓMICA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ESTÁ FACULTADO EXPLÍCITAMENTE POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE LA MATERIA DE MONOPOLIOS Y, POR ENDE, AL EXPEDIR LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO INVADE LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.** *Los artículos 25, 28 y 73, fracción XXIX-D, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, las diversas actividades que debe realizar el Estado como rector del desarrollo, consistentes en planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como llevar a cabo la regulación y fomento de aquellas tareas que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga la propia Constitución Federal: la prohibición general respecto de la existencia de monopolios y prácticas monopólicas; y la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de planeación económica y desarrollo, programación, promoción, concertación y ejecución de orden económico que tiendan esencialmente al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios. Ahora bien, si del análisis relacionado de las mencionadas disposiciones constitucionales, se desprende que el Congreso de la Unión está facultado explícitamente para legislar en materia de planeación económica y desarrollo, así como en lo relativo a monopolios y, por tanto, para expedir la Ley Federal de Competencia Económica que tiende a regular la concentración de capitales y empresas, por ser de sustancial importancia económica, es indudable que al emitirla no invade la esfera competencial de las entidades federativas.*

Precedentes: Amparo en revisión 224/2001. Empresas Cablevisión, S.A. de C.V. 5 de junio de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Velarde Ramírez.

⁷⁷¹ **Poder Judicial de la Federación**, op. cit. nota 763, pág. 182-183.

facultad del Estado, como rector de la economía nacional, para dictar leyes que favorezcan a los consumidores en su organización, así como a la distribución de artículos necesarios para la economía nacional o el consumo popular, para los cuales se fijaran precios máximos⁷⁷²; en tal sentido, el Estado podrá imponer modalidades a esa organización y distribución.

En el tercer párrafo del referido artículo se hace mención a las modalidades que puede fijar el Estado, las que, también fueron dictadas por el interés público, en el artículo 25 de la misma Carta Magna.

En el décimo párrafo se vuelve a hacer mención de los conceptos, modalidades y condiciones, para asegurar la eficacia de la prestación de los servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, en el área prioritaria de la economía nacional, evitando así fenómenos de concentración que contraríen el interés público⁷⁷³. Es aquí, en donde se vuelven a utilizar los conceptos de "modalidades" e "interés público", y además, en este párrafo, se utiliza el término "condiciones"

Por lo anterior, habrá que analizar el alcance jurídico de la condición, palabra que proviene del latín "*conditio-onis*", que significa índole, naturaleza o propiedad de las cosas, o situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra. Jurídicamente es un acontecimiento incierto o ignorado que influye en la perfección o resolución de ciertos actos jurídicos o de sus consecuencias. También se considera como circunstancias que afectan a un proceso o al estado de una persona o cosa. En latín, "*condicio*" significa cualidad⁷⁷⁴. Sin embargo, en la definición estrictamente jurídica, la condición es una modalidad de las obligaciones consistente en un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la existencia o resolución de una obligación⁷⁷⁵. Pero, por lo que toca a lo expresado por el décimo párrafo se interpreta como condición o circunstancia.

Por lo anterior, se infiere, que el décimo párrafo al expresar que: "*Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público*", determina que el Estado

⁷⁷² **Artículo 28.** (...) Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para *imponer modalidades* a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

⁷⁷³ **Artículo 28.** (...) El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes *fijarán las modalidades y condiciones* que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

⁷⁷⁴ **Blánquez, Agustín**, op. cit. nota 40, pág. 127.

⁷⁷⁵ **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.** op. cit. 128, Alicia Elena Pérez Duarte, t. I, pág. 584.

mediante la acción legislativa impondrá modalidades y condiciones a los actos jurídicos, en especial los de carácter comercial, que realicen los comerciantes concesionarios o autorizados en la prestación de servicios públicos y la utilización social de bienes, cuando estos actos sean contrarios al interés público. Esto debido a que son actos de comerciantes que actúan dentro del área prioritaria de la economía y por tal, son concesionarios o autorizados, por lo que sus actos deben obedecer a circunstancias especiales que fije el interés público.

Si en el artículo 27 de la Constitución se imponen al derecho de propiedad con función social, modalidades y limitaciones que dicta el interés público; en el artículo 28 de la misma Carta Magna, se fijarán al derecho de libertad de comercio, modalidades y condiciones que aseguren eficacia y eviten concentraciones que contraríen el interés público. Así, por consecuencia, al derecho de libertad de comercio se le aplican modalidades que dicta el interés público al impulso que el Estado da a los comerciantes sociales y privados; también se le imponen modalidades a la organización de la distribución de los artículos necesarios para la economía nacional o el consumo popular, para los cuales se fijaran precios máximos; y además se fijan modalidades que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, evitando fenómenos de concentración. Estas modalidades, se aplican a los actos jurídicos de los comerciantes de los sectores social y privado, dando por tanto, un perfil propio al derecho mercantil; este perfil de las normas jurídicas comerciales confirma el carácter especial esta rama del derecho en función de sus sujetos, los comerciantes y así también de su objeto, que son las relaciones patrimoniales comerciales. Los artículos de la Constitución mencionados, expresan que las modalidades se aplicarán a los actos de los comerciantes de los sectores social y privado; y también se expresa y se infiere que dichas normas son especiales para dichos sujetos de actos jurídicos de derecho comercial, y que por tal, las referidas modalidades convalidan figuras jurídicas de derecho privado, pero excepcionales a las reglas generales del derecho civil. Además, estas modalidades que se aplican a los actos de los mencionados comerciantes son resultado de la observación de la realidad socioeconómica con un enfoque de libertad, justicia y equidad en los actos mercantiles; se afirma lo anterior por que la referencia de los artículos 25 y 28 constitucionales no tiene un carácter positivista resultado de un arbitrio de ley desligado de su eficacia en la realidad socioeconómica y tampoco tiene un sentido jusnaturalista abstracto que exceda a los principios generales de libertad, justicia, igualdad y equidad, sino que las mencionadas modalidades solamente se adaptan a los dictados del interés público, o sea, a la realidad circunstancial que en un momento dado puede ser regulada por un ordenamiento jurídico que busca, en lo más posible, una aplicación eficaz con la aplicación de los principios generales mencionados.

2. El realismo socioeconómico como base y método del Derecho Mercantil.

2.1.-El realismo socioeconómico como corriente del pensamiento jurídico.

Se considera realismo a la doctrina o sistema de los filósofos que atribuyen realidad a las ideas generales. De entre las modalidades del realismo se pueden determinar el realismo filosófico, el literario, el estético, tanto pictórico, como escultórico, pero de especial relieve para el presente estudio es el realismo filosófico.

El realismo filosófico es clasificado en realismo metafísico y realismo gnoseológico⁷⁷⁶; el primero de ellos señala que no es lo mismo ser, que ser percibido; por su parte, el segundo se caracteriza por admitir la existencia de cosas reales fuera e independientemente del sujeto cognoscente. El filósofo Mario Bunge determina dos tipos de realismos: el idealista y el científico⁷⁷⁷. En el realismo idealista o platónico, se identifica la realidad con la totalidad de las ideas y sus sombras, asumiendo que existen autónomamente, y que sus sombras son las cosas concretas; en el realismo científico⁷⁷⁸, se identifica la realidad en las cosas concretas, y las ideas no existen por sí solas, sino que son procesos mentales y cerebrales.

Para Bertrand Russell en su obra *"Ciencia, Filosofía y Política"*, destaca que el realismo es una de las grandes corrientes de la filosofía académica del siglo XX, y determina para la misma tres características:

- a. Tiene una consideración unitaria de la ciencia y la filosofía;
- b. Tiene al análisis como método; y
- c. Tiene al pluralismo como metafísica⁷⁷⁹.

En otras palabras, la revuelta anti idealista y contra el formalismo, desemboca en la corriente realista. Esta concepción gnoseológica y científica está basada en la expresión de que todo orden o sistema social o jurídico son hechos⁷⁸⁰, y esta concepción se transmitió a la ciencia jurídica, constituyéndose la corriente del realismo jurídico.

Aquí resulta necesario hacer una sucinta referencia a los antecedentes del realismo jurídico dentro del movimiento positivista, en general, y en especial el positivismo jurídico⁷⁸¹. Lo anterior tiene como punto de partida la negación de la existencia de una ley natural caracterizada por una explicación metafísica del derecho; esta concepción contraria al *iusnaturalismo* es congruente y de conformidad con la tesis del padre del positivismo Augusto Comte⁷⁸² que

⁷⁷⁶ *Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A.*, op. cit. nota 334, t. VIII, pág. 1089.

⁷⁷⁷ **Bunge, Mario**, *Diccionario de Filosofía*, edit. Siglo XXI, 4ª. ed., México, 2007, pág. 180.

⁷⁷⁸ Los defensores del realismo científico son Karl Popper y Mario Bunge; sin omitir que Popper es un racionalista crítico y Bunge es un realista crítico.

⁷⁷⁹ **Hierro, Liborio**, *Realismo Jurídico*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000, pág. 77.

⁷⁸⁰ **Ross, Alf**, *Sobre el Derecho y la Justicia*, edit. U. de Bs. As. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires, 2005, pág. 57.

⁷⁸¹ Para el jurista filósofo Rolando Tamayo, el realismo no necesariamente es una forma de positivismo.

⁷⁸² En sus obras, tanto, en el *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, como en el *Curso de Filosofía Positiva*, Comte expone el fundamento científico del positivismo partiendo de las ciencias naturales, como lo son, la química, la biología, la anatomía, la botánica y la zoología y las exactas, como lo son las

determina el paso de la etapa filosófica o metafísica a la etapa científica o positiva⁷⁸³, según se explica en las leyes fundamentales de la dinámica social, o teoría general del progreso natural de la humanidad⁷⁸⁴; esta afirmación derivó en una concepción dogmática del positivismo como “*religión probada y demostrada*”⁷⁸⁵, así, la ciencia es la medida de lo que es y lo que no es, y solo los hechos empíricos son objeto de conocimiento posible⁷⁸⁶; y por consecuencia, en la derivación al positivismo jurídico, se concluye en la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo⁷⁸⁷, que, a su vez, influyó en la filosofía del derecho del siglo XIX, dando lugar a la escuela de la exégesis, caracterizada por considerar que la legislación es la única fuente legítima de derecho.

2.2.- El formalismo jurídico y sus reacciones.

La aparición de la “Escuela del Derecho Libre” con Herman Kantorowicz⁷⁸⁸ a la cabeza, la de “Libre investigación científica” de Francois Geny⁷⁸⁹, reacciona contra el formalismo y critica su metodología para la teoría del Derecho, al afirmar que este método formalista es contrario al método realista o teleológico, al cual se adhiere y propone⁷⁹⁰.

Sin embargo, el formalismo tiene una presencia indudable en el pensamiento de Kelsen, dando lugar a un culto desmedido por la norma como tal⁷⁹¹, donde su preocupación principal sobre la misma, es la formación de la norma de ley, su validez extrínseca, y no su valor axiológico y su eficacia. En esta concepción jurídico-formal de Hume, Kelsen distingue el ser del deber ser en función de dos conceptos de la interrelación de las conductas humanas, por una parte, la imputación, que es la conexión entre un comportamiento como condición, y una sanción como consecuencia; por la otra, está la causalidad, que es la relación o nexo entre causa y efecto⁷⁹². Cossio resume analíticamente

matemáticas, la geometría, la física, la térmica, la acústica, la óptica, la electrológica, para de ahí llegar a las ciencias sociales, como lo son, la psicología social y la sociología. Con esta aplicación de la lógica positivista se privilegia el método de las ciencias consistente en el conocimiento experimental sobre la metodología teológica y filosófica, por lo cual, en la dinámica social expuesta en los tres estadios, el objeto del conocimiento positivo es lo experimentado, lo constituido, lo realizado.

⁷⁸³ **Comte, Auguste**, *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, edit. Alianza Editorial Ciencias Sociales, Madrid, 2000, págs. 23-34.

⁷⁸⁴ **Comte, Auguste**, *Cours de Philosophie Positive*, edit. J. B. Bailliere et Fils, 30ª. ed. Paris, 1869, t III, págs. 508-511.

⁷⁸⁵ **Truyol y Serra, Antonio**, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 3, Idealismo y Positivismo*, edit. Alianza Editoria, Madrid, 2004, t III, pág. 224.

⁷⁸⁶ **Schmill O., Ulises**, *El Positivismo Jurídico*, colaboración para “*El Derecho y la Justicia*”, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000, pág. 67.

⁷⁸⁷ **Nino, Carlos Santiago**, op. cit. nota 327, pág. 322.

⁷⁸⁸ **Truyol y Serra, Antonio**, op. cit. nota 784, t.III, pág. 289.

⁷⁸⁹ **Bobbio, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, edit. Themis, 2ª. ed. 4ª. reimpr. Bogota, 2002, pág. 35.

⁷⁹⁰ **Hierro, Liborio**, op. cit. nota 778, pág. 78.

⁷⁹¹ **Plazas Vega, Mauricio A.** *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, edit. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1998, pág. 23.v

⁷⁹² **Kelsen, Hans**, *Teoría General de las Normas*, edit. Trillas, 1ª. reimpr. México 2007, pág. 41.

la idea de Kelsen⁷⁹³ y la explica de la siguiente forma: *“En tanto las conductas humanas son siempre y en todo momento, **acontecimientos reales** que deben explicarse a partir de los principios de la causalidad o, lo que es igual, desde las ciencias naturales o empíricas. Por el contrario, debido a que las normas que significan a tales conductas pertenecen al “deber ser”, la relación entre normas y conductas se lleva a cabo en términos de imputación”*⁷⁹⁴.

Dentro del positivismo jurídico es reconocida la existencia de dos corrientes señaladas como el positivismo analítico y el positivismo sociológico⁷⁹⁵. El positivismo analítico considera que los datos que interesan a la ciencia jurídica, son *las reglas jurídicas efectivas*, establecidas por los órganos del Estado, por lo cual, el derecho es fruto del mandato de quien está habilitado para proferirlo, de acuerdo con un ordenamiento válido; ubicándose en esta corriente a Austin y a Kelsen⁷⁹⁶; en tanto que, en el positivismo sociológico, los datos de interés son los factores y fuerzas que inciden en las reglas jurídicas⁷⁹⁷, y según Bodenheimer, los tratadistas afines a esta corriente son Ludwig Gumplowicz⁷⁹⁸ y Gustav Radbruch⁷⁹⁹ y los integrantes de las escuelas sociológica y realista de los Estados Unidos⁸⁰⁰.

Para la “jurisprudencia sociológica” de Holmes, el iusnaturalismo tradicional y la jurisprudencia analítica⁸⁰¹ sostienen una concepción dogmática que separa al derecho de la realidad. En relación a esta consideración sobre el derecho y la realidad de la vida social humana, cabe referirse a un jurista positivista como Kelsen y a un sociólogo como Weber en sus campos de estudio, y observar sus objetos de investigación; así que, como lo expresa Cossio, “Kelsen trabaja la jurisprudencia en el mundo del deber ser, y Weber lo hará con la sociología en el del ser”⁸⁰². Por consecuencia, en la tesis de Kelsen se ubica como determinante de la juridicidad al elemento coactivo, por tal, a manera de paradigma afirma: *“El derecho es fundamentalmente un orden coercitivo”*⁸⁰³; en tanto que, con respecto a esta afirmación, Weber le resta a la coercibilidad el carácter fundamental de la eficacia del derecho y considera que hay medios no violentos de coacción que obran con la misma fuerza, o en circunstancias, con mayor fuerza que la coacción estatal, y determina que: *“La coacción jurídica violenta mediante el aparato coactivo de la comunidad política a menudo ocupa el segundo lugar respecto a los medios coactivos de otros poderes, por ejemplo, los*

⁷⁹³ *Ibidem*, págs. 27-28.

⁷⁹⁴ **Cossio Díaz, José Ramón**, *Derecho y Análisis Económico*, edit. Fondo de Cultura Económico, 2ª. reimpr. México, 2008, pág. 103.

⁷⁹⁵ **Bodenheimer, Edgar**. *Teoría del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México, 2004, págs. 309 y 340.

⁷⁹⁶ *Ibidem*. págs. 320 y 327.

⁷⁹⁷ **Plazas Vega, Mauricio A**, op. cit. nota 790, pág. 56.

⁷⁹⁸ **Bodenheimer, Edgar**, op. cit. nota 794, págs. 340-343.

⁷⁹⁹ **Radbruch, Gustav**, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 9ª. reimpr. México, 2005, págs. 123-127.

⁸⁰⁰ **Bodenheimer, Edgar**, op. cit. nota 794, págs. 344 y 348.

⁸⁰¹ *Ibidem*. pág. 354.

⁸⁰² **Cossio, José Ramón**, op. cit. nota 793, pág. 111.

⁸⁰³ **Kelsen, Hans**, op. cit. nota 791, pág. 40.

*religiosos, y en general depende en absoluto del caso particular de que se trate hasta qué punto se extiende su importancia real*⁸⁰⁴.

Considerando lo expuesto por Weber, los iusrealistas afirman que el Derecho no consiste exclusivamente de normas, y que no se identifica exclusivamente con el "deber ser", sino con el "ser". Para estos juristas el Derecho se identifica con la norma y también con el hecho; éste no debe reducirse al Estado, sino que debe incluir a la sociedad. Aquí cabe recuperar lo expresado por Flores Mendoza, quien indica sobre este punto: *"En otras palabras, el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales"*⁸⁰⁵.

Rosco Pound afirmó en 1931 que: "No hay escuela realista. Ni posibilidad alguna de que llegue a existir tal escuela. Hay, sin embargo, un movimiento en el pensamiento y en el trabajo jurídico"⁸⁰⁶. Bodenheimer también da al realismo la categoría de movimiento y lo denomina: "Movimiento Realista del Derecho", y concluye sobre qué: *"Este movimiento no constituye en sí una escuela jurídica, porque no se compone de un grupo de hombres con un credo común y un programa unificado"*⁸⁰⁷. En su estudio a esta corriente, Recasens Siches indica que el realismo jurídico en los Estados Unidos de América ha sido: *"una etiqueta o denominación de varias teorías de un grupo bastante numeroso de profesores y de abogados, que divergían entre sí en muchos puntos, pero presentaban, sin embargo, muchos denominadores comunes"*⁸⁰⁸. Actualmente se reconoce que: *"Por realismo se comprende una amplia corriente de pensamiento o movimiento y no una teoría acabada sobre el derecho"*⁸⁰⁹.

Sin embargo, según Twining, algunos tratadistas tratan al realismo como una teoría general del derecho, debido a que Robert Summers ha reconstruido las ideas compartidas de algunos realistas, contando de sus inmediatos precursores a discípulos y seguidores, en forma de una completa distintiva teoría del derecho y su aplicación, a la que ha llamado "instrumentalismo pragmático"⁸¹⁰.

Sin tomar partido sobre la discusión anterior, se puede afirmar que la corriente del realismo jurídico plantea una concepción del derecho a partir de una postura antiformalista consistente en el estudio de la relación entre la validez

⁸⁰⁴ Weber, Max. op. cit. nota 36, pág. 255.

⁸⁰⁵ Flores Mendoza, Imer Benjamín, "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, serie XXX, número 90, septiembre-diciembre de 1997, pág. 1019.

⁸⁰⁶ Hierro, Liborio, op. cit. nota 778, pág. 79.

⁸⁰⁷ Bodenheimer, Edgar, op. cit. nota 794, pág. 361.

⁸⁰⁸ Recasens Siches, Luis, "Realismo Jurídico Norteamericano", colaboración para Enciclopedia Jurídica OMEBA, ed. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, 1967, t. XXIV, pág. 24.

⁸⁰⁹ Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 287.

⁸¹⁰ Twining, William, "Talk About Realism", col. New York University Law Review, vol. 60, núm. 3, junio 1985, pág. 343.

de las leyes y su aplicación efectiva, así como la relación entre el derecho y la fuerza o el análisis de la función creadora de los jueces⁸¹¹.

Dentro del pensamiento jurídico, la corriente del realismo surge con Ihering como reacción metodológica teleológica al formalismo de método dialéctico; el reconocimiento a Ihering, como iniciador de la lucha contra la jurisprudencia conceptual, es por parte de Radbruch, quien le atribuye el encabezamiento del "Movimiento del Derecho Libre"⁸¹², y así, el realismo toma fuerza en la afirmación de Von Gierke en el sentido de que el Derecho no es producto de la voluntad estatal, sino un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos⁸¹³. Cabe mencionar que Bobbio considera que Federico Carlos Von Savigny y su seguidor Federico Puchta en la escuela histórica del derecho, son un antecedente referencial del realismo, por considerar que el derecho se nutre del fenómeno histórico social⁸¹⁴.

Esta corriente del pensamiento jurídico ha sido planteada como terciaria entre la disyuntiva conceptual del iusnaturalismo y el positivismo⁸¹⁵.

Al respecto se han marcado principalmente dos escuelas del realismo jurídico: la estadounidense americana y la escandinava.

2.3.- El realismo jurídico en los Estados Unidos de América.

El realismo jurídico en los Estados Unidos de América es producto de una respuesta a dos corrientes que se asentaron en el sistema jurídico anglosajón:

- a) El iusnaturalismo constitucional, que otorgaba al juez el papel de simple aplicador deductivo de la ley; y
- b) El formalismo de la escuela de "jurisprudencia analítica", encabezada por John Austin.

Contra el iusnaturalismo constitucional se manifestó la concepción sociológica estadounidense con Roscoe Pound, quien destacó la importancia de la experiencia sobre la justificación apriorística de lo jurídico. También deben destacarse los pronunciamientos de Benjamin Nathan Cardozo, al solicitar al Juez cumplir con su responsabilidad como creador de normas mediante sus fallos.

En este sentido antiformalista, se expresó que: *"El realismo pretende superar esa tradicional separación entre el 'ser' y el 'deber ser', para afirmar que el derecho tiene un ser una realidad de la que debe ocuparse el investigador jurídico"*⁸¹⁶. Por lo anterior, los hechos de los que conoce un juez en un proceso judicial, y sobre los cuales deberá resolver, no necesariamente coinciden con lo

⁸¹¹ Hierro, Liborio, op. cit. nota 778, pág. 78.

⁸¹² Radbruch, Gustav, op. cit. nota 798, pág. 125.

⁸¹³ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, edit. Fontamara, 2ª. reimpr. México, 2003, pág. 186.

⁸¹⁴ Bobbio, Norberto, op. cit. nota 788, pág. 34.

⁸¹⁵ García Maynez, Eduardo, *Positivismos Jurídico, Realismo Sociológico u Iusnaturalismo*, edit. U.N.A.M., 4ª. ed. México, 1989, 1ª. reedic. 1997, pág. 6.

⁸¹⁶ Plazas Vega, Mauricio A, op. cit. nota 790, pág. 92.

que realmente ocurrió u ocurre, por lo menos, no en todos los alcances de la resolución, y las sentencias, por consecuencia, solamente tienen considerandos para las llamadas “verdades procesales, formales o legales” y no en la realidad del conflicto intersubjetivo de intereses.

Así, se puede señalar que una de las principales fuentes doctrinales del realismo jurídico estadounidense americano es lo que se denomina el paradigma Holmes/Cardozo⁸¹⁷. Oliver Wendell Holmes Jr. es la principal figura del pensamiento antiformalista que tiene como frase característica la siguiente: *“La vida real de derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia”*⁸¹⁸, y continúa exponiendo su teoría de las élites, al señalar que a través de la historia, los jueces son influenciados por las teorías políticas y morales de la época, más que por los silogismos en la determinación de las reglas por las que deban gobernarse los ciudadanos. Esta teoría sirve de andamiaje a la formulación de un método de estudio de las sentencias de los jueces a través de las tendencias de las mismas al considerar su momento histórico, para de ahí determinar predicciones que partan de precedentes claramente establecidos, y que con base a ello se pueda establecer un derecho y una obligatoriedad sobre la tendencia, para después llegar a la sistematización de ellas en una jurisprudencia predictiva que sirva al Estado para el ejercicio de cierto de una acción judicial fundamentada en un historicismo sistematizado de sus resoluciones. El continuador de esta corriente jurisprudencial es Benjamin Nathan Cardozo, quien analiza la verdadera naturaleza de procedimiento judicial; parte del razonamiento de que para lograr una verdadera aplicación del derecho, no debe de estudiarse lo que los jueces deben de hacer, sino lo que realmente hacen. La jurisprudencia sociológica tiene en los planteamientos de Cardozo un método judicial por el cual, el juez busca resolver para alcanzar la causa final del derecho, que es el bienestar social, mediante la subordinación de los métodos histórico y lógico al método sociológico, para lo cual, cuenta con amplia discrecionalidad para resolver en un caso concreto. Dicho en las palabras de Cardozo: *“El juez interpreta a la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo, contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta. La acción creadora del juez es especialmente indispensable cuando se requiere la adaptación de una regla o principio a las combinaciones cambiantes de acontecimientos”*⁸¹⁹.

Esta concepción jurídica realista se caracteriza por la maximización de los elementos normativos y prescriptivos del Derecho, y la minimización de los elementos empíricos y descriptivos del mismo, lo que torna al Derecho en un conjunto de hechos, donde las normas no tienen preponderancia⁸²⁰.

⁸¹⁷ Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 278.

⁸¹⁸ Holmes, O. W. *The Common Law*, edit. Tipografía Editora Argentina, S. A., Bs. As., 1964, pág. 15.

⁸¹⁹ Cardozo, Benjamin N., *The Growth of the Law*, edit. Yale University Press, New Haven, 1924, pág. 96, tomado de Bodenheimer, Edgar, op. cit. nota 794, pág. 355.

⁸²⁰ Flores Mendoza, Imer Benjamín, op. cit. nota 804, pág. 1023.

El realismo en los Estados Unidos de América no se limitó al paradigma Holmes-Cardozo, sino que buscó ir más allá de lo que dicen los tribunales y determinar lo que realmente hacen; por lo cual, el movimiento cuenta con exponentes variados, nombrándose a Joseph W. Bingham, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter Cook, Charles E. Clarck, Wesley Sturges, Felix Cohen y Max Radin. De los anteriores se tienen distintas concepciones del realismo jurídico estadounidense americano y de todos se pueden resumir ciertas características.

Por ejemplo, Karl Llewellyn tiene un concepto muy práctico del realismo, afirma que *"El realismo no es una filosofía, sino una tecnología, lo que el realismo fue, y es, consiste en un método y nada más"*⁸²¹⁸²².

En el realismo jurídico estadounidense americano, según el propio Llewellyn, se pueden identificar los siguientes nueve puntos de partida:

1. Una concepción dinámica del Derecho;
2. Una concepción instrumental del Derecho como un medio para fines sociales;
3. Una concepción dinámica de la sociedad;
4. Divorcio metodológico temporal entre el ser y el deber ser;
5. Desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los tribunales y la gente;
6. Desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista en la decisión judicial;
7. Creencia en que los casos y situaciones jurídicas deben ser agrupadas en categorías más limitadas que las tradicionales;
8. Valoración de todos los sectores del Derecho por sus efectos; y
9. Una investigación programática de los problemas jurídicos sobre la base de todas estas líneas⁸²³.

Jerome Frank ha tomado una posición más radical que Llewellyn al afirmar que: *"las decisiones judiciales están influidas por la dieta del juez, sus preferencias y aborrecimientos personales, sus prejuicios y estados de ánimo"*⁸²⁴; por lo tanto, el conocimiento de las normas de derecho sirve de muy poco para prever la decisión de un juez.

El realismo en los Estados Unidos de América ha tomado las bases anteriores para buscar un perfil propio del análisis del pensamiento jurídico que ha permitido extenderse hasta planteamientos de carácter múltiple que incluyen a los miembros de la Critical Legal Studies, quienes: *"reproducen argumentos realistas en contra del formalismo, la ilusión de certeza y la aplicabilidad mecánica del Derecho, enfatizando la indeterminación del lenguaje jurídico y la*

⁸²¹ Twining, William, op. cit. nota 809, pág. 365.

⁸²² Plazas Vega, Mauricio A, op. cit. nota 790, pág. 98.

⁸²³ Hierro, Liborio, op. cit. nota 778, pág. 79.

⁸²⁴ Frank, Jerome, *"Are Judges Human?"*, edit. University of Pennsylvania Law Review, vol. 80, 1931, pág. 247, tomado de Bodenheimer, Edgar, op. cit. nota 794, pág. 362.

*discrecionalidad del intérprete*⁸²⁵; así también tiene referencia en tesis como las de la corriente del Análisis Económico del Derecho^{826 827}, y además tiene relación con los planteamientos de Ronald Dworkin⁸²⁸ y de William Twining^{829 830}.

2.4.- El realismo jurídico escandinavo.

El realismo jurídico escandinavo cuenta con sus principales exponentes: Alf Ross y Karl Olivecrona. Para la concepción jurídica realista en la escuela escandinava, las leyes no pueden consistir exclusivamente en la voluntad del legislador, entendiéndose a éste como el Estado o la voluntad general, ya que cualquier legislador resulta ser configurado por sus propias leyes⁸³¹; entonces las leyes también consisten en la aceptación de su obligatoriedad por los destinatarios de las mismas.

El realismo jurídico escandinavo hace cuestionamientos a las doctrinas que presentan separaciones insuperables entre la validez y la realidad que llevan a dualismos o a monismos inconcebibles e insostenibles para una teoría jurídica razonada; tampoco coincide con doctrinas que consideran al derecho pura realidad y llegan al extremo de omitir la normatividad, de lo que resulta la indiferenciación de la conducta jurídica, de otras conductas sociales, como es el caso de algunas posturas del realismo estadounidense americano. Entonces, no se debe de evadir el dualismo al elegir a uno de sus elementos, sino superar este punto e interpretar sus elementos en un mismo fenómeno jurídico⁸³².

En su idea de ciencia jurídica, Ross tiene como piedra angular el concepto de "derecho vigente", con el que busca sintetizar las posturas del realismo conductista estadounidense americano y el realismo psicológico escandinavo de Olivecrona. Al intentar una superación de las explicaciones psicologistas y conductistas, concluye en que el hecho social consistente en la vigencia de la norma jurídica, es su efectiva consideración como obligación por los tribunales y órganos ejecutivos (elemento psicológico) y efectiva aplicación por los mismos (elemento conductista)⁸³³. Partiendo de lo anterior, define al Derecho (vigente) como: "*Las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro*"⁸³⁴; y dentro de este concepto, distingue dos aspectos: a) La realidad social, consistente en la aplicación del derecho por los tribunales, que

⁸²⁵ Pérez Lledó, **Juán A.** "*Teorías Críticas del Derecho*", colaboración para *El Derecho y la Justicia*, comp. Garzón Valdés, Ernesto, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid, 2000, pág. 97.

⁸²⁶ Cooter, **Robert, y Ulen, Thomas**, *Derecho y Economía*, ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México, 2008, pág. 16.

⁸²⁷ Posner, **Richard A.**, *El Análisis Económico del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México, 2007, pág. 47.

⁸²⁸ Dworkin, **Ronald**, *Como el Derecho se parece a la Literatura* edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, 4ª reimpr. Bogotá, 2002, págs. 144-148.

⁸²⁹ Twining, **William**, op. cit. nota 267, pág. 124.

⁸³⁰ Twining, **William**, op. cit. nota 809, pág. 333.

⁸³¹ Hierro, **Liborio**, op. cit. nota 778, pág. 83.

⁸³² Plazas Vega, **Mauricio A.**, op. cit. nota 790, pág. 112.

⁸³³ Hierro, **Liborio**, op. cit. nota 778, pág. 83.

⁸³⁴ Atienza, **Manuel**, op. cit. nota 812, pág. 215.

denomina "fenómeno jurídico" o "derecho en acción"; y b) Las normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias, y que funcionan como un esquema de interpretación para poder comprender las acciones del juez y, de alguna forma, predecirlas⁸³⁵. En otras palabras, Plazas explica: *"En primer lugar, la correlación de las normas y los hechos, sobre la base de reconocer que las normas son, en definitiva, la interpretación legislativa de los hechos sociales y los hechos, a su vez, representan el contexto del derecho en acción. En segundo lugar, la definición de la vigencia del derecho en la medida de su aplicación; vigencia que por consiguiente, tiene una directa vinculación con la labor de los jueces a quienes compete seleccionar la norma que corresponde al caso"*⁸³⁶.

Para Ross no es aceptable una "validez" específica del Derecho en términos de una idea material *"a priori"* de la justicia como categoría formal⁸³⁷ y critica al iusnaturalismo y al positivismo al expresar que tienen una concepción que establece al Derecho como una fuerza obligatoria en que descansa su validez, sin considerar la aceptación social de la norma; circunstancia que los equipara, y que convierte al realismo jurídico en una de las tres principales corrientes del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX⁸³⁸. En tanto que el realismo parte de considerar que el sostén de la validez del Derecho es la aceptación social del mismo como fuerza de obligatoriedad: *"El poder no es algo que se encuentra «detrás» del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho"*⁸³⁹.

Expone Ross los motivos que inducen a los hombres a someterse a los preceptos de derecho, los que se determinan en dos grupos: *"al primero pertenecen los impulsos, fundados sobre la necesidad que surgen de cierto mecanismos biológicos y son sentidos como «intereses»; al segundo, los que el medio social imprime en el individuo y éste experimenta como un «imperativo categórico» que «lo obliga» independientemente de sus intereses y, a menudo, en contra de éstos"*⁸⁴⁰.

Como consecuencia de lo anterior, Alf Ross concluye en que una norma es vigente cuando es aplicada por los tribunales y órganos ejecutivos, en otras palabras, cuando validada como socialmente vinculante⁸⁴¹.

En la teoría de Ross, es condición fundamental del derecho el acatamiento del mismo por parte de sus elementos personales en la relación jurisdiccional, los jueces y los individuos; el acatamiento se presenta en dos formas distintas que se interrelacionan en las diferentes funciones que cumplen los miembros de la sociedad: por una parte, los jueces obedecen, acatan el derecho de manera

⁸³⁵ **Ibidem.** pág. 216.

⁸³⁶ **Plazas Vega, Mauricio A,** op. cit. nota 790, pág. 114.

⁸³⁷ **Ross, Alf,** op. cit. nota 779, pág. 96.

⁸³⁸ **García Maynez, Eduardo,** op. cit. nota 814, pág. 6.

⁸³⁹ **Ross, Alf,** op. cit. nota 779, pág. 85.

⁸⁴⁰ **García Maynez, Eduardo,** op. cit. nota 814, pág. 97.

⁸⁴¹ **Ibidem,** pág. 83.

desinteresada y con un profundo sentido del deber, y por el otro, los individuos cumplen con la ley de forma relativamente desinteresada, porque, es cierto que con el tiempo el cumplimiento se convierte en una aceptación tradicional, en su inicio, el cumplimiento es motivado por la coacción y el temor a las sanciones⁸⁴².

El realismo jurídico de Ross tiene una vinculación estrecha con la acción social, que se expresa en la siguiente manifestación: *“En última instancia la ciencia del derecho es una doctrina relativa al hombre, al hombre como centro de acción en un cierto sistema de relaciones sociales, y no se refiere meramente a un sistema de proposiciones”*⁸⁴³.

Ross explica que, por su naturaleza, el derecho privado es de carácter discrecional y autónomo, a diferencia del derecho público, el cual es obligatorio y heterónomo, ya que la competencia privada puede ser ejercida libremente, a satisfacción del individuo, pero la competencia como función social es conferida para satisfacer los requerimientos de protección de los intereses de la comunidad⁸⁴⁴.

Cabe indicar que el realismo jurídico escandinavo no tuvo vigencia como movimiento o escuela desde la desaparición de Olivercrona y de Ross, y su aportación se incorporó al normativismo analítico⁸⁴⁵.

2.5.- El análisis económico del Derecho y sus planteamientos.

El análisis económico del Derecho no es un estudio teórico realista del Derecho, pero, es una corriente metodológica de la practicidad del mismo en busca de la utilidad de su aplicación.

En principio, se debe determinar: ¿Qué es el análisis económico del Derecho?, Sobre la este tema, el tratadista Posner expone en el prefacio de su libro intitulado originalmente *“Economic Analysis of Law”*, que: *“Este enfoque permite que el derecho se vea, se entienda y se estudie como un sistema: un sistema que el análisis económico puede iluminar, revelar como coherente y mejorar algunos puntos. Asimismo, hace posible que la economía se vea como una herramienta para el entendimiento y la reforma de las prácticas sociales, más que sólo un sistema formal de complejidad matemática atemorizante”*⁸⁴⁶.

Para algunos estudiosos del Derecho, el análisis económico del mismo, no es una teoría jurídica, sino que solamente alcanza la categoría de metodología que se aplica a problemas de carácter jurídico, principios y conceptos de orden

⁸⁴² Plazas Vega, Mauricio A, op. cit. nota 790, pág. 114.

⁸⁴³ Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 35.

⁸⁴⁴ Ross, Alf, op. cit. nota 779, pág. 252.

⁸⁴⁵ Hierro, Liborio, op. cit. nota 778, pág. 84.

⁸⁴⁶ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, pág. 19.

económico⁸⁴⁷. También se considera como un método de interpretación del derecho que se orienta a maximizar beneficios al menor costo, o maximizar resultados o beneficios en un marco de recursos escasos, en otras palabras, este método interpretativo aplica las reglas de la economía al derecho, es la economía aplicada al derecho⁸⁴⁸; Por último, otros tratadistas consideran al análisis económico del derecho como un método de investigación del derecho; dentro de dicha metodología se utilizan conceptos económicos como lo son: los costos de transacción y asignación de recursos, los rendimientos marginales de gerencia aplicados a las estructuras de las figuras corporativa y societarias en el uso contractual interpersonal, la aplicación del derecho de propiedad, de los contratos y demás derechos patrimoniales privados y públicos, de manera eficiente en la maximización de la riqueza; todas ellas en función de la eficiencia de las normas, incluso en las operaciones que no se realicen en un contexto de mercado.

Ahora bien, ¿Por qué es importante el análisis económico del Derecho? La respuesta es que la economía ofrece una teoría del comportamiento humano que puede pronosticar como responderían los individuos ante el cambio de leyes, partiendo de un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas. En este caso, el derecho toma precauciones para evitar riesgos valiéndose del auxilio de la teoría económica⁸⁴⁹. En este sentido, Cooter y Ulen expresan que: *“La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cuales siempre relevante para la elaboración de políticas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un menor costo”*. *“Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas. Las leyes no solo son argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales”*⁸⁵⁰. Así, según Posner, mediante el análisis económico, el derecho se puede convertir previsor de conductas realizadas en las condiciones determinadas por las normas jurídicas, y predeterminar la eficiencia de las mismas a fin de lograr una competencia efectiva; mediante esta modalidad normativa se trata de llegar a establecer, con base en la teoría económica, qué modificaciones es necesario introducir al orden jurídico a efecto de provocar ciertas situaciones; cumpliendo eficientemente con uno de los objetivos del derecho⁸⁵¹. Entonces, conforme lo expresan los integrantes de esta metodología, se está hablando de una teoría jurídica de la eficiencia en la que se busca que el derecho obtenga, mediante los incentivos jurídicos, maximizar la riqueza de la sociedad. Posner se refiere a ella como “la teoría de la eficiencia

⁸⁴⁷ Raymundo Ibañez, Luis Manuel, *“Introducción al análisis económico del derecho”*, <http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10.

⁸⁴⁸ Torres Manrique, Alejandro Jesús, *“Análisis Económico del Derecho”*, <http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10.

⁸⁴⁹ Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, op. cit. nota 825, pág. 21.

⁸⁵⁰ *Ibidem.*, pág. 17.

⁸⁵¹ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, pág. 19, y Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 297.

para el *common law*⁸⁵², y la distingue de la teoría económica del derecho indicando que el objeto de esta última es la explicación del mayor número de fenómenos legales de la economía; en tanto que, la teoría de la eficiencia del *common law*, solamente postula una meta económica específica para un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales⁸⁵³. Posner aclara que no debe entenderse que toda la doctrina y las decisiones, realizadas por el *common law*, sean eficientes, sino que la teoría de la eficiencia se expone como un sistema a instituir para alcanzar la creación de la riqueza social.

En su exposición, Posner⁸⁵⁴ acepta que hasta 1960 existía una concepción distinta a la que él presenta en su tesis sobre el análisis económico del Derecho, y que a éste se le consideraba únicamente como derecho antimonopólico, aún y cuando ya se habían realizado por el prestigiado profesor de la Universidad de Chicago y miembro del movimiento Law Economics, Henry Calvert Simons trabajos sobre derecho tributario⁸⁵⁵. También se habían presentado por parte del profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, Henry Manne estudios sobre derecho corporativo⁸⁵⁶, y por el profesor de London School of Economics, Arnold Plant sobre el derecho de las patentes⁸⁵⁷; además, el profesor de economía de la Universidad de California, Robert Hale Merriman, tenía estudios en tal sentido sobre el derecho de los contratos⁸⁵⁸.

La corriente metodológica reconoce que tiene serios antecedentes en Bentham, quien, como padre del utilitarismo, se refirió a las personas como maximizadores racionales de su propio interés⁸⁵⁹. Resulta importante mencionar a las personalidades jurídicas que integran esta corriente, de acuerdo a su vinculación cronológica:

- 1) John R. Commons (1862-1945), miembro de la escuela institucionalista americana y propulsor del desarrollo de una economía institucional, como síntesis de la economía política, el derecho y la ética⁸⁶⁰.
- 2) Kenneth J. Arrow (1921-), Premio Nobel de Economía en 1972, compartido con John R. Hicks, por sus contribuciones pioneras a la teoría de equilibrio general y la teoría del bienestar⁸⁶¹.
- 3) George Joseph Stigler (1911-1991) Premio Nobel de Economía en 1982, distinguiéndose como uno de los miembros más destacados de la escuela de Chicago⁸⁶².

⁸⁵² **Nota:** Esta teoría de la eficiencia no se debe de considerar exclusiva para el *common law*, sino que también es aplicable al sistema jurídico romano germánico.

⁸⁵³ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, págs. 59-60.

⁸⁵⁴ **Ibidem.**, pág. 55.

⁸⁵⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Calvert_Simons, 29VII 10

⁸⁵⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Manne, 29 VII 10

⁸⁵⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Arnold_Plant, 29 VII 10

⁸⁵⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Hale_Merriman, 29 VII 10

⁸⁵⁹ Bentham, Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, edit. John Bowring, 1a. reimpr. Ed. 1838-1843, New York, 1962.

⁸⁶⁰ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>, 28 VII 10

⁸⁶¹ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>, 28 VII 10.

⁸⁶² Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 294.

- 4) Ronald H. Coase (1910-), Premio Nobel de Economía en 1991, por la aclaración del significado de los costos de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía⁸⁶³.
- 5) Gary S. Becker (1930-), Premio Nobel de Economía en 1992, profesor de la Universidad de Chicago, con su teoría, que es extensiva del análisis microeconómico a otros campos del comportamiento e interacción humana⁸⁶⁴.
- 6) Douglas C. North (1920-), Premio Nobel en 1993, quien se destaca como pionero del neoinstitucionalismo al que aporta su esquema teórico y lo convierte en un concepto más comprehensivo y coherente, para así ser la clave explicativa de la evolución y el desarrollo económico⁸⁶⁵.
- 7) Richard A. Posner (1939-), Magistrado desde 1981 de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, además es un destacado economista y se le considera un elemento central de la corriente del análisis económico del derecho, al definir que la ley puede ser explicada bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo⁸⁶⁶.
- 8) Guido Calabresi (1932-), profesor de Yale y distinguido integrante de la corriente análisis económico del derecho, vinculado a Ronald H. Coase⁸⁶⁷.
- 9) Oliver E. Williamson (1932-), profesor de Economics and Law en la Universidad de Berkeley, en California y Premio Nobel de Economía en 2009. Es autor del concepto denominado "*mecanismos de gobierno*" que se refiere a los medios y sistemas de control del riesgo, asociado a cualquier transacción y del cual deriva un estudio a los costos de transacción⁸⁶⁸.

Cabe mencionar que los integrantes de esta corriente, desde 1958 en la ciudad de Chicago, Illinois, fundaron la revista *Journal of Law and Economics*, la cual ha sido el órgano de expresión de esta tendencia metodológica⁸⁶⁹.

El análisis económico del Derecho contiene dos expresiones o ramas: en primer lugar, la postura clásica del propio análisis que se puede remitir como antecedente a la tesis de Adam Smith⁸⁷⁰ cuando expresó que la legislación mercantil puede y debe prever consecuencias económicas; y la reciente o actual, por la cual, se busca extender el análisis económico a sectores de los

⁸⁶³ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>. 28 VII 10

⁸⁶⁴ Raymundo Ibañez, Luis Manuel, "*Introducción al análisis económico del derecho*", <http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10.

⁸⁶⁵ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm> 28VII 10

⁸⁶⁶ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm> 28VII 10

⁸⁶⁷ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, págs. 56.

⁸⁶⁸ <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm> 28VII 10

⁸⁶⁹ Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio, "*Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente*", revista "*Derecho y Conocimiento*", Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Esp., vol. 1, 2000, pág. 333.

⁸⁷⁰ Smith, Adam, op. cit. nota 392, págs. 381-382.

ordenamientos jurídicos que no regulan actividades económicas, o sea, sectores ajenos al mercado, extendiéndose, por ejemplo, hacia áreas jurídicas más tradicionales como lo son la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal, el procesal penal y el constitucional⁸⁷¹. En esta última postura, impulsada por Calabresi⁸⁷² y por Coase⁸⁷³, se conllevan propuestas con doble objetivo: se pretende buscar las condiciones necesarias para el funcionamiento del mercado, y se imita al mercado cuando su libre desarrollo no se presente⁸⁷⁴.

2.6.- El método jurídico del análisis económico del Derecho en el *common law*.

Para Posner, el *Common Law* contemplado desde el punto de vista económico tiene tres partes⁸⁷⁵:

1. El derecho de propiedad;
2. El derecho de los contratos; y
3. El derecho de los cuasidelitos.

Según Posner, para que el análisis económico del Derecho cumpla con su objetivo metodológico, debe partir de instituciones jurídicas establecidas como la propiedad y el contrato, mismas que contienen una gran interrelación con la economía, y son fundamentales en el desarrollo económico, que parte de la premisa de un sistema legal previsible y estable⁸⁷⁶. Ahora bien, en estas instituciones jurídicas el análisis económico del Derecho aplica la eficiencia como método para alcanzar la finalidad de la creación de la riqueza social.

Cabe aclarar metodológicamente que para varios de los juristas del *common law*, el estudio de estas instituciones jurídicas no parte del análisis de la estructura teórica que en el derecho romano-germánico proporcionan las teorías del derecho patrimonial, mismo que es sostenido por dos columnas constituidas por los derechos reales y los derechos personales; los que a su vez, son considerados como derechos integrados al *ius gentium*, o derecho que contiene principios

⁸⁷¹ Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, op. cit. nota 825, pág. 14.

⁸⁷² Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts", Yale Law Journal, núm. 70, 1961, pág. 449 <http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/issue-pages/volume-119,-issue-8,-june-2010/>

⁸⁷³ Coase, Ronald H. "The Problema of Social Cost", Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960, pág. 1. "The Firm, the Market and the Law", Chicago University Press, Chicago 1988. <http://press-dhcp1.uchicago.edu/search?q=coase>. 26 VII 10 "El Problema del Coste Social", Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública, núm. 68, Madrid 1981, págs. 449 y ss. <http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Hacienda%20Publica/HPECContenidos.htm>. 26 VII 10

⁸⁷⁴ González Amuchástegui, Jesús, "El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación", Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Universidad de Alicante, http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=gonzalez+amuchastegui&enviar=Buscar. 26 VII 10.

⁸⁷⁵ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, págs. 67.

⁸⁷⁶ *Ibidem.*, págs. 27.

fundamentales de la humanidad⁸⁷⁷. Sino que estos tratadistas inician su estudio jurídico partiendo del *common law* como algo nuevo y desvinculado a la tradición jurídica romano-germánica, y coinciden con los fines de la teoría económica del Derecho de manera similar a la de Posner; determinando así otras consideraciones y conclusiones para el derecho patrimonial, de tal forma que incluyen a los cuasidelitos como derechos patrimoniales; aún y cuando, a estos últimos, en las teoría patrimoniales clásicas se les ha considerado como fuente de las obligaciones⁸⁷⁸, o sea, fuente de los derechos personales, y no derechos personales en sí.

Por tal, es de entenderse que dicha teoría jurídica-económica busca tener su aplicación básica y exclusivamente en el *common law*. Pero, resulta que el concepto de Derecho tiene un sentido general y no limitativo a un sistema jurídico como el *common law*, o el romano-germánico, la teoría que expone Posner, parte de una consideración que también se aplica en el sistema jurídico romano-germánico con otra estructura teórica que no se puede considerar como extraña para el sistema jurídico del *common law*; y menos aún, cuando los elementos torales de la misma, parten del estudio de los derechos reales, de los derechos personales y de las fuentes de las obligaciones⁸⁷⁹, que son conceptos fundamentales estudiados en las instituciones del Derecho, en la tradición jurídica romano-germánica.

Sobre la influencia de la tradición jurídica romano-germánica en el *common law*, Samuel Geoffrey opina: "...se puede nuevamente plantear la pregunta de si esta sistemática conceptual está confinada a los códigos de Europa. ¿Forman acaso parte de la tradición del "common law" también? Para responder a esta pregunta adecuadamente, no hay duda que se debe tomar en cuenta la historia particular del "common law", que fue concebido y alimentado dentro de una sociedad feudal que, se dice, estaba bastante separada de la tradición romanística de Europa. Desde este punto de vista histórico, el principal problema cuando se intenta superponer al "common law" la sistemática de los códigos es que el derecho inglés, al menos en su metodología, está irónicamente más cerca de la Roma clásica que de los modernos sistemas europeos, que se basan supuestamente en el "Corpus Iuris Civilis", es decir, el "common law" le ha dado importancia tradicionalmente tanto a las acciones como a las personas y a las cosas"⁸⁸⁰. Entonces, si la metodología del derecho romano clásico era la jurisprudencia, similar a la metodología del "common law", sería congruente que el análisis económico del Derecho, que ha sido considerado, no como una teoría del Derecho, sino como una metodología jurídica o método de estudio del

⁸⁷⁷ **Geoffrey, Samuel**, "Derecho romano y capitalismo moderno", en "La Invención del Derecho Privado" de **Carlos Morales de Setién Ravina**, edit. Siglo del Hombre Editores, 1ª. ed. Bogotá 2006, pág. 223.

⁸⁷⁸ **Cuasidelito**: Término con antiguamente se identificaba a la culpa penal y que en la actualidad tiene más aplicación en el ámbito civil, como una fuente de obligaciones. **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.** op. cit. 128, Graciela R. Santes Magaña, t. I, pág. 783.

⁸⁷⁹ Posner no menciona que estas se encuentran en el derecho privado del sistema jurídico romano-germánico.

⁸⁸⁰ **Geoffrey, Samuel**, op. cit. nota 876, pág. 235.

derecho, desarrollara su estructura de estudio partiendo de los conceptos básicos del derecho patrimonial romano que son los derechos reales y los derechos personales.

Por su parte, la teoría jurídica de Posner considera como torales, tanto al derecho de propiedad, al cual considera como proveedor del marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza⁸⁸¹, como a los derechos personales, como los denomina, derecho de los contratos, que para este autor se ocupa de la facilitación del movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia quienes los valúan más⁸⁸²; a los que categoriza como promesas, que son estudiadas bajo la llamada teoría de la negociación, que expresa: *"una promesa es legalmente exigible si se otorga cuando se formula como parte de una negociación; de otro modo, una promesa no es legalmente exigible"*⁸⁸³, y abunda en el punto: *"La teoría de la negociación sostiene que las promesas aseguradas por una consideración son legalmente exigibles, mientras que las promesas que carecen de una consideración no son legalmente exigibles"*⁸⁸⁴.

Resulta paradójico que Posner explica que su teoría económica del Derecho es de aplicación adecuada para el *common law*, y se deslinda de la tradición jurídica romano-germánica cuando su análisis parte de la teoría general de los derechos reales y las obligaciones, que es la teoría de derecho privado que explica los derechos patrimoniales de la tradición jurídica romano-germánica, de la cual pretende deslindarse y además busca aplicarla al derecho público, soslayando esta clasificación del derecho en la antigua Roma y que aún es vigente en los sistemas jurídicos contemporáneos. Se afirma lo anterior, porque es precisamente aquí en donde la metodología de la teoría de los derechos reales y la teoría general de las obligaciones hubiera dado riqueza doctrinal a la exposición del mismo Posner.

En lo correspondiente a los derechos patrimoniales, tan importantes en materia jurídico-económica, cabe indicar que la doctrina romana-germana, por lo que toca a los derechos reales, determina la naturaleza esencial de éstos derechos al indicar que son derechos que consisten en la explotación económica de una cosa, en grado de exclusividad⁸⁸⁵, y no, como Posner parcialmente expresa señalando solamente para qué sirven los derechos patrimoniales, o qué efectos ha tenido los referidos derechos, brindando una explicación limitada al efecto, en lugar de descifrar su esencia y el porqué de sus características. Similar circunstancia se presenta al tratar lo relativo a la teoría general de las obligaciones, la cual Posner expone como "derecho de los contratos" y al explicarlo se deja trunco un aspecto de esta teoría, ya que la referencia que se expone en el análisis económico del derecho, le da al contrato la categoría de "promesa", lo que equivale a una manifestación unilateral de la voluntad, misma,

⁸⁸¹ Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, op. cit. nota 825, pág. 113.

⁸⁸² Posner, Richard A., op. cit. nota 826, págs. 67.

⁸⁸³ Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, op. cit. nota 825, pág. 275.

⁸⁸⁴ *Ibidem.*, pág. 277.

⁸⁸⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. op. cit. 128, José de Jesús López Monroy, t. II, pág. 1067.

que en la teoría del contrato se perfecciona mediante la aceptación de la oferta o policitud, por lo que la contratación es una manifestación de voluntades.

Se concluye pues, que la metodología de Posner, no alcanza en su pretensión el rigor de análisis teórico requerido para que mediante una reflexión sobre la teoría de los derechos patrimoniales alcanzara un sentido jurídico universal sobre la eficiencia de la aplicación económica del Derecho, partiendo de conceptos doctrinales distintos a los propios de las instituciones del *Corpus Iuris Civilis*. Además, en la aplicación económica del Derecho, no examinó el sentido que los Principios Generales del Derecho deben de brindar a las resoluciones judiciales, separándose diametralmente de la postura de juristas norteamericanos como Dworkin, quien expresa que en las resoluciones de los casos difíciles, el juzgador debe de aplicar principios jurídicos valorativos, que en el caso del derecho mercantil serían principios universales de aplicación realista socioeconómica que en la antigua época jurídica se le denominó *lex mercatoria*, y que ha cobrado vigencia actual en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o United Nations Commission on International Trade Law (UNCITAL).

Conforme a lo anteriormente expuesto, cabe entonces la pregunta: ¿La metodología jurídica que plantea el análisis económico del Derecho puede ser también aplicable para el sistema jurídico romano-germánico? Aún y cuando el mismo Posner afirma que su estudio tiene un enfoque casi exclusivo para el "*common law*", se puede concluir en que con el ajuste metodológico propuesto para la congruencia entre el "*common law*" y el derecho romano-germánico, el referido análisis económico del Derecho se pudiera considerar como metodología jurídica para los derechos patrimoniales (derechos reales y derechos personales), que se encuentran dentro de los mercados competitivos, ámbito que, desde luego, compete al derecho mercantil. La metodología mencionada presenta en su aplicación a la materia jurídica comercial, aspectos interesantes que deben de considerarse, pero solamente sería recomendable para las disciplinas jurídicas materialmente vinculadas con las operaciones de los mercados, y no así para materias que impliquen derechos que trasciendan los aspectos económicos y que impliquen valores jurídicos que se ubiquen fuera del contexto de los mercados, porque la concepción de efectividad del análisis económico del Derecho puede ser lesivo a los derechos fundamentales de sujetos individuales y colectivos. En este punto se debe atender a la indicación doctrinal de Dworkin que expresa la necesidad de aplicar, principios jurídicos valorativos en sus sentencias por parte del Juez adecuado para resolver los casos difíciles, denominado "Hércules".

De hecho, en los Estados Unidos de América, se ha buscado aplicar un derecho comercial uniforme utilizando la metodología de la teoría general de las obligaciones del derecho romano-germánico mediante la aplicación del *Uniform Commercial Code*, y las directrices del Instituto Estadunidense del Derecho, fundado desde 1920 y que se reúne periódicamente para hacer modificaciones de derecho conforme a las tendencias y orientaciones que se presentan en los

Estados de la Unión⁸⁸⁶. Lo anterior, presenta una perspectiva de compatibilidad entre los dos sistemas jurídicos derivados del derecho romano clásico, condición que hoy se acepta inteligentemente por ambas familias jurídicas que desarrollan diferente metodología, sobre la cual se busca más unidad para desarrollar un futuro sistema de pensamiento jurídico occidental más unificado.

En los estudios sobre los sistemas jurídicos de la globalización se ha reconocido el trabajo de René David, quien ha señalado que éstos, en su diversidad, están siendo afectados por la globalización postindustrial, más sin embargo, se han encontrado en las prácticas comerciales internacionales comunes denominadores jurídicos como lo son la *Lex Mercatoria*, las UCP 600 y los INCOTERMS 2011 y los señalamientos que presenta el Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. No en vano, Geoffrey prevé sobre los alcances del Derecho en el capitalismo globalizado lo siguiente: *"Ello no va a significar, por supuesto, que su evolución haya llegado a su fin, ni que los abogados del capitalismo moderno se encuentren mirando otra vez los libros del Corpus Iuris Civilis dentro de no mucho tiempo. No obstante, podría servir para recordar al jurista moderno que el progreso intelectual en una ciencia social no puede compararse con los avances efectuados en las ciencias naturales. Tal vez esta falta de progreso sea parte de la tradición conservadora y del derecho y del capitalismo, o puede ser que haya necesidad de encontrar nuevamente el equilibrio correcto entre formalismo y flexibilidad. Un equilibrio que tal vez los romanos alcanzaron en la época del derecho clásico"*⁸⁸⁷. En este punto de estudio, se debe reflexionar objetivamente sobre la aportación que la metodología del análisis económico del Derecho significa para el derecho occidental en la era de globalización que actualmente se vive, y de considerar que las aplicaciones de fórmulas de diseño especial para el *common law*, presentan también una posibilidad de aplicación, en sus posibilidades metodológicas, a la propia rama romana-germana, en especial dentro del derecho comercial; en tal sentido, Geoffrey expone al respecto: *"Sin embargo, incluso si se acepta la tesis de que todo el pensamiento jurídico occidental moderno se basa en un modelo establecido por los romanos, el abogado mercantil contemporáneo todavía tiene derecho a preguntarse: ¿y qué? O, para ponerlo de manera más delicada: ¿Puede el estudio de los modelos de pensamiento jurídico desde un punto de vista histórico ayudar a la práctica del derecho, especialmente a la práctica del "common law", en el mundo altamente avanzado (al menos desde el punto de vista tecnológico) del capitalismo desarrollado? La respuesta directa a esta cuestión es probablemente que la historia del pensamiento jurídico es tan importante como materia para el abogado comercialista moderno como lo es para la teoría del derecho"*⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, op. cit. nota 825, pág. 95.

⁸⁸⁷ Geoffrey, Samuel, op. cit. nota 876, pág. 261.

⁸⁸⁸ *Ibidem.* págs. 261-262.

Pero, con la anterior unidad, se alcanzaría el concepto de teoría jurídica general que presenta Twining, porque ya se trataba de una teoría del derecho referida a un mínimo de dos familias jurídicas⁸⁸⁹, pero aún se tendrían que superar limitaciones conceptuales e interculturales para alcanzar y obtener una verdadera teoría jurídica general.

Indudablemente que para Posner⁸⁹⁰ su análisis económico del Derecho, al estudiar conductas jurídicas mediante un análisis económico de las mismas, contiene los elementos necesarios para que sea considerado como una metodología reconstructora del sistema jurídico; todo ello partiendo de la base teórica descrita en la previsión de conductas reguladas jurídicamente con el objeto de alcanzar eficientemente fines económicos, y estableciendo modificaciones al sistema jurídico que sean congruentes con los fines mencionados⁸⁹¹. Pero, como se ha mencionado, para otros tratadistas, el análisis económico descrito no se considera una teoría, sino solamente una metodología aplicada a casos jurídicos, o una metodología interpretativa del derecho, o metodología de investigación del derecho.

Finalmente, en su afán de eficientar la aplicación del Derecho mediante el sentido utilitarista, Posner propone un fin económico en las sentencias que resuelven los procesos jurisdiccionales mercantiles; sin embargo, como ya se ha comentado, esta postura denota una limitación doctrinal y teórica al contrastarla con la teoría de Dworkin en lo referente a la eficiencia del utilitarismo mediante la resolución jurisdiccional, ya que, mientras este último tratadista determina que en los casos difíciles de resolver el Juez idóneo en sus sentencias aplica principios jurídicos valorativos, en la tesis de Posner la eficiencia en la búsqueda de la maximización de la riqueza es prioritaria para alcanzar el desarrollo económico.

2.7.- El Utilitarismo y maximización de la riqueza.

Sobre las concepciones del utilitarismo mediante la eficiencia, se han presentado críticas mencionando que tiene una postura limitada por pretender un pragmatismo utilitarista extremo carente de concepción alguna sobre la justicia, y que todo su potencial se enfoca hacia un utilitarismo simplista, propio del individualismo liberal de los primeros años de la revolución industrial. Ya en estudios de Atienza se ha mencionado que la concepción utilitarista de la justicia que plantea Bentham parte de una consideración "*a priori*" que niega la existencia de derechos naturales a la igualdad y libertad, y se basa en las consecuencias de las acciones para decidir sobre la moralidad de las mismas, por lo que se abre una moralidad flexible, pragmática y realista, que según los utilitaristas, entre ellos los seguidores del análisis económico del Derecho, se puede alcanzar mayor "humanitarismo" que los sistemas morales que tratan de imponer modelos de comportamiento excelsos, pero inalcanzables y utópicos⁸⁹².

⁸⁸⁹ Twining, William, op. cit. nota 267, págs. 124-125.

⁸⁹⁰ Para Posner, el análisis económico del derecho cuenta con la categoría de teoría del derecho.

⁸⁹¹ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, pág. 19, y Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 297.

⁸⁹² Atienza, Manuel, op. cit. nota 812, pág. 120.

Esta misma postura, con otras palabras, expone Posner en su justificación al pragmatismo del análisis económico del derecho⁸⁹³, basándose en el planteamiento de Bentham, en donde al identificar lo bueno con el placer y la felicidad, el valor moral depende de los efectos que produzcan felicidad que se proporcione al mayor número de personas.

La posición del utilitarismo pragmático que presenta el análisis económico del Derecho, es sujeta a críticas que presentan no solamente jusnaturalistas, sino también de integrantes de la corriente del realismo jurídico, quienes, como Alf Ross, expresan que el principio del utilitarismo que descansa en el supuesto de que en toda situación práctica la elección toma un carácter racional entre los montos cuantitativos medidos en términos de placer; pero esta presuposición es falsa, porque las necesidades y los deseos humanos difieren cualitativamente y son inconmesurables⁸⁹⁴; en otras palabras, la llamada elección racional a favor de la maximización de la riqueza, no se presenta de manera objetiva porque depende de una apreciación subjetiva, y las necesidades y deseos subjetivos difieren cualitativamente y son mutuamente inconmesurables, no tienen medida, y la inconmesurabilidad de las necesidades, no permite la maximización cuantitativa. Esto sucede porque las decisiones racionales a que se refiere el utilitarismo, solamente se pueden presentar cuando existen conceptos mesurables por los cuales se pueda decidir; por tal, para Ross, la teoría utilitarista contiene una falacia que choca con dos hechos fundamentales: la inconmesurabilidad cualitativa de las necesidades y la mutua desarmonía de los intereses.

Por ello, dice Ross: *“el principio utilitarista es inaplicable en situaciones de conducta donde compiten un número de necesidades (intereses, consideraciones) cualitativamente diferentes*⁸⁹⁵. Además, agrega como colofón contra el principio del bienestar social del utilitarismo: *“Uno es el postulado de que los intereses de los demás deben tener el mismo peso que los propios. Esta apelación a los sentimientos de simpatía constituye la idea económica y políticamente activa en el utilitarismo. Resulta obvio que este postulado es una nueva dogmatización de la conciencia moral y jurídica, que solo puede buscar su fundamento en una institución intelectual, aún cuando el propio utilitarismo pretende basarse en la experiencia*⁸⁹⁶.

Por su parte Atienza basa la crítica al utilitarismo en consideración al concepto de justicia establecido por esta corriente filosófica económica, y encuentra contradicciones en sus postulados. Señala que dicha corriente se justifica en que el principio de utilidad se deriva de la moral de las inclinaciones naturales del hombre en la busca de la felicidad, lo cual es una postura jusnaturalista, a pesar de que el utilitarismo se autodenomina como práctico y el propio Bentham combate por ilegítimos los principios de igualdad y libertad, por

⁸⁹³ Posner, Richard A., op. cit. nota 826, págs. 62.

⁸⁹⁴ Inconmesurable: Enorme, que por su gran magnitud, no puede medirse. **Real Academia Española**, op. cit. nota 122, pág. 1154.

⁸⁹⁵ Ross, Alf, op. cit. nota 779, págs. 360-361.

⁸⁹⁶ **Ibidem.**, pág. 364.

ser impuestos por una autoridad facultada del poder del Estado; por lo cual se incurre en una grave contradicción. Otro contrasentido se expresa al contrastar que el estado natural del hombre es el egoísta y de ese mismo estado se alcanza la felicidad, pero para lograrla, hay que actuar altruistamente; entonces, evidencia una completa desarmonización del utilitarismo con los intereses sociales, a pesar de que su objetivo es la maximización de la riqueza a favor del bienestar de la sociedad. Para concluir, se habla de un concepto de justicia en el utilitarismo al que poco interesa la distribución del bienestar y los derechos de algunos grupos e individuos⁸⁹⁷.

En este punto del análisis sobre el utilitarismo, resulta de importancia adentrarse en este tema y determinar que esta es una doctrina *consecuencialista*, es decir, que conforme a la misma, las acciones no tienen una connotación axiológica o valor moral en sí, sino que lo tienen en relación con sus consecuencia, a las que se les podría calificar de buenas, malas o regulares, etcétera. Entonces, se tiene que incurrir en una determinación de la concepción del utilitarismo y clasificarlo conforme a las consideraciones intrínsecas de su bondad o maldad. Así, se tendría que indicar que existen un utilitarismo egoísta y un utilitarismo universalista, y también existen, un utilitarismo hedonista y otro idealista⁸⁹⁸.

Ahora bien, se tienen que hacer aclaraciones sobre la concepción que de estas clasificaciones del utilitarismo, hacen los filósofos y los economistas. En principio, es de señalar que el utilitarismo universalista y hedonista excluye por definición toda tesis ética egoísta y rechaza, por tal, las críticas malintencionadas que identifican al utilitarismo hedonista con placeres bajos o sensuales, cuando la concepción general de los filósofos fundadores de la teoría se referían a placeres espirituales como la felicidad, y la interpretaban no como una *“suma de placeres”*, sino como la satisfacción de deseos o intereses por la disposición de bienes y servicios que la proveen, y por los que se debe pagar. En este sentido, el utilitarismo universalista, idealista y hedonista, señala que los actos individuales no son correctos o incorrectos en función de la aplicación simple y directa del principio de utilidad, sino de acuerdo con la ejecución de ciertas reglas éticas que evalúan y confrontan el mismo principio⁸⁹⁹.

Cabe decir que el utilitarismo que procura maximizar las satisfacciones o riquezas no manifiesta interés en la forma en que distribuyan estas satisfacciones, por lo cual, se concluye que a esta doctrina no le importan los intereses individuales que pudiesen restringir la maximización del bienestar general⁹⁰⁰, pudiendo permitirse también, el sacrificio de minorías, precisamente por ser minorías⁹⁰¹. Esta concepción contrasta con el sentido de justicia con equidad de la teoría de Rawls, según la cual, los principios de la justicia son los principios que

⁸⁹⁷ **Atienza, Manuel**, op. cit. nota 812, págs. 120-121.

⁸⁹⁸ **Nino, Carlos Santiago**. op. cit. nota 327, págs. 391-392.

⁸⁹⁹ **Ibidem.**, págs. 392-395.

⁹⁰⁰ **Rawls, John**, op. cit. nota 123, pág. 37.

⁹⁰¹ **Ibidem.**, pág. 174.

elegirían personas libres y puramente racionales, que sólo se preocuparán por su propio interés, si estuvieran en una posición de igualdad.

Posner expresa que las nociones de justicia son algo más que las preocupaciones por la eficiencia, mencionando que la justicia es algo más que la economía, y por tal, la economía no puede explicar algunas circunstancias jurídicas⁹⁰²; sin embargo, la pretensión del análisis económico del Derecho rebasa la limitante anterior, y por eso, se debe de señalar que la postura del mismo tratadista se ha aventurado a proponer no solamente una teoría económica del derecho, sino además, una teoría económica de la justicia, que establezca contenidos jurídicos y pautas para la aplicación de dichos contenidos por la judicatura⁹⁰³; en otras palabras, propone a la eficiencia como justicia⁹⁰⁴. De tal forma, Posner rebasa el postulado inicial de la metodología del análisis económico del Derecho, en el sentido de que la metodología mencionada debe superar la rama clásica del análisis y extenderse, como pretende la rama moderna, hacia áreas del derecho que no regulan actividades económicas, o sea, actividades fuera del mercado.

El derecho se expresa en las diversas fases de la sociedad, de tal forma, que no tiene en sus distintas ramas materiales los mismos objetos, es por tal que el Derecho Mercantil, como rama del derecho privado se enfoca a aspectos económicos comerciales derivados de relaciones jurídicas entre particulares, razón por la cual, el sentido utilitarista del estudio económico del derecho puede tener cabida en esta rama; sin embargo, en algunas ramas materiales del derecho público y del derecho privado, en las que se afectan derechos fundamentales de las personas en su relación con el Estado, el sentido utilitarista del análisis económico mencionado, estaría sujeto a discusiones serias, y se consideraría que el utilitarismo extensivo, que en aras de la eficiencia lesione derechos, no debe de promoverse como fin reconocido por doctrina jurídica alguna porque contraviene principios fundamentales de la axiología jurídica como la libertad y la igualdad.

Más por lo que corresponde a un concepto generalizado del derecho como ciencia jurídica o teoría general del derecho, este análisis debe reflexionarse en sus alcances en las ramas materiales del derecho, pues se debe reconocer que existen diferentes modalidades en la aplicación de la eficiencia económica en las normas jurídicas para maximizar la riqueza social; así pues, en materia mercantil, la finalidad lucrativa conlleva hacia una eficiencia de la norma en la obtención de utilidad, pero, en otras materias, como la familiar, se imponen otros valores y aplicaciones jurídicas como determinantes del caso, de acuerdo al valor jurídico que se pretenda priorizar.

⁹⁰² Posner, Richard A., op. cit. nota 826, , págs. 62.

⁹⁰³ González Amuchástegui, Jesús, op. cit nota 873, pág. 397.

⁹⁰⁴ *Ibidem.*, pág. 937.

Por lo anterior, es importante observar lo que Posner expone como funciones al pragmatismo jurídico que plantea⁹⁰⁵, destacando las siguientes:

1. No existe un razonamiento jurídico propio de abogados y jueces;
2. Las decisiones legales no pueden justificarse, sino exclusivamente demostrarse su razonabilidad;
3. El derecho es una actividad y no un grupo de conceptos;
4. El derecho es fundamentalmente interpretativo; y
5. No existen conceptos superiores de justicia a los cuales pueda acudir para establecer el sentido normativo correcto, y el derecho tiene un carácter primordialmente funcional.

Lo anterior expone un pragmatismo extremo que choca con varios aspectos que han sido enunciados en las críticas al análisis económico del Derecho, como lo es el desinterés de esta metodología para con la axiología. Pero, aún y cuando esta postura pragmática es extrema y sujeta a serias críticas, lo cierto es que sin caer en estos extremismos el Derecho Mercantil se creó a partir de consideraciones prácticas; cabe referirse a Merryman, quien expresa⁹⁰⁶: *“Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombre prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano, ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho”*. Es por tal razón que este pragmatismo se debe de aplicar exclusivamente a las relaciones jurídicas dentro del mercado, y aún así, se debe de considerar una referencia axiológica acorde con tal pragmatismo y evitar caer en un utilitarismo descarnado y salvaje.

Definitivamente, el análisis económico del Derecho, por su propio pragmatismo, manifiesta una especial capacidad para explicar la realidad, debido a que la teoría económica es capaz de interpretar la mayoría de los fenómenos del mercado y fuera del mercado, en lo cual ha demostrado cierto éxito⁹⁰⁷; sin embargo, el mismo análisis económico, según Posner, no es una corriente que se pueda mencionar como derivada del realismo jurídico norteamericano, sino que considera que encuentra sus antecedentes en el pragmatismo jurídico de Holmes y Cardozo⁹⁰⁸; pero aún con la anterior aclaración, no cabe duda de la íntima interrelación entre el realismo jurídico norteamericano y el análisis económico del Derecho.

De cualquier manera, el análisis económico del Derecho, aún y cuando no se le considera teoría general jurídica, sino que se concibe como método interpretativo, en este aspecto, al igual que el realismo jurídico, rompe con la

⁹⁰⁵ Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 303.

⁹⁰⁶ Merryman, John Henry, op. cit. nota 307, págs. 36-37.

⁹⁰⁷ *Ibidem.*, pág. 47.

⁹⁰⁸ Posner, Richard A., *“Cardozo: A Study in Reputation”*, Harvard Law Review, vol. 104, 788, 1991, pág. 28, y Cossio, José Ramón, op. cit. nota 793, pág. 294.

dualidad tradicional interpretativa del derecho, repartida entre el positivismo y el jusnaturalismo.

Ahora bien, en las relaciones jurídicas del derecho privado vinculadas con el mercado, el marco jurídico que las regula mantiene en este campo de actividades entre sujetos de esta normatividad especial de comerciantes, una vinculación diferente a las otras relaciones jurídicas que no se refieren al mercado; esto es debido a que en las actividades vinculadas con el mercado, las relaciones jurídicas tienen por objeto intereses individuales que se pueden manifestar de manera directa y práctica, aún y cuando éstas están referidas en su dimensión axiológica a buscar la realización del valor justicia; existen en ellas aspectos de las conductas humanas tipificadas por estas normas jurídicas de contenido económico que en la realidad socioeconómica, especialmente en la globalización postindustrial, son reguladas por factores que han rebasado los conceptos tradicionales de la justicia distributiva.

En este contexto cabe reconocer que la norma mercantil responde autónomamente a un realismo socioeconómico que se apoya en la eficacia de los usos comerciales, independientemente de su postulación positivista o de su referencia valorativa; esta referencia de la norma mercantil prevalece en su autonomía, a pesar de que los Estados nacionales crean sistemas positivistas limitados que no llegan a ser compatibles con la funcionalidad requirente por la globalización.

Estas normas jurídicas que regulan vinculaciones comerciales toman los elementos de la realidad socioeconómica con tal sentido práctico y ágil, se orientan a modalidades del valor justicia, basados en parámetros que difieren a los conceptos tradicionales; por ejemplo, los precios de las mercancías básicas, que son fijados en un mercado global, que opera de manera ágil y volátil en función de su disponibilidad en un mercado determinado, y tiene como resultado una situación objetiva que indudablemente es injusta, pero que su realidad es inobjetable, solamente que es una realidad determinada por condiciones enfocadas a un aspecto de la sociedad, a la economía de mercado, y a relaciones jurídicas especiales entre comerciantes.

Estas condiciones y consideraciones especiales de los ordenamientos de Derecho interrelacionados con la economía son funcionales en la metodología del análisis económico del Derecho, pero la misma metodología no se debe de enfocar a las demás actividades de la sociedad en general, incluso a las actividades particulares que regulan las normas jurídicas, pero que no están vinculadas con el mercado.

Este escenario comercial de la funcionalidad de los mercados no está exento de la aplicación de valores como la justicia, la libertad, la equidad y la igualdad, por más práctico y globalizado que se presente en la actualidad. Sobre estos puntos están enfocados los estudios de Manuel Atienza, Amartya K. Sen y Jules Coleman, entre otros, presentan la necesidad de combinar al mercado con la justicia en una nueva concepción del ejercicio de los derechos

individuales en las relaciones jurídicas de derecho privado comercial y derechos de sujetos colectivo relacionados al mercado.

Eso no quiere decir que la concepción liberal de justicia se deberá de aceptar dogmáticamente, sino que es necesaria una discusión global al respecto para ajustar esos factores económicos disparados sobre la nueva concepción de justicia económica. En este sentido Amartya Kumar Sen dice que existe un concepto tradicional de justicia en el Estado de Bienestar, en el que la justicia es el resultado de elegir una institución que maximice el bienestar ya mencionado, concepto que difiere del criterio utilitarista, por el cual, es más justo el Estado social que mayor utilidad global produzca⁹⁰⁹; en fin, el estudio que este economista realiza, expresa que existe una concepción liberal del comercio, del mercado y de los derechos de los comerciantes; que los derechos de libertad que tienen los comerciantes de hacer negocios e intercambiar mercancías deben ser protegidos, y que la actividad del mercado debe de ser admitida en su libertad sin impedimentos de cualquiera, incluyendo al Estado; entonces, en esta concepción económica, se defiende la actividad del mercado en función de los derechos de las personas que tienen la libertad de hacer negocios y no en función de la generación de un Estado de Bienestar por el efecto del mercado. Esta es una concepción económica única que difiere del utilitarismo, donde el mercado se justifica en función de sus resultados de bienestar; en tanto, en esta tesis, la variación del utilitarismo consiste en considerar la actividad comercial como un derecho fundamental en función de su derecho a ejercer el comercio⁹¹⁰. Esta postura busca el equilibrio entre la libertad individual y sus relaciones y el mercado competitivo. En resumen, Amartya Sen en su tesis, busca no incidir en la teoría "oficial" de la economía del bienestar en que se ha incluido a varios tratadistas al utilitarismo⁹¹¹; esto debido a que la teoría económica de la asignación de mercado se ha vinculado a una estructura "*bienestarista*", juzgando los éxitos y fracasos de los mercados competitivos en función del bienestar individual⁹¹².

Para diferir de la concepción "*bienestarista*", se evalúa en términos de libertad al mecanismo del mercado y no en términos de bienestar; postura que le permite sumarse a un criterio deontológico⁹¹³, propio de los derechos individuales y distinguirse de las posturas teleológicas⁹¹⁴ del utilitarismo. Con estos criterios si se busca un equilibrio del mercado competitivo para alcanzar un óptimo social, no es necesario disponer de una distribución inicial de recursos que impactaría las relaciones de propiedad, sino que se pueden defender los mercados en razón de los derechos de libertad que las personas tienen para hacer negocios y no por los efectos o consecuencias que se busquen en la maximización de la riqueza o el

⁹⁰⁹ Sen, Amartya K. *Bienestar, Justicia y Mercado*, edit. Paidós, Barcelona, 1997, págs. 64-71.

⁹¹⁰ *Ibidem.*, pág. 134.

⁹¹¹ Sen, Amartya K. "*Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*", edit. Univ. Externado de Colombia, Buenos Aires, 2002, pag. 11.

⁹¹² Sen, Amartya K., op. cit. nota 908, pág 123.

⁹¹³ Deontología: Ciencia o tratado de los deberes. **Real Academia Española**, op. cit. nota 122, pág. 681.

⁹¹⁴ Teleología: Doctrina de las causas finales. **Real Academia Española**, op. cit. nota 122, pág. 1954.

bienestar⁹¹⁵. Indica, además, en base al criterio expresado, que el mecanismo de un mercado competitivo protege la “*autonomía de las decisiones*”, porque la decisión y control del mismo está en manos de los individuos que interaccionan, y ellos son libres de elegir lo que mejor consideren.

Jules Coleman se constituye en un serio crítico del análisis económico del derecho y de las tesis de Posner, se adhiere a la postura de Dworkin al priorizar los principios sobre la eficiencia. Coleman hace un estudio de la doctrina de Vilfredo Pareto sobre la utilidad y los derechos individuales, indicando que la eficiencia de los mercados no se presenta por la relación de utilidad, sino por el valor moral de la autonomía individual de los agentes del mercado, o sea, de los comerciantes⁹¹⁶, con lo cual, desplaza el concepto teleológico de la maximización de la riqueza mediante la eficiencia, por la aplicación de la eficiencia mediante la libertad de acción comercial dentro de la armonización de los derechos individuales con los fines de la misma eficiencia; sin embargo la eficiencia no siempre se encuentra por la simple libertad de la acción de los mercados, requiriendo, por consecuencia, impulsar el alcance de la misma, mediante la intervención del mercado⁹¹⁷. En este punto, Coleman coincide con Dworkin al indicar que la intervención en el mercado sería mediante la aplicación de los principios éticos, obviamente por parte del juez Hércules en los casos difíciles, al momento de dictar una resolución judicial⁹¹⁸; es por esto que Coleman denomina “*análisis económico positivista*” a esta reflexión sobre la eficiencia de la economía en la juridicidad.

Se puede concluir que en coincidencia con Coleman y Dworkin, la sentencia del Juez Hércules para los casos difíciles debe de estar fundada en la aplicación de principios jurídicos valorativos. Ahora bien, los referidos principios jurídicos valorativos sí existen en el caso del derecho mercantil y desde la antigüedad se las ha conocido como *Lex Mercatoria*, y que con la globalización postindustrial estos principios de derecho comercial han retomado vigencia y han sido reconocidos por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) en sus diferentes manifestaciones, tomándo especial importancia los señalamientos que presenta el Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en especial, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y así también las reglas y disposiciones dictadas por la Cámara Internacional de Comercio, como lo son las UCP 600 y los INCOTERMS 2011.

2.8.- La eficacia y la validez del Derecho.

⁹¹⁵ Sen, Amartya K., op. cit. nota 908, pág 134.

⁹¹⁶ Coleman, Jules L., “*Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*”, pág. 541. <http://www.law.yale.edu/faculty/JColeman.htm>. 15 VIII 10

⁹¹⁷ *Ibidem*. pág. 542.

⁹¹⁸ *Ibidem*. pág. 550.

Para Max Weber, el "poder racional" es el que está sujeto a las leyes y es regulado por procedimientos formales que caracterizan a las sociedades modernas, el cual busca en su eficacia de legitimidad, la pretensión racional de validez, así este "poder racional" deberá ser considerado legítimo cuando se cumplan las siguientes condiciones⁹¹⁹:

1. El ordenamiento normativo debe estatuirse positivamente;
2. Los sujetos de derecho deben de creer en su legalidad, es decir, en la formalidad de la creación y aplicación del derecho.

Por lo anterior, la convicción de la legitimidad se circunscribe a la convicción de la legalidad, y el Estado tiene el monopolio de la creación y aplicación normativa conforme a un sistema sancionado, pero como el procedimiento de creación y aplicación en sí, no puede producir la legitimación, ésta debe encontrarse en la sanción de la aplicación de las normas, y para lograr esto, si el poder legalizado quiere considerarse legítimo, es necesario cumplir con otra condición, debe aducir razones para la virtud legitimante, debe referirse a que la competencia del procedimiento corresponde a una autoridad estatalmente formada conforme a la constitución.

Según Luhman, *"el derecho de una sociedad se vuelve positivo cuando se reconoce la legitimidad de la legalidad pura, y entonces el derecho es respetado porque ha sido sancionado, según reglas determinadas, por una decisión competente. Con ello pasa a ser cuestión central de la convivencia humana la institución de la arbitrariedad". "La positividad del derecho significa que puede obtenerse validación jurídica para un contenido arbitrario, y por cierto mediante una decisión que pueda conferir validez a la norma y también quitársela luego. El derecho positivo rige por virtud de la decisión"*⁹²⁰. No se puede pasar por alto que para Weber, la validez es la representación consciente que tiene el individuo, en el sentido de que por diversos motivos un orden jurídico debe ser observado⁹²¹

Para Johannes Winckelmann, la creencia en la legalidad no se legitima per se, ésta exige un consensus ómnium, fundado de manera racional respecto de los valores: *"los postulados racionales respecto de los valores constituyen los principios de la sanción de normas y su corporización. Solo son normativamente legítimos los actos de sanción que se mantienen dentro de los límites, así trazados, del principio jurídico formal"*⁹²². *"el concepto de poder legal atañe al poder de sanción racional, y por cierto orientado racionalmente respecto de los valores"*.

Estas concepciones sobre el derecho y su eficacia muestran un sentido de aplicación realista basado en la aceptación razonada de la norma en función de su validez, distinguiendo su positividad de su referencia axiológica, lo cual le permite alcanzar aceptación social. En este sentido, se considera que la costumbre como fuente del derecho parte de la aceptación de esa norma para

⁹¹⁹ **Habermas, Jünger**, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid, 1999, págs. 165-169.

⁹²⁰ **Ibidem.**, pág. 166.

⁹²¹ **Cossio, José Ramón**, op. cit. nota 793, pág. 161.

⁹²² **Ibidem.**, pág. 168.

llegar a considerarla obligatoria, y que su validación formal no es más que un requerimiento previamente considerado por la sociedad.

Los problemas de la validez y la eficacia de la norma jurídica son abordados por Bobbio de la siguiente manera:

a).- Analiza la relación entre eficacia y validez en el derecho consuetudinario, que a su vez es fuente jurídica⁹²³; y señala que si bien, en el derecho consuetudinario se conjugan la eficacia y la validez, también es claro que en la validez, no siempre hay eficacia, y que esta validez proviene de uno de los elementos del derecho consuetudinario, que es la opinión jurídica que valida a la costumbre.

b).- Por otra parte, estudia al derecho judicial como fuente jurídica, a partir de la concepción sociológica de que el juez, como creador del derecho, es un observador de la realidad social a la que él reconoce y otorga la fuerza coactiva como fuente de calificación del derecho.

Sin embargo, en los dos casos en que observan estas fuentes del "derecho vivo", se coincide en que las conductas humanas son acontecimientos reales y como tal, obedecen a un análisis de su causa real, independientemente de su relación de imputación.

Incluso, se ha concluido que la costumbre como fuente del derecho, tiene diferente importancia entre las sub-ramas del derecho privado, ya que para el derecho civil, la influencia de la costumbre es notablemente menor que en el derecho mercantil, en donde, la dinámica cambiante de la evolución espontánea del comportamiento social en su adaptación a nuevos requerimientos económicos, lo inveterado influye con mayor decisión en la formación de las normas de esta materia; reconociéndose que las leyes en diferentes países generalmente admiten en sus textos a los usos y costumbres del derecho mercantil como fuentes jurídicas⁹²⁴.

Todos estos aspectos han dado lugar a concepciones que buscan esclarecer el carácter jurídico de las diferentes manifestaciones sociales, políticas y especialmente las económicas.

Pero para Ackerman, el realismo jurídico, consecuencia de la aplicación del *New Deal* de la década de los años treinta, ha venido a consolidar a un Estado intervencionista liberal que impide a los juristas modernos alcanzar un nuevo lenguaje de justicia y libertad, que él denomina el "constructivismo"⁹²⁵. El cual busca en realidad, reconstruir una concepción jurídica-económica de un sistema de mercado liberal, y apuesta por un futuro jurídico del *common law* americano rechazando la línea del análisis económico del derecho⁹²⁶. La

⁹²³ Bobbio, Norberto, op. cit. nota 813, pág. 37.

⁹²⁴ Cracogna, Dante, *Teoría y Realidad del Derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 132-133.

⁹²⁵ Ackerman, Bruce A., *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, edit. Ariel, Barcelona, 1988, pág. 16.

⁹²⁶ *Ibidem.*, pág. 123.

denuncia de Ackerman sobre los alcances poco congruentes de la eficiencia, como móvil para la maximización del bienestar con los valores jurídicos de justicia e igualdad, abrió un debate jurídico que involucró hasta hoy al mundo de los jurisconsultos.

Por esta causa, ha tomado relieve el estudio de la interpretación económica del derecho, o análisis económico del derecho, cuyos planteamientos pragmáticos abren también debate con los conceptos expresados por la corriente realista y el propio Ackerman.

2.9.- Las teorías de L. H. A. Hart y R. Dworkin sobre la resolución judicial.

Ahora bien, es importante para efectos del presente estudio, presentar la teoría de H. L. A. Hart, quien, aunque no está reconocido como realista, sino como positivista socioanalítico, incluye en sus tesis aspectos de interés para la teoría del Derecho, que son importantes para el estudio del positivismo, jusnaturalismo y realismo, y sobre todo, porque dichas posturas serían objeto de crítica de Ronald Dworkin, a quien se tendrá que estudiar por su teoría jurídica, que critica tanto al positivismo, como al realismo jurídico⁹²⁷ y sostiene con Hart un especial debate que resulta sumamente ilustrativo⁹²⁸. En efecto, los puntos de análisis a debatir de ambos tratadistas son la interpretación del Derecho y las decisiones judiciales, y también lo referente a la eficacia y la validez de la norma jurídica, en ambas teorías jurídicas; y son esos temas los que tienen especial vínculo con las teorías del realismo jurídico.

Sobre el último punto, Herbert L. A. Hart afirma que ante la vaguedad que generalmente se presenta en el lenguaje jurídico, la decisión de los jueces en los casos difíciles se basa en una interpretación razonable en la que ejercen discrecionalidad, ya que el juez no tiene otra alternativa más que la de escoger prudentemente la interpretación más congruente y adecuada, y por consecuencia, el juez no aplica el derecho, porque no existen reglas que le señalen una resolución, sino que el juez crea derecho para el caso concreto⁹²⁹. Sin embargo, Dworkin abunda en relación a lo expresado por Hart y expone: *“De hecho, sin embargo, los jueces no son ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso. Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción fundamental dentro de la teoría política, que introduciré ahora en forma más bien tosca. Es la distinción entre argumentos de principios, por un lado, y argumentos políticos por el otro. Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto a todo. Los argumentos de*

⁹²⁷ Bonilla, Daniel y Jaramillo, Isabel Cristina, *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 2ª. reimpr., Bogota, 2004, pág. 13.

⁹²⁸ Rodríguez, César, *Teoría de Derecho y Decisión Judicial, En Torno al Debate entre H. L. Hart y Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 4ª. reimpr., Bogota, 2002.

⁹²⁹ *Ibidem*. pág. 34.

*principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o de grupo*⁹³⁰.

Este punto de discusión tiene que estudiarse con detenimiento, porque si según Hart, en los casos difíciles el juez no aplica el derecho, sino que lo interpreta discrecionalmente, entonces, el juzgador cae en un supuesto de la teoría del realismo jurídico, que considera que éste resuelve realistamente, o circunstancialmente. A esta hipótesis, de resolver en casos difíciles, Dworkin expresa que el juez resuelve en base a principios preestablecidos, con lo cual, se adhiere a una postura jusnaturalista.

Lo anteriormente expuesto tiene explicación en la teoría de las normas de ambos tratadistas. Para Hart, las reglas se clasifican en primarias y secundarias, se considera a las primeras como las que imponen a los individuos deberes positivos (acciones), o negativos (omisiones); por su parte, las reglas secundarias, otorgan a los particulares y a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas primarias⁹³¹; textualmente expresa: *“Las regla del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”*⁹³². A su vez, las reglas secundarias, se subdividen en tres categorías: 1) Las reglas de cambio.- Que facultan a particulares y a legisladores para crear reglas primarias, como un ejemplo del primer punto, son las reglas formativas para la creación de un contrato, que facultan a los particulares para fijar los estándares de una relación contractual; 2) Las reglas de adjudicación.- Que consisten en las normas sobre el ejercicio de la función judicial; y 3) Las reglas de reconocimiento.- Las cuales tienen una importancia especial dentro de la teoría de Hart, porque son las que suministran un criterio supremo de validez por referencia a la identificación de las normas pertenecientes a un sistema organizado jerárquicamente que se deriva de un alto nivel de validez suprema, en este caso constitucional⁹³³.

Conforme a la anterior distinción de las normas, según Hart, un juez, ante los casos difíciles, resolverá discrecionalmente con relación a las reglas de reconocimiento.

Para Dworkin la distinción que se presenta entre reglas y principios, corresponde a que las primeras están redactadas en términos más concisos que los segundos⁹³⁴; las reglas se ejecutan de una manera total, si se dan los hechos especificados en ella, es válida, pero, si no se dan los resultados previstos es inválida y no tiene incidencia en el caso. Por su parte, los principios *“tienen una*

⁹³⁰ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, edit. Ariel, 5ª. reimpr., Barcelona, 2002, págs. 147-148.

⁹³¹ Rodríguez, Cesar, op. cit. nota 927, págs. 25 y 26.

⁹³² Hart, Herbert L. A., op. cit. nota 568, pág. 101.

⁹³³ Rodríguez, Cesar, op. cit. nota 927, págs. 26.

⁹³⁴ *Ibidem.*, pág. 48.

*dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia*⁹³⁵. La aplicación de los principios hace necesario pesar o ponderar⁹³⁶.

Por eso, para esta teoría, ante los casos difíciles de resolver, es necesario un juez con capacidades extraordinarias que aplique los principios, no las reglas; a este juez lo denomina el juez Hércules.

Entonces, para Dworkin, en la resolución judicial, el sentido presentado por la corriente del realismo jurídico en los Estados Unidos de América de observar y aplicar soluciones al caso en la realidad mediante la resolución judicial, se presenta, en principio, en los casos fáciles, pero siempre condicionado a la regla jurídica positivista referida al caso; y para los casos de difícil interpretación, se remite a la aplicación del principio jurídico valorativo que se aplica al caso. Cabe observar que en los dos casos, se relega a un segundo término la posibilidad de aplicación de una resolución básicamente realista a los casos, por una preferencia, tanto positivista, como jusnaturalista.

En relación con el realismo estadounidense americano, también es de hacerse notar la impresión de Hart sobre el mismo, al mencionar que los teóricos jurídicos de Estados Unidos de América se clasifican en dos bandos: los realistas radicales que ven al derecho como un pesadilla, o sea, como el conjunto de reglas caprichosamente impuestas en cada caso por el juez en turno; y los que ven al derecho como un noble sueño, y lo conciben como el conjunto de principios coherentes que proporcionan una respuesta para todos los casos⁹³⁷.

De lo anterior, se puede señalar que la concepción del realismo jurídico tiene dos vertientes: la de aplicación realista en la decisión judicial; y la vertiente de la aplicación realista en la eficacia de la norma jurídica. En este contexto requiere especial atención la distinción de la determinación del realismo jurídico en esas dos vertientes enfocadas al derecho privado, ya que la aplicación de este concepto al derecho público, conlleva otra visión en donde la relación jurídica entre los sujetos es en la generalidad, de subordinación al Estado, y en la de supra coordinación entre entidades gubernamentales. Por este motivo, en el realismo jurídico enfocado al derecho público, es que los sujetos individuales tienen una relación garantista como gobernados, y de esta manera los conceptos jusnaturalistas y positivistas toman mayor fuerza; en cambio en el derecho privado, especialmente en el derecho mercantil, la concepción jurídica del realismo es de mayor afirmación porque, en esta rama del derecho, las relaciones jurídicas son de coordinación entre sujetos de condición igual, y su vinculación jurídico económica parte de elementos socioeconómicamente reales, como lo son el lucro, el riesgo, el precio, el cambio, etcétera; con este concepto realista de la vinculación jurídica en el derecho privado, queda con un relieve bajo la concepción jusnaturalista, que se hace presente en aspectos

⁹³⁵ Dworkin, Ronald, op. cit. nota 827, pág. 77.

⁹³⁶ Rodríguez, Cesar, op. cit. nota 927, págs. 51.

⁹³⁷ Hart, Herbert L. A., *Essay in Jurisprudence and Philosophy, American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*, edit. Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 137.

básicos, como lo son los principios de libre expresión de la voluntad, equidad, igualdad de las partes, certeza económica, riesgo aceptado y lucro convenido, así como del principio de la libertad comercial o libre mercado; principios que tienen un objeto y concepción elemental y práctica. Todos estos aspectos de la vinculación jurídica del derecho privado, que inicialmente son costumbre mercantil, se validan en el positivismo normativo.

Así, cuando Dworkin se refiere a que en su resolución el juez Hércules se basa en principios, se refiere básicamente a resoluciones vinculadas con aspectos del derecho público; más, cuando debe resolver sobre aspectos propios del derecho privado, la resolución para alcanzar una eficacia óptima, no se fundamenta exclusivamente en principios o normas positivas, sino que tiene que observar aspectos del realismo socioeconómico. En este punto concreto sobre la resolución del juez, en el caso del juez mercantil, éste resuelve al buscar eficacia en base a conceptos basados en el realismo socioeconómico.

En otras palabras, el Juez Hércules del derecho mercantil resuelve con base en los principios de la *lex mercatoria* y en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Esta última postura tiene mayor evidencia, especialmente en los casos arbitrales, ya que en éstos, las resoluciones establecidas en el laudo correspondiente son de fondo y no de forma, como algunas resoluciones judiciales, en donde el positivismo se enseña de manera primordial.

Se puede señalar que existe una diferencia básica entre la resolución positivista de las controversias comerciales y la resolución realista socioeconómica de las mismas; mientras en las primeras se presenta una resolución, siempre judicial, ya procesada ante los órganos estatales de justicia, o procesada arbitrariamente por particulares y/u homologada o no, ante los referidos órganos, la sentencia generalmente es referida a la forma y el fondo, y en más ocasiones de las debidas, solamente a la forma; en la resolución realista socioeconómica, el procesamiento de la sentencia, ya sea, judicial, o ante tribunales arbitrales privados y/u homologada judicialmente, o no, siempre será referida al fondo del asunto.

Ahora bien, por lo que toca al realismo como elemento fundamental de la eficacia de las normas jurídicas, en especial, las de derecho mercantil, es necesario realizar un ejercicio de análisis en lo general, de las correspondientes al derecho privado y, en lo especial, a las de derecho mercantil.

Pero, es importante considerar un planteamiento realista reflexivo y congruente, ya que una postura extrema distorsiona la propia doctrina realista. En este sentido, Plazas expresa una crítica al realismo extremo manifestando: *“La posición extrema del realismo, de limitar el derecho a su eficacia, le ha merecido la crítica de filósofos y juristas para quienes no resulta claro diferenciar la acción misma de los jueces, de aplicar las normas en función de los hechos, de su labor*

*inmediata como creadores del derecho*⁹³⁸. Esta consideración invita a estudiar otras tesis que presenten conclusiones que no tengan posturas excluyentes de otros razonamientos y que pretendan una concepción aislada.

En este sentido se debe de considerar lo que expresa Flores Mendoza, al afirmar que: *“...para los iusrealistas, el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma pero también con el hecho. De este modo, podemos distinguir entre el derecho como norma estatal y el derecho como hecho social: el derecho no se puede reducir al Estado sino que debe incluir a la sociedad*⁹³⁹.

En el análisis de las normas de derecho privado H. L. A. Hart, a quien varios estudiosos de Derecho lo ubican con una concepción jurídica situada *“en un plano intermedio entre la de Kelsen y la de Ross*⁹⁴⁰, expone que dichas normas cuando definen la manera de realizar contratos, en realidad no exigen a las personas que actúen de modos determinados, lo quieran o no, porque no imponen obligaciones, sino que en este caso, los particulares acuerdan *“facilidades”* o normas especiales para llevar a cabo sus deseos, otorgando potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho⁹⁴¹.

También Hart, distingue la norma jurídica de un mero hábito o uso, y encuentra la diferencia entre ellas, al señalar que en las normas se dan los dos siguientes elementos:

1. *Un comportamiento regular que también aparece en los hábitos y que viene a constituir su aspecto externo; y*
2. *La aceptación de dicho comportamiento, que constituye el aspecto interno de las normas*⁹⁴².

Así, *“para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado o, en otras palabras, debe ser eficaz”*⁹⁴³. Sin embargo, concluye Hart, la verdad está en el medio del formalismo y el realismo⁹⁴⁴. El profesor colombiano Cesar Rodríguez explica este punto con claridad: *“En los casos fáciles, la decisión formalista es la más acertada: basta un silogismo para conectar una norma con la solución, de suerte que el poder del juez está estrictamente limitado... En los casos difíciles, sin embargo, la posición realista es la más adecuada. Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables;*

⁹³⁸ Plazas Vega, Mauricio A, op. cit. nota 790, pág. 86.

⁹³⁹ Flores Mendoza, Imer Benjamín, op. cit. nota 804, pág. 1019.

⁹⁴⁰ Atienza, Manuel, op. cit. nota 812, pág. 224.

⁹⁴¹ Hart, Herbert L. A., op. cit. nota 568, pág. 35.

⁹⁴² Atienza, Manuel, op. cit. nota 812, pág. 223.

⁹⁴³ *Ibidem*, pág. 224.

⁹⁴⁴ Hart, Herbert L. A., op. cit. nota 568, pág. 183.

la sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiere que ella sea, aunque dentro de límites que los realistas pasan por alto"⁹⁴⁵.

Queda como conclusión de lo anterior, la reflexión de que la presencia de estos asuntos llamados "casos excepcionales", dan lugar a que el derecho cumpla con otra función: la de permitir flexibilidad a regulación positiva de las relaciones sociales, considerando circunstancias realistas de un caso específico. Con esta concepción del Derecho, Hart conjuga las dos necesidades sociales del Derecho que son tratadas en este punto: por una parte, la de regular conductas de los sujetos de derecho; y por la otra, la de que los aspectos no regulados específicamente, se puedan resolver de manera adecuada en un caso concreto. Nuevamente aquí, Rodríguez explica sintéticamente: *"El derecho se mueve así, entre la seguridad y la equidad"*⁹⁴⁶

El punto anterior, es explicado por Flores Mendoza al decir que: *"...el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales"*⁹⁴⁷.

Ahora bien, la visión de Ronald Dworkin en relación con la aceptación de las normas por parte de los ciudadanos, mantiene un vínculo con los principios que debe contener la norma para ser eficaz, ya que los sujetos se comportan dentro de la aceptación de los principios contenidos en las normas, los cuales no están desligados de la moral⁹⁴⁸. En este punto, Dworkin presenta un señalamiento que expone la eficacia que puede presentar una norma apegada a principios y que el acatamiento a la misma se da en función de una concepción moral y no completamente jurídica, con lo cual, mantiene una gran influencia jusnaturalista en su teoría.

2.10.- El trialismo jurídico y el realismo socioeconómico del derecho mercantil.

Una vez expuestas las diversas posturas sobre la teoría jurídica, a manera de conclusión se puede reflexionar y concluir en que las concepciones unidimensionales del derecho llevan a una visión limitada del mismo, así que se habrá de considerar a la interrelación tridimensional del mismo, su enfoque axiológico hacia la justicia y equidad, su formalidad y validez, y su realismo y eficacia⁹⁴⁹.

La doctrina del trialismo jurídico expone la comprensión del derecho mediante: *"la legitimidad, que está sujeta a ciertos principios, la validez, condicionada al cumplimiento de las formas previstas en el sistema de normas*

⁹⁴⁵ Rodríguez, Cesar, op. cit. nota 927, págs. 70.

⁹⁴⁶ *Ibidem*.

⁹⁴⁷ Flores Mendoza, Imer Benjamin, op.cit. nota 804, pág. 1019.

⁹⁴⁸ Dworkin, Ronald, op. cit. nota 929, págs. 136, 140 y 144.

⁹⁴⁹ Plazas Vega, Mauricio A, op. cit. nota 790, págs 28-29.

*para su creación y la eficacia, dependiente de su real acatamiento y vigencia en una sociedad dada, son como un todo integral, las bases para la valoración del derecho*⁹⁵⁰. Esta valoración del derecho se compone de tres criterios que arrojan una visión completa del mismo: *“La justicia, como ser del derecho de manera que el derecho solo tiene su condición de tal como expresión de lo justo. La validez formal, en función de la cual lo válido es lo ordenado y no depende de una consideración prenormativa sobre la justicia. Y la eficacia, cuyos alcances no giran alrededor de las condiciones en que la leyes son justas o válidas sino de su eficacia práctica, esto es, por su aplicación y acatamiento por parte de los destinatarios de sus preceptos”*⁹⁵¹. De acuerdo con esta afirmación, el derecho tiene tres dimensiones:

- a) La dimensión dixelógica, o axiológica;
- b) La dimensión normológica; y
- c) La dimensión fáctica o sociológica⁹⁵².

La primera es completamente valorativa, en ella se enuncian los principios jurídicos fundamentales; la segunda regula la convivencia social y prescribe sanciones al incumplimiento; y la tercera observa la eficacia de la norma en la realidad social.

Ahora bien, la proporción de interrelación tridimensional y la preeminencia de los derechos fundamentales a proteger es variada, según la materia jurídica de que se trate, porque la relación jurídica de gobernantes y gobernados es diferente a la relación de coordinación entre particulares, ya que en la primera es primordial el respeto de los derechos fundamentales del individuo, preservando el Estado de Derecho, y en la segunda se tiene, en primer término, a la relación de libertad intersubjetiva en un marco de justicia y equidad entre las partes con sujeción a las reglas jurídicas generales. Entonces, la proporción del enfoque axiológico difiere entre estas dos relaciones jurídicas; y por otra parte, también difieren de la relación que busca la integración de sujetos marginados en actos jurídicos ante el Estado o los particulares. Así, en el derecho público, los derechos fundamentales a garantizar y proteger, serían el de integridad personal, libertad, propiedad, circulación, asociación, participación, sufragio, etcétera; en tanto que en el derecho privado, los derechos a garantizar serían la libertad, la equidad, la justicia, la igualdad, etcétera.

El tridimensionalismo expone la armonía de los elementos de los fenómenos jurídicos que se han analizado; por una parte, el hecho económico, social o político; la valorización correspondiente al hecho, que determina la acción humana para alcanzar o preservar un fin u objetivo; y la norma formal que representa la relación o medida de integración de los dos elementos indicados con anterioridad: el hecho y su valoración. Todo esto, de tal forma que los elementos coexistan de manera armónica e inseparable⁹⁵³.

⁹⁵⁰ **Ibidem.** pág. 28.

⁹⁵¹ **Ibidem.** pág. 33-34.

⁹⁵² **Ibidem.** págs. 127-128.

⁹⁵³ **Flores Mendoza, Imer Benjamín**, op.cit. nota 804, pág. 1028.

Por lo que corresponde al derecho mercantil, en su agilidad para regular las actividades de los comerciantes sobre los objetos comerciales, se busca priorizar a la eficiencia de las normas de la materia, mismas que indudablemente deberán cumplir con la validez y contener un enfoque justo y equitativo, pero que siempre son referidas a hechos comerciales reales. Ahora bien, por las propias características del derecho mercantil, vinculado a los fenómenos de mercado, se tiene que reconocer que existe una conexión interactiva entre el Derecho y la economía que se manifiesta con carácter extrínseco, en otras palabras, el Derecho regula las actividades económicas, en especial al mercado, y al mismo tiempo, la economía es una fuente (en el sentido de fuente social) del Derecho⁹⁵⁴, por tal motivo es de importancia primordial observar esta realidad expresada para esta rama material del Derecho.

Siguiendo este criterio, el jurista español Joaquín Garrigues buscando un criterio positivista, o sea, remitiéndose al derecho positivo, encuentra que el contenido en sí de la norma mercantil no conduce a la esencia del derecho mercantil, pues solamente se llega a la forma, y determina que es necesaria la aplicación de un método para investigar su esencia (virtual). Indica Garrigues que para llegar al objetivo son utilizables el método histórico-legislativo y el de la observación de la realidad económica⁹⁵⁵. En otras palabras, Garrigues sostiene que la esfera del positivismo en el Derecho Mercantil, por tener un origen y una aplicación de carácter consuetudinario, es limitada para el ejercicio metodológico de su epistemología.

Así, con lo expresado se infiere que la doctrina del realismo jurídico aplicable a la globalización mercantil debe partir del método de observación de la realidad socioeconómica. Esta afirmación resulta consecuente con lo expresado por los tratadistas antes mencionados, porque esta corriente del pensamiento jurídico se nutre de la observación de la realidad, en este caso la socioeconómica que se ha desarrollado con la globalización.

⁹⁵⁴ **Atienza, Manuel**, *“El Sentido del Derecho”*, edit. Ariel, 2ª. ed. 2ª. reimpr., Barcelona, 2004, pág. 136.

⁹⁵⁵ **Garrigues, Joaquín**, op. cit. nota 313, tomo I, pág. 6.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La etapa que actualmente transforma las relaciones de la sociedad se ha estudiado desde distintos ángulos sin dejar el jurídico al margen; por eso, al determinarse el perfil que esta nueva era está marcando, se puede apreciar que la velocidad que la tecnología ha impuesto a las interrelaciones, ha permitido una integración de los grupos sociales que rebasó las formas y estructuras que éstas vinculaciones habían mantenido, en especial, dentro del campo económico. La globalización en su aspecto económico ha sido más impactante y veloz que las demás manifestaciones de la misma.

Es por tal, que la juricidad de este semblante de la sociedad tiene requerimientos de mayor adaptación a la realidad en la regulación normativa de las conductas humanas de carácter patrimonial relacionadas con las actividades de cambio y utilidad que se han venido desarrollando y reconociendo como usos comerciales, algunos no tipificados todavía por la norma jurídica. Es cierto que el Derecho, Mercantil generalmente llega a regular conductas ya reconocidas en el tráfico comercial, pero en la globalización postindustrial la acción de esta rama jurídica se ha tenido que agilizar debido al desenlace paradójico que ha marcado la imposición del capitalismo como tónica de la economía de esta nueva era, precisamente apuntalada por un Estado que doctrinalmente se hace llamar marxista.

Esta noción del comercio como estructura y gestión económica racional de cambio y utilidad, ha dado lugar a un nuevo estudio de los conceptos de mercado, productividad, riqueza, utilidad y lucro, para referirlos a los de riesgo, bienestar, derecho individual y justicia; y de esa manera explicar en la sociedad global y su nueva normatividad jurídica, una teoría para este Derecho globalizado.

SEGUNDA.- El Derecho globalizado presenta perfiles diferentes a los que ha estudiado la teoría tradicional, y en especial en lo relativo a los aspectos económicos y comerciales. Han sido objeto de análisis de la modernidad postindustrial elementos de gran importancia como agentes de la transformación en esta nueva era de la humanidad. Así, resulta indispensable el estudio de la confianza, el libre mercado y la democracia que se han convertido en elementos importantes que forman parte del capital social de la interrelación en la modernidad postindustrial; el estudio de la estructura intermedia existente entre el Estado y los individuos, misma que ha fortalecido la confianza, el libre mercado y la democracia, y ha orientado a la sociedad humana hacia un capitalismo globalizado, pero no exento de crisis y riesgos, que se buscan controlar mediante la aplicación prioritaria del humanismo en el Estado de bienestar liberal social.

De esta manera, la crisis del año 2008, trajo a la sociedad humana el desecho de la tesis que magnificaba la autorregulación del mercado, marcando limitaciones a las actividades financieras de administradores de fondos públicos y de pensiones, exigiendo responsabilidad en sus operaciones.

TERCERA.- La globalización postindustrial ha impuesto modalidades a algunas concepciones jurídicas como a la soberanía comercial, las formas de organización empresarial, la subjetivización del Derecho Mercantil en la globalización del mismo, para buscar una teoría jurídica de la globalización.

CUARTA.- Dentro del estudio de las relaciones jurídicas comerciales en la globalización postindustrial, habrá que revisar el sentido de la utilidad y el lucro comercial, para llegar a conclusiones llanas sobre la justificación de la utilidad con sentido social en esta nueva etapa humana. De esta manera, se indica que parte importante de la justificación del lucro es el resultado de la aplicación del riesgo a una operación comercial.

Consecuentemente, el lucro y la utilidad también son parte de una economía racional que se desarrolla dentro de la globalización capitalista moderna, pero, sin desprenderse de una prioridad humanista.

QUINTA.- La eficacia de la comercialización de las operaciones patrimoniales dentro de la globalización postindustrial ha obligado a una revisión de conceptos propios del Derecho Mercantil, como lo son el préstamo con interés, la lesión, el acto de comercio, la subjetividad comercial y la jurisdicción mercantil.

El préstamo con interés ha superado la satanización ético-religiosa, que en realidad sostenía un doble discurso y hoy en día, sigue exigiendo una determinación objetiva y cuantitativa a los alcances de la utilidad, y de esa manera aclarar el modo comercial de las relaciones jurídicas entre comerciantes profesionales sin supuestos vicios como la lesión.

SEXTA.- La subjetivización del Derecho Mercantil impone la calidad profesional de sus sujetos, que en el caso mexicano, tiene categoría constitucional, por lo cual se observa la sana conveniencia de profesionalizar objetivamente a los sujetos comerciales y buscar un trato especial para consumidores especiales.

SÉPTIMA.- El acto de comercio como concepto y la definición del mismo, requieren de un análisis objetivo y genérico, que supere la lista de actividades heredada del Código de Comercio napoleónico, y cumpla con un rigor jurídico.

Se propone una definición congruente con la metodología propia del Derecho Mercantil, es decir, con el realismo jurídico de apreciación socioeconómica. Partiendo de la concepción que muestra Max Weber, misma que influye en la sociología jurídica; todo ello considerando la vinculación de la economía con el Derecho Mercantil.

OCTAVA.- El replanteamiento de la teoría del Derecho Mercantil obliga a realizar revisiones conceptuales que sean acordes con estas tesis, las que tienen que ser estudiadas desde sus antecedentes en la antigüedad para encontrar, sin

sorprende, que los principios que contienen se han vuelto a presentar en esta nueva etapa globalizadora, como lo son las normas generales de referencia en las operaciones y contratos comerciales internacionales y la extrajudicialización de la resolución de los conflictos comerciales, contenidas en la referida *Lex Mercatoria*.

NOVENA.- Es cierto, que el fenómeno globalizador en el ámbito jurídico comercial ha traído mutaciones de las figuras del Derecho Mercantil, como lo es, entre otras, el caso del comerciante, y que este sujeto de derecho ha provocado nuevas reflexiones sobre su actuación en la normatividad jurídica que se hace extensiva a otras ramas del Derecho, pero sin que se pierda su característica esencial como sujeto de relaciones patrimoniales de gestión económica racional de cambio y utilidad.

DÉCIMA.- En los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se determina el carácter especial y excepcional del Derecho Mercantil. Especial para los comerciantes que determina el párrafo sexto del artículo 25; y excepcional, por las modalidades y condiciones que dicta el interés público a los actos de los comerciantes destinados a la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, expresadas en el mencionado párrafo del artículo 25 y en el décimo párrafo del artículo 28.

DÉCIMA PRIMERA.- La Constitución mexicana consagra el derecho fundamental a la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, o sea, el derecho fundamental al libre comercio. Este derecho está limitado en su ejercicio dentro del área estratégica del comercio, de acuerdo a las modalidades que dicta el interés público. Por lo que corresponde al área prioritaria, el derecho fundamental al libre comercio estará sujeto a las modalidades y condiciones que también dicta el interés público. En consecuencia, el derecho al libre comercio en México, al igual que el derecho a la propiedad, tiene una responsabilidad social con el desarrollo, la equidad y la justicia utilitaria.

DÉCIMO SEGUNDA.- El estudio del método de esta dinámica jurídica introduce al jurista a la búsqueda reflexiva de la necesaria eficacia de la norma de contenido comercial. Sin embargo, la premisa anterior, no debe permitir al estudioso caer en una postura limitada de la teoría jurídica; éste deberá buscar respuestas universales que no le arrastren a un planteamiento unitario o dual del Derecho; tampoco podrá caer en la tentación de extender sin límite el sentido económico del Derecho Comercial a otras ramas jurídicas cuyo fines primordiales son los de aplicar principios axiológicos que se consideran universalmente de mayor peso que los de carácter meramente económico y utilitario. El estudioso de esta metodología debe tener en conciencia que el Derecho Mercantil es una rama jurídica especial para los sujetos de relaciones patrimoniales de gestión económica racional de cambio y utilidad, es decir, los comerciantes.

El Derecho Mercantil ha desarrollado principios comerciales que se han universalizado a través de la historia y que se denominan *Lex Mercatoria* y que en la globalización postindustrial se han retomado, reforzándolos con los conceptos del movimiento para la Unificación del Derecho Privado, para así buscar que la sentencia mercantil se fundamente en principios que resuelvan el fondo del caso, y no solamente en normas de formalidad jurídica.

DÉCIMA TERCERA.- Este carácter del Derecho Mercantil, de especial, en función de sus sujetos y de excepción a otras ramas jurídicas en función de su método, es el que perfila su objeto y autonomía dentro de la teoría jurídica. Es por eso, que el Derecho Mercantil requiere de profundidad en su eficacia mediante una flexibilidad y agilidad que el positivismo formalista no puede proporcionar, razón por la que la metodología propia de esta rama toma esta característica del realismo socioeconómico.

DÉCIMA CUARTA.- Todo lo anterior, conlleva a concluir que la metodología de esta rama jurídica es el realismo socioeconómico, considerado dentro de la concepción trialista del Derecho, es decir, que este método es el que se utiliza con acierto para dilucidar temas del Derecho Mercantil comprendidos en este trabajo como lo son:

5. El impacto de la globalización en el Derecho Mercantil;
6. El perfil jurídico del Derecho Mercantil;
7. El realismo socioeconómico como teoría del Derecho Mercantil;
8. Los documentos mercantiles y los procesos informáticos electrónicos; y
9. La adaptación de los principios del Derecho Mercantil a la dinámica económica de la globalización.

BIBLIOGRAFÍA DEL TERCER CAPÍTULO

- Ackerman, Bruce A.**, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, edit. Ariel, Barcelona 1988.
- Aguilar Carvajal, Leopoldo**, *Segundo Curso de Derecho Civil*, edit. Porrúa, México 1960.
- Atienza, Manuel**, *Introducción al Derecho*, edit. Fontamara, 2ª. reimpr. México 2003.
- Atienza, Manuel**, *El Sentido del Derecho*, edit. Ariel, 2ª. ed. 2ª. reimpr., Barcelona 2004.
- Bobbio, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, edit. Themis, 2ª. ed. 4ª. reimpr. Bogota 2002.
- Bodenheimer, Edgar**. *Teoría del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México 2004.
- Bonilla, Daniel y Jaramillo, Isabel Cristina**, *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 1ª. ed. 2ª. reimpr., Bogota 2004.
- Cardozo, Benjamin N.**, *The Growth of the Law*, edit. Yale University Press, New Haven 1924.
- Coase, Ronald H.** "The Problema of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960. "The Firm, the Market and the Law", Chicago University Press, Chicago 1988. "El Problema del Coste Social", *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, núm. 68, Madrid 1981.
- Comte, Auguste**, *Cours de Philosophie Positive*, edit. J. B. Bailliere et Fils, 30ª. ed. Paris 1869, 6 tomos.
- Comte, Auguste**, *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, edit. Alianza Editorial Ciencias Sociales, Madrid 2000.
- Cooter, Robert, y Ulen, Thomas**, *Derecho y Economía*, ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México 2008.
- Cossío Díaz, José Ramón**, *Derecho y Análisis Económico*, edit. Fondo de Cultura Económico, 2ª. reimpr. México 2008.
- Cracogna, Dante**, *Teoría y Realidad del Derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996.
- De Buen L., Néstor**, *Derecho de Trabajo*, edit. Porrúa, 16 ed. México 2004, t I.
- Dworkin, Ronald**, *Los Derechos en Serio*, edit. Ariel, , 5ª reimpr., Barcelona 2002.
- Dworkin, Ronald**, *Como el Derecho se parece a la Literatura* edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, 4ª reimpr., Bogotá 2002.
- Flores Mendoza, Imer Benjamín**, "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.*, México, serie XXX, número 90, septiembre-diciembre de 1997
- Frank, Jerome**, "Are Judges Human?", edit. University of Pennsylvania Law Review, vol. 80, 1931.
- García Maynez, Eduardo**, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico u Iusnaturalismo*, edit. U.N.A.M., 4ª. ed. México 1989, 1ª. reedic. 1997.
- Geoffrey, Samuel**, *Derecho romano y capitalismo moderno*, en *La Invención del Derecho Privado* de **Carlos Morales de Setién Ravina**, edit. Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2006.
- Gutiérrez y González, Ernesto**, *El Patrimonio*, edit. Porrúa, 6ª. ed. México 1999.
- González Amuchástegui, Jesús**, "El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación", *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Universidad de Alicante, DOXA 15-16*, págs. 924-943.
- Habermas, Jünger**, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid 1999.
- Hierro, Liborio**, *Realismo Jurídico*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.
- Holmes, O. W.** *The Common Law*, edit. Tipografía Editora Argentina, S. A., Bs. As. 1964.
- Kelsen, Hans**, *Teoría General de las Normas*, edit. Trillas, 1ª. reimpr. México 2007.
- Larroumet, Christian**. *Droit Civil, Les Biens Droits reels principaux*, edit. Economica, 4ª. ed. Paris 2004.
- Mendieta y Núñez, Lucio**, *El Sistema Agrario Constitucional*, edit. Porrúa, México 1940.
- Merryman, John Henry**, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 9ª. reimpr. México 2004.
- Pérez Lledó, Juán A.** *Teorías Críticas del Derecho*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, comp. Garzón Valdés, Ernesto, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.
- Plazas Vega, Mauricio A.** "Del Realismo al Trialismo Jurídico", edit. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- Poder Judicial de la Federación**, *Las Garantías de Libertad*, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª. ed. México 2005.
- Posner, Richard A.**, *El Análisis Económico del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México 2007.
- Radbruch, Gustav**, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 9ª. reimpr. México 2005

- Recasens Siches, Luis**, *“Realismo Jurídico Norteamericano”*, colaboración para Enciclopedia Jurídica OMEBA, ed. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires 1967.
- Rodríguez, César**, *Teoría de Derecho y Decisión Judicial En Torno al Debate entre H. L. Hart y Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 4ª. reimpr., Bogota 2002.
- Ross, Alf**, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961.
- Ross, Alf**, *Sobre el Derecho y la Justicia*, edit. U. de Bs. As. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires 2005.
- Santiago Nino, Carlos**, *Introducción al Análisis del Derecho*, edit. Ariel, 11ª. ed. Barcelona 2003.
- Schmill O., Ulises**, *El Positivismo Jurídico*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.
- Sen, Amartya K.** *Bienestar, justicia y Mercado*, edit. Paídos, Barcelona 1997.
- Sen, Amartya K.** *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, edit. Univ. Externado de Colombia, Buenos Aires 2002.
- Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando**, *Derechos Fundamentales*, edit. Porrúa, México 2009.
- Tena Ramírez, Felipe**, *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, 27ª. ed., México 1993.
- Truyol y Serra, Antonio**, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 3. Idealismo y Positivismo*, edit. Alianza Editoria, Madrid 2004, 3 tomos.
- Twining, William**, *“Talk About Realism”*, col. New York University Law Review, vol. 60, núm. 3, junio 1985.

CIBERGRAFÍA

- <http://www.iuriscivillis.com/2008/07/la-funcion-social-de-la-propiedad.html>
- Calabresi, Guido**, <http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/issue-pages/volume-70,-issue-june-1961/>. 26 VII 10.
- Coase, Ronald H.** <http://press-dhchp1.uchicago.edu/search?q=coase>. 26 VII 10.
- <http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Hacienda%20Publica/HPECContenidos.htm>. 26 VII 10.
- Coleman, Jules L.**, *“Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”*, <http://www.law.yale.edu/faculty/JColeman.htm>. 15 VIII 10
- González Amuchástegui, Jesús**, *“El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación”*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Universidad de Alicante, http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=gonzalez+amuchastegui&enviar=Buscar. 26 VII 10.
- Raymundo Ibañez, Luis Manuel**, *“Introducción al análisis económico del derecho”*, <http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10
- Torres Manrique, Alejandro Jesús**, *“Análisis Económico del Derecho”*, <http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10.
- <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>. 28 VII 10
- http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Calvert_Simons. 29VII 10
- http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Manne. 29 VII 10
- http://en.wikipedia.org/wiki/Arnold_Plant. 29 VII 10
- http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Hale_Merriman. 29 VII 10

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ACKERMAN, Bruce A.**, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, edit. Ariel, Barcelona 1988.
- ACOSTA ROMERO, Miguel**, *Nuevo Derecho Bancario*, edit. Porrúa, 5ª. ed. México, 1995.
- AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo**, *Segundo Curso de Derecho Civil*, edit. Porrúa, México 1960.
- ÁLAMO, Javier**, *Los 140 Tipos de Personas Reconocidas por el Derecho Mexicano*, edit. Porrúa, México 2000.
- ALFONSO X, "EL SABIO", REY DE CASTILLA Y DE LEÓN**, *Las Siete Partidas del Sabio Rey 1758*, Partida V, edición facsimilar del original de Joseph Tomás Lucas, edición de Salamanca de 1555, en la Plaza de las Comedias, Año 1758, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- ALIGHIERI, Dante**, *La Divina Comedia*, edit. Porrúa, 2ª. ed. México 1964.
- ALVARADO PLANAS, Javier, y otros**, *Textos Comentados de Historia del Derecho y de las Instituciones*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid 2006.
- ARCANGELI, Ageo** "Los Actos de Comercio", edit. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México 1942.
- ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea, (Política)**, Libro Primero, edit. Porrúa, 20ª. ed. México 2004.
- ARISTÓTELES, Tratados de Lógica (Organon), Primeros Analíticos y Segundos Analíticos**, edit. Porrúa 11ª. ed. México 2004.
- ARMINJON, Pierre, NOLDE, Boris y WOLF, Martin**, *Traité de Droit Comparé*, edit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950-1951.
- ATIENZA, Manuel**, *Introducción al Derecho*, edit. Fontamara, , 2ª. reimpr. México 2003.
- ATIENZA, Manuel**, *El Sentido del Derecho*, edit. Ariel, 2ª. ed. 2ª. reimpr., Barcelona 2004.
- BARRE, Raymond**, *El Desarrollo Económico* edit. Fondo de Cultura Económica, 6ª. reimpr. México, 1975.
- BARRERA GRAF, Jorge**. *Instituciones de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. reimpr. México, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt**, *Modernidad Líquida*, edit. Fondo de Cultura Económica, 6ª. reimpr. Buenos Aires, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt**, *Ética Posmoderna*, edit. Siglo XXI 2ª. ed. México, 2006.
- BECK, Ulrich**, *Que es la Globalización*, edit. Paidós, Barcelona, 1998.
- BECK, Ulrich**, *La Sociedad del Riesgo*, edit. Paidós, Barcelona, 2002.
- BENTHAM, Jeremy**, *The Works of Jeremy Bentham*, edit. John Bowring, 1a. reimpr. Ed. 1838-1843, New York 1962.
- BERGER, Klaus Meter**, *Transnacional Commercial Law in the Age of Globalization*, Saggi, Conferenze e Seminari 42. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparator e straniero, Roma 2001, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/berger1.html> 9 X2011
- BOBBIO, Norberto**, *El Problema del Positivismo Jurídico*, edit. Fontamara, 6ª. ed. México, 1999.
- BOBBIO, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, edit. Themis, 2ª. ed. 4ª. reimpr. Bogota 2002.
- BODENHEIMER, Edgar**. *Teoría del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México 2004.
- BONILLA, Daniel y JARAMILLO, Isabel Cristina**, *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 2ª. reimpr., Bogota 2004.
- BUCKLAND, W.W. y MCNAIR, Arnold D.**, *Roman Law and Common Law: A Comparison*, edit. Cambidge University Press, F.H. Lawson, 2a. ed. Cambrigde 1965, outline.
- BUNGE, Mario**, *Diccionario de Filosofía*, edit. Siglo XXI, 4ª. ed., México 2007.
- BUSTAMANTE MORALES, Miguel Ángel**, *Los Créditos Documentarios*, edit. Trillas, 2ª. ed. México 2000.
- CAMPOLIETI, Federico**, *Los Límites del Contrato Administrativo*, colaboración *Contratos Administrativos*, edit. U. N.A. M., México 2007.
- CANTILLON, Richard**, *Ensayo sobre la Naturaleza del Comercio en General*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. reimpr., México 1996.
- CAPELLA, Juan Ramón**, *Fruta Prohibida*, edit. Trotta, 3ª. ed., Madrid, 2001.
- CARDOZO, Benjamin N.**, *The Growth of the Law*, edit. Yale University Press, New Haven 1924.
- CHARPENTIER, Louis**, *El Misterio de los Templarios*, edit. Brugera, 2ª. ed. Barcelona 1974.
- CHÁVEZ PADRÓN, Martha**, *El Derecho Agrario en México*, edit. Porrúa, 11ª. ed. México 1997.
- CHOMSKY, Noam**, *Los Mercados y la Sustancia de la Sociedad*, colaboración para *Los Límites de la Globalización*, edit Ariel, Barcelona, 2002.

COASE, Ronald H. *"The Problema of Social Cost"*, Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960. *"The Firm, the Market and the Law"*, Chicago University Press, Chicago 1988. *"El Problema del Coste Social"*, Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública, núm. 68, Madrid 1981.

COMTE, Auguste, *Cours de Philosophie Positive*, edit. J. B. Bailliere et Fils, 30ª. ed. Paris 1869, 6 tomos.

COMTE, Auguste, *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, edit. Alianza Editorial Ciencias Sociales, Madrid 2000.

COOTER, Robert, y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México 2008.

CORSI, Giancarlo, ESPÓSITO, Elena y BARALDI, Claudio, *GLU Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, edit. Univ. Iberoamericana, 1ª. reimpr. México 2006.

COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y Análisis Económico*, edit. Fondo de Cultura Económico, 2ª. reimpr. México 2008.

CRACOGNA, Dante, *Teoría y Realidad del Derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia de la Jurisdicción Mercantil en México*, edit. Porrúa, México, 2006.

DAHL, Robert, *On Democracy*, edit. Yale University Press, New Haven, Conn.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, edit. Harla, 9ª. ed., México 1995.

DAVID, René, *Grand Systémes de Droit Contemporains*, edit. Daloz, 7a. ed., Paris, 1978.

DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., trad. Jorge Sánchez Cordero, 11ª. ed. México 2010.

DE BUEN L., Néstor, *Derecho de Trabajo*, edit. Porrúa, 16 ed. México 2004, t I.

DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, edit. Porrúa, 10ª ed. 1ª reimpr. México, 1967.

DE PINA VARA, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, México, 1998.

DIAZ BRAVO, Arturo, *Derecho Mercantil*, edit. Iure, México 2002.

DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, edit. IURE, 8ª. ed., México 2005.

DÍAZ, Esther, *Posmodernidad*, edit. Biblos, 3ª. ed. Buenos Aires, 2005.

DURKHEIM, Emile, *La División del Trabajo Social*, edit. Colofón 6ª. ed. México, 2007.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, edit. Ariel, 5ª reimpr., Barcelona 2002.

DWORKIN, Ronald, *Como el Derecho se parece a la Literatura* edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, 1ª. ed., 4ª reimpr., Bogotá 2002.

ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, edit. Depalma, Buenos Aires 1977.

FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, edit. Trotta, Madrid, 2001.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos internacionales*, 3ª. parte: *"Lex mercatoria"*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, México 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, edit. Fontamara, México, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *"Tendencias Actuales del Derecho Comparado"*, colaboración *Metodología del derecho comparado*, edit. U.N.A.M., coord. **José María Serna de la Garza**, México 2005

FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *"La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica"*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, serie XXX, número 90, septiembre-diciembre de 1997

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, edit. Porrúa, 43ª. ed., México 2003.

FRANK, Jerome, *"Are Judges Human?"*, edit. University of Pennsylvania Law Review, vol. 80, 1931.

FUKUYAMA, Francis. *La Confianza*, edit. Sine qua non, Barcelona, 1998.

FUKUYAMA, Francis. *La Gran Ruptura*. edit. Sinequanon, Barcelona, 2000.

FUKUYAMA, Francis. *La Construcción del Estado*, edit. Sinequanon, Barcelona, 2004.

FUNDAMENTOS DE LA LEGISLACIÓN DE LA URSS Y DE LAS REPÚBLICAS FEDERADAS SOVIETICAS, edit. Progreso 1ª. ed. trad. al esp. Moscu, URSS 1975.

FURTADO, Celso, *El Desarrollo Económico Un Mito*, edit. Siglo XXI, México, 1975.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, edit. Porrúa., México 1996.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, *La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, edit. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.

GARCÍA CASTILLO, Tonatíuh, *El Contrato de Estado Internacional*, edit. U.N.A.M., México 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, edit. Civitas, 5ª. ed. Madrid 1991.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, edit. U.N.A.M. 4ª. ed. México, 1989.

GARNSEY, Peter, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, edit. Clarendon Press, Oxford 1970, pág. 189.

GARNSEY, Peter, *El Imperio Romano, Economía, Sociedad y Cultura*, edit. Crítica, Barcelona 1991.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 9ª. ed, 2ª. reimpr. México, 1998.

GELLNER, Ernest. y WATERBURY, John, *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, edit. Duckworth, London 1977. *Patrones y Clientes*, edit. Jucar Universidad, Madrid 1986.

GEOFFREY, Samuel, *Derecho romano y capitalismo moderno*, en *La Invención del Derecho Privado* de **Carlos Morales de Setién Ravina**, edit. Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2006.

GIDDENS, Anthony, *Un Mundo Desbocado*, edit. Taurus México, México, 2000.

GIDDENS, Anthony, *La Tercera Vía*, edit. Taurus México, 2ª reimpr. México, 2001.

GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, edit. Alianza, 3ª. reimpr. Madrid, 2004.

GÓMEZ ROBLEDO, Ignacio, *El origen del poder político según Francisco Suárez* edit. Fondo de Cultura Económica, México 1998.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *“El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación”*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Universidad de Alicante, DOXA 15-16, págs. 924-943.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, edit. Porrúa, México 2004.

GRÜN, Ernesto, *Una vision sistémica y cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI*, edit. LexisNexis-IJ UNAM, Buenos Aires 2006.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, edit. Porrúa, 15ª. ed. , México 2003.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, edit. Porrúa, 3ª. ed. México 2008.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio*, edit. Porrúa, 6ª. ed. México 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid, 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, edit. Trotta, 4ª. ed., Madrid, 2005.

HABERMAS, Jünger, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, edit. Cátedra, Madrid 1999.

HART, Herbert L. A., *El Concepto del Derecho*, edit. Abeledo-Perrot, 2ª. ed. Buenos Aires, 2004.

HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, edit. Casa Juan Pablos, 2ª. ed. 3ª. reimpr. México, 2004.

HIERRO, Liborio, *Realismo Jurídico*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.

HOBBS, Thomas, *Leviatan*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 13ª. reimpr. México 2004.

HOLMES, O. W. *The Common Law*, edit. Tipografía Editora Argentina, S. A., Bs. As. 1964.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. Y EL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, edit. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la U.N.A.M., Roma 2007.

JELLINEK, Georges, *Teoría General del Estado*, edit. Albatros, Buenos. Aires, 1943.

JUSTINIANO, *“El Digesto” del Emperador Justiniano*, traducido y publicado en el siglo anterior por Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, edit. Imprenta de Ramón Vicente, nueva edición, Madrid 1872.

KANT, Immanuel, *La Paz Perpetua*, edit. Porrúa, 14ª. ed. México, 2004.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, edit. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires 1963.

KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, edit. Trillas, 1ª. reimpr. México 2007.

KNIGHT, Frank, *“Risk, Uncertainty and Profits”*, London School of Economics and Political Science Series of Reprints of Scarce Tracts in Economic and Political Science, edit. London School of Economics and Political Science, numb. 16, London 1921.

LARROUMET, Christian. *Droit Civil, Les Obligations Les Contrat*, edit. Economica, 5a. ed. Paris 2003.

LARROUMET, Christian. *Droit Civil, Les Biens Droits reels principaux*, edit. Economica, 4ª. ed. Paris 2004.

LE FUR, Louis, DELOS, J. T., RADBRUCH, Gustav, CARLYLE, A. J., *Los Fines del Derecho*, edit. U.N.A.M., 3ª. ed. México, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles, *La Era del Vacío*, edit. Anagrama, 6ª. ed. Barcelona 2008.

LUHMANN, Niklas, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, edit. Alianza Universidad, 3ª. reimpr. Madrid, 2002.

LUHMANN, Niklas, *Confianza*, edit. Antropos, 1ª. reipr., Barcelona, 2005.

LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, edit. Universidad Iberoamericana, 3ª ed, México, 2006.

MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*, edit. Porrúa, 1ª. reipr. México 1996.

MARÍAS, Julián, *Historia de la Filosofía*, edit. Revista de Occidente, 23ª. ed. Madrid 1971.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, edit. Porrúa, 7ª. ed. México 2000.

MCLUHAN, Herbert Marshall *La Galaxia Gutemberg*, Edit. Paidós, 3a. ed. México, 1969.

MC LUHAN, Marshall. *The Gutemberg Galaxy*, edit. University of Toronto Press, Toronto, 1962.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El Sistema Agrario Constitucional*, edit. Porrúa, México 1940.

MERRYMAN, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 9ª. reimpr. México 2004.

MILL, John Stuart, *Sobre la Libertad*, edit. Gernika, 4ª. ed. México 2000.

MILL, John Stuart, *El Utilitarismo*, edit. Alianza, 2ª reimpr., Madrid 2007.

MILLS, Charles. Wright *La Élite del Poder*, edit Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr. México, 1969.

MINC, Alan, www.capitalismo.com, edit. Paidós, Buenos Aires, 2001.

MONATERI, Pier Giuseppe, *Gayo, el Negro: Una Búsqueda de los Orígenes Multiculturales de la Tradición Jurídica Occidental*, en *La Invención del Derecho Privado* de **Carlos MORALES DE SETIÉN RAVINA**, edit. Siglo del Hombre Editores, 1ª. ed. Bogotá 2006.

MONATERI, Pier Giuseppe *Globalizzazione e Giustizia, l'impatto della globalizzazione sul sistema giuridico italiano e sull'organizzazione degli studi legali*, edit. Il Sole 24 ore, Milano 2003.

MORAGAS Y DROZ, Rómulo D., y otro, *Novísima Ley de Enjuiciamientos Civil y Mercantil*, edit. Imprenta José María Pérez, 4ª. ed. Madrid 1871.

NAPOLÉON, *Code de Commerce, D'une table alfabétique et des matières*, edit. Chez George Voss, 1ª. ed. Dessau et Leipsig 1808. **Nota**. También se encuentra en <http://books.google.com> 19 IX 2009.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, edit. Fondo de Cultura Económica, 3ª. ed. México 2007.

NIETZSCHE, Friedrich, *El Caso Wagner Epílogo*, referido en la obra de Henri Lefebvre *Nietzsche*, edit. Fondo de Cultura Económica, 4ª. reimpr., México, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, edit. Ariel, 11ª. ed. Barcelona, 2003.

PALLARES, Jacinto, *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, México 1891.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I, Parte general*, edit. Marcial Pons, 12ª. ed. Barcelona 2000.

PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Teorías Críticas del Derecho*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, comp. Garzón Valdés, Ernesto, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, edit. Nacional, México 1963.

PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, edit. Harla, 11ª. ed. México 1997.

PLATÓN, *Diálogos, La República*, Libro Octavo, edit. Porrúa, 2ª. ed., México 1964.

PLAZAS VEGA, Mauricio A. *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, edit. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Las Garantías de Libertad*, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª. ed. México 2005.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis *Metodología del Derecho*, edit. Porrúa, 8ª, ed. México, 2004.

POPPER, Karl/LORENZ, Konrad, *El Porvenir está Abierto*, edit. Tusquets Editores, 3ª. ed. Barcelona, 2000.

POPPER, Karl R., *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, edit. Paidós Surcos, Barcelona, 2006.

PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría de Estado*, edit. Porrúa, 4ª. ed. México, 1966.

POSNER, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. México 2007.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación Mercantil, Evolución Histórica*, edit. Porrúa, México 2005.

RABASA, Emilio O, *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, edit. Porrúa y UNAM, México 2003.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 9ª. reimpr. México 2005

RAMONET, Ignacio, *¿Qué es la Globalización?*, edit. Monde Diplomatique, Santiago 2004.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 5ª. reimpr. México, 2004.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, edit. Porrúa, 17ª. E. México 2003.

RECASENS SICHES, Luis, *"Realismo Jurídico Norteamericano"*, colaboración para Enciclopedia Jurídica OMEBA, ed. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires 1967.

REVILLOUT, Eugene, *La Créance et le Droit Commercial dans l'Antiquité*, edit. Ernest Lerroux, 1897.

REVILLOUT, Eugene, *Les Origines Egyptiennes du Droit Civil Romain*, edit. Librairie Paul Geuthner, Paris 1912.

ROCCO, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia del D. F., 1ª. ed. México 2005.

RODRÍGUEZ, CÉSAR, *Teoría de Derecho y Decisión Judicial En Torno al Debate entre H. L. Hart y Dworkin*, edit. Siglo del Hombre, 4ª. reimpr., Bogota 2002.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil* edit. Porrúa, 23ª. ed. México .

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, edit. Robredo, México 1962.

ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961, pág. 35.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, edit. U. de Bs. As. EUDEBA, 3ª. ed. Buenos Aires 2005.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. *Economía*, edit. Mc Graw Hill, 18a. ed. México, 2006.

SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, edit. Ariel, 11ª. ed. Barcelona 2003.

SASSEN, Saskia, *Los Espectros de la Globalización*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. Buenos Aires, 2007.

SCHMILL O., Ulises, *El Positivismo Jurídico*, colaboración para *El Derecho y la Justicia*, edit. Trotta, 2ª. ed. Madrid 2000.

SEN, Amartya K., *Bienestar, justicia y mercado*, edit. Paidós, trad. Damián Saucedo, Barcelona, 2008.

SEN, Amartya K. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, edit. Univ. Externado de Colombia, Buenos Aires 2002.

SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría General del Estado* Edit. Manuel Porrúa, México, 1964.

SILVA MEZA, Juan y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Fundamentales*, edit. Porrúa, México 2009.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, edit. Perezniето Editores, México 1994.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales*, colaboración para *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 2006, pág. 258.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones*, edit. Fondo de Cultura Económica 2ª. ed. 26ª. reimpr., México 2088.

STIGLITZ, Joseph E. *El Malestar de la Globalización*, edit. Taurus, 6ª. reimpr. México, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *Como Hacer que funcione la Globalización*, edit. Taurus, México, 2006.

STIGLITZ, Joseph E., *Caida libre*, edit. Taurus, Buenos Aires, 2010.

TALLER, E, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, edit. Rousseau et Cie. Paris 1916.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, edit. U.N.A.M. 3ª. ed. México 2004.

TENA, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, edit. Porrúa, 15ª. ed. México, 1995.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, 27ª. ed., México 1993.

TEUBNER, Gunter, *Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society*, edit. Teubner *Global Law without a Estate*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1997, págs. 3-28.

TOFFLER, Alvin y Heidi *La Creación de una Nueva Civilización*, edit. Plaza & Janes, Barcelona, Esp. 1996.

TOFFLER, Alvin *El Cambio del Poder*, edit. Plaza & Janes, 5ª. ed. Barcelona, Esp. 1996.

TOFFLER, Alvin. *La Tercera Ola*, edit. Plaza & Janes, 16ª. ed. Barcelona, 1999.

TOFFLER, Alvin, *El Shock del Futuro*, edit. Plaza & Janes, 12ª. ed Barcelona, Esp. 1998.

TOFFLER, Alvin y Heidi *Las Guerras de Futuro*, edit. Plaza & Janes, 6ª. ed Barcelona, Esp. 2000.

TOFFLER, Alvin y Heidi, *La Revolución de la Riqueza*, edit. Debate, México, 2006.

TOURAINÉ, Alain, *La Sociedad Postindustrial*, edit. Ariel, 3ª. ed. Barcelona, 1973.

TOURAINÉ, Alain, *Crítica de la Modernidad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 2ª. reimpr. México, 2006.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 3. Idealismo y Positivismo*, edit. Alianza Editoria, Madrid 2004, 3 tomos.

TURÉGANO MANSILLA, Isabel, *Justicia global: los limites del constitucionalismo*, edit. Palestra Editores, Lima 2010.

TWINING, William, *Derecho y Globalización*, edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

TWINING, William, "Talk About Realism", col. New York University Law Review, vol. 60, núm. 3, junio 1985.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos Mercantiles*, edit. Porrúa, 6ª. ed. México 1996.

- VASQUEZ DEL MERCADO CORDERO, Oscar**, *Contratos Mercantiles Internacionales*, edit. Porrúa, 2ª. ed. México 2011, pág. 351.
- VICO, Giambattista**, *Principios de una Ciencia Nueva sobre la Naturaleza Común de las Naciones*, edit. Aguilar, 4ª. ed., Buenos Aires, 1975.
- VILLAR BORDA, Luis**, *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*, edit. Universidad Externado de Colombia, 2ª. reimpr. Bogotá, 2001.
- VIVANTE, Cesar**, *Instituciones de Derecho Comercial*, edit. Reus, trad. Ruggero Mazzi, Madrid 1928.
- VIVANTE, Cesar**, *Tratado de Derecho Mercantil*, edit. Reus, Madrid 1932.
- VON CLAUSEWITZ, Karl** *De la Guerra*, edit. Diógenes México, 1972.
- WALLERSTEIN, Immanuel**, *El Moderno Sistema Mundial*, edit. Siglo XXI, 11ª. ed. México, 2005.
- WALLERSTEIN, Immanuel**, *Sistemas Mundo*, edit. Siglo XXI, 2ª. ed. México, 2006.
- WEBER, Max**, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1ª. reimpr. México, 2004.
- WEBER, Max**, *Economía y Sociedad*, edit. Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 16ª. reimpr. México, 2005.
- WEBER, Max**, *Desarrollo de la Ideología Capitalista*, anexo a *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, 2004.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.** *An Introduction to Comparative Law*, edit. Oxford University Press, London 1997.

HEMEROGRAFÍA

- ALDECOA, Francisco**, "La refundación del capitalismo", *"El País"* Esp., opinión, 22 noviembre 2008.
- ARMENDARIZ, Alberto**, Entrevista a Joseph Stiglitz, *"Reforma"* Mex. Secc. Internacional, 4 noviembre 2008.
- BOLAÑOS, Alejandro**, "Un G-20 en dos direcciones", *"El País"* Esp., secc. negocios, 22 junio 2010.
- BOLAÑOS, Alejandro**, "El efecto G-20 se agota", *"El País"* Esp., secc. negocios, 7 noviembre 2010.
- BOLDRIN, Michelen**, "Porque el de Paulson es un mal plan", *"El País"* Esp., opinión, "La cuarta página", 7 octubre 2008.
- BROWN, Gordon**, "¿Por qué se durmió Europa?", *"El País"* Esp., secc. Economía, 13 octubre 2011, pág. 21.
- BUSTELO, Pablo**, "¿Podrá China capear el temporal?", *"El País"* Laboratorio de ideas, 25 enero 2009.
- BUSTELO, Pablo**, "Falso culpable", *"El País"* Esp., secc. negocios, 4 abril 2010.
- CAÑO, Antonio**, "El Congreso de EE UU reprende la política comercial de Hu Jintau", *"El País"* Esp., secc. internacional, 21 enero 2011.
- CAÑO, Antonio**, "China reivindica en EE UU su estatus de superpotencia", *"El País"* Esp., secc. internacional, 22 enero 2011.
- COOLEY, Thomas y MARIMÓN, Ramón**, "Compromisos creíbles para la eurozona", *"El País"*, Esp. secc. Opinión, 12 julio 2011.
- COSTAS, Antón**, "'Quo vadis' Alemania", *"El País"* Esp., secc. negocios, 12 diciembre 2010.
- FANJUL, Enrique**, *"El País"* Esp. opinión, 26 noviembre 2008.
- FERNÁNDEZ, David**, "El dragón vuelve a rugir", *"El País"* Esp., secc. negocios, 27 septiembre 2009.
- FRIEDMAN, Thomas L.** "Que se queden en Las Vegas", Global Viewpoint, distr. TribuneMedia Service, *"El País"*, Esp. secc. negocios, 21 septiembre 2008.
- GARDELS, Nathan**, Entrevista a Joseph Stiglitz, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, *"El País"*, Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008.
- GILLÉN F., Mauro**, "Cambio de Guardia en la Economía Global", *"El País"*, Esp. secc. opinión, 18 septiembre 2008.
- GLUCKMANN, André**, "Frente a la doctrina Putin", *"El País"* Esp. opinión, 25 septiembre 2008.
- GONZÁLEZ, Alicia**, "La guerra de divisas ya está aquí", *"El País"* Esp., secc. negocios, 3 octubre 2010.
- GONZÁLEZ, Alicia**, "Las 'águilas' toman el relevo", *"El País"* Esp. negocios, "Economía global", 5 diciembre 2010.
- GONZÁLEZ, Alicia**, "¿Y todo esto cómo se paga?", *"El País"* Esp., secc. negocios, 18 enero 2009.
- GONZÁLEZ, Felipe**, "Vuelve la política" *"El País"* Esp., opinión "La cuarta página", 5 noviembre 2008.
- GOODMAN, Peter S.**, "Y Greenspan, ¿era realmente tan bueno?", *"El País"* Esp., secc. negocios, 12 octubre 2008.
- GRAY, John**, *"El País"* Esp., opinión, "La cuarta página", 20 de septiembre de 2008.

GRAY, John, *"Mucho más que una crisis financiera"*, *"El País"* Esp., opinión, "La cuarta página", 11 octubre 2008.

KENNEDY, Paul, *"¿El fin del dólar como divisa suprema?"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 10 septiembre 2009.

OLCESE, Aldo, *"El capitalismo que viene"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 16 noviembre 2008.

MISSÉ, Andreu y DONCEL, Luis, *"Europa se inclina por ayudar a Grecia pese a sus incumplimientos"*, *"El País"* Esp., secc. Economía, 4 octubre 2011, pág. 18.

MISSÉ, Andreu y DONCEL, Luis, *"Merkel urge a la UE a que acuerde un plan para recapitalizar la banca"*, *"El País"* Esp., secc. Economía, 6 octubre 2011, pág. 16.

MORA, Miguel, Nota periodística *"Italia golpea a los más débiles para reducir su déficit en 79,000 millones"*, *"El País"*, Esp. secc. Economía, 15 julio 2011.

PASTOR, Alfredo, *"China emerge como acreedor silencioso"*, *"El País"* Esp. "La Cuarta Página" opinión, 10 octubre 2008.

PÉREZ, Claudi, *"Un cuento chino: el declive del dólar"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 5 julio 2009.

PIQUÉ, Josep, *"La trampa de la liquidez"*, *"El País"* Esp., secc. Negocios, 19 octubre 2008.

POZZI, Sandro, *"China flexibiliza su moneda por las fuertes presiones de Estados Unidos"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 20 junio 2010.

POZZI, Sandro, *"Recuperación incierta en EE UU"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 8 agosto 2010.

RAMONEDA, Josep, *"El Verano que Cambió las Prioridades"*, *"El País"* Esp., opinión, "La cuarta página", 12 de septiembre de 2008.

"REFORMA" Mex., secc. negocios, 24 septiembre 2008.

REYNOSO, José, y Pozzi, Sandro, *"El yuan tensa las relaciones EE UU-China"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 4 abril 2010.

ROGOFF, Kenneth, *"El reto de los bancos centrales"*, Project Syndicature 2008, *"El País"* Esp., secc. negocios, 21 septiembre 2008.

ROGOFF, Kenneth, *"¿De crisis financiera a crisis de la deuda?"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 13 septiembre 2009.

SACHS, Jeffrey, *"Las nuevas ideas del G-20"*, *"El País"* Esp., secc. negocios, 5 diciembre 2010.

SAMUELSON, Paul A., *"Y vendrán nuevas debilidades"*, Tribune Media Services, *"El País"* Esp., secc. negocios 21 septiembre 2008.

SARTORIUS, Nicolás, *"Que le pasa a la izquierda"*, *"El País"*, Esp. secc. Opinión, 15 julio 2011

SOROS, Geoges, *"Hay que controlar los valores sintéticos"*, *"El País"* Esp., secc. Negocios, 2 mayo 2010.

STIGLITZ, Joseph E. *"El próximo Bretton Woods"*, *"Reforma"* Mex., secc. negocios, 21 noviembre 2008.

UBIDE, Ángel, *"China, líder de economía mundial"*, *"El País"* Esp., secc. Negocios, 24 enero 2010.

ZAID, Gabriel, *"La Riqueza como Problema"*, *"Reforma"* Méx., secc. opinión, 25 abril 1999.

ZOELLICK, Robert B., *"La modernización del multilateralismo y los mercados"*, *"El País"* Esp., secc. economía, 15 octubre 2008.

CIBERGRAFÍA

Calabresi, Guido, <http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/issue-pages/volume-70-issue-june-1961/26> VII 10.

Coase, Ronald H. <http://press-dhcp1.uchicago.edu/search?q=coase>. 26 VII 10.
<http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Hacienda%20Publica/HPEContenidos.htm>. 26 VII 10.

Coleman, Jules L., *"Efficiency, Utility, and Wealth Maximization"*, <http://www.law.yale.edu/faculty/JColeman.htm>. 15 VIII 10

D. Fernandez www.elpais.com/negocios 21-IX-08

Feito, José Luis, *"La Ineludible Intervención del Estado"* www.elpais.com/opinion 1-X-08.
Foreign Policy Edición Española www.fp-es.org/search/node/estado+fallido 27 enero 2008

Friedman, Thomas L. *"Porque es importante el cómo"*, New York Times Service, EUA, 10 - 2008.

Gaggini de Rühlemann, Patricia Adriana, *"Globalización"*, www.gestiopolis.com, 3 - I - 08

Gardels, Nathan, *"Reparar el sistema financiero no impedirá la recesión"*, Global Viewpoint, Tribune Media Services, 10- 2008. www.tmsfeatures.com.

Gardels, Nathan, Entrevista a James Wolfensohn, Global Viewpoint, distr. Tribune Media Service, 21 noviembre 2008. www.tmsfeatures.com.

González Amuchástegui, Jesús, *"El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación"*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Universidad de Alicante,

http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=gonzalez+amuchastegui&viar=Buscar. 26 VII 10.

Raymundo Ibañez, Luis Manuel, *“Introducción al análisis económico del derecho”*, http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_1.html 9 - VIII - 09

<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/personajes/4032.htm>

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-comercio.html> 9 - VIII - 09

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/25.pdf> 23 IX 2009.

<http://books.google.com> 19 IX 2009

<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm> 9.-VIII - 09

<http://www.diplomadoestadodederecho.com/> 5 VIII 09 **Grote, Li. M., Rainer**, *“Evolución histórica de la noción de Estado de Derecho”* edit. Max Planck Institute for Public Comparative Law and Public International Law.

<http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>. 28 VII 10

http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Calvert_Simons. 29VII 10

http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Manne. 29 VII 10

http://en.wikipedia.org/wiki/Arnold_Plant. 29 VII 10

http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Hale_Merriman. 29 VII 10

http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/ 2-VIII-08

<http://www.fooledbyrandomness.com/>

<http://www.fuhem.es/CIP/publicaciones/bienpresen.html>.

http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_238.htm 9 - VIII - 09

<http://www.geocities.com> 9 - VIII - 09

<http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/> 14 VII 09

<http://lex.com.es/> 14 VII 09

<http://www.iuriscivillis.com/2008/07/la-funcion-social-de-la-propiedad.html>

<http://www.monografias.com/trabajos16/analisis-economico-derecho/analisis-economico-derecho.shtml>. 26 VII 10.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo> 9 - VIII - 09

<http://195.83.177.9/code/index.phtml?lang=esp> 9 - VIII - 09

International Chamber of Commerce, www.iccwbo.org/

International Institute for the Unification of Private Law, www.unidroit.org/.

Krugman, Paul, *“¿Quién era Milton Friedman?”*, New York Times Service, 10 - 2008.

Pérez, Claudi, www.elpais.com/negocios/21-IX-08.

Rojo, Ángel, *“La Codificación Mercantil Española”*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/25.pdf> 23 IX 2009.

Torres Manrique, Alejandro Jesús, *“Análisis Económico del Derecho”*,

Taleb, Nassim Nicholas*, *“Antifragility”*, Nassim Nicholas Taleb’s Home Page, **United Nations Comision on International Trade Law**, www.uncitral.org/.

www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf

www.nytsyn.com/about/news-service.

www.elpais.com/articulo/economia 27-VIII-11

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Blánquez, Agustín, *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, edit Sopena, 4ª. ed. Barcelona, 1958.

Bunge, Mario, *Diccionario de Filosofía*, edit. Siglo XXI, 4ª. ed., México 2007.

Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A., edit. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1ª. ed. 1ª. reimpr. México 1953.

Enciclopedia Universal Ilustrada, edit. ESPASA-CALPE, S. A., Madrid 1922,

Encarta 2000, **Microsoft Corporation**, *“Enciclopedia”*, Socialismo, pag. 3 *Historia de la Filosofía* <http://www.Microsoft.com/encarta/es/>

, edit. Siglo XXI, 3ª. ed. México 1973.

Historia Universal Siglo XXI, edit Siglo XXI, 2ª ed. en esp. México, 1979, volumen 30 “Los Estados Unidos de Norteamérica”.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *Diccionario Jurídico Mexicano*, edit. Porrúa, 11^a. ed. México, 1998.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. *"Diccionario de Derecho Mercantil"*, edit. Porrúa, 1^a. ed. México 2001.

Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., *"Enciclopedia Jurídica Latinoamericana"*, edit. UNAM, 1^a. ed., Santa Fe 2006.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edit. Espasa Calpe, 21^a. ed. 1992.

Sills, David L. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, edit. Aguilar, 2^a. reimpr. Madrid, 1979.

INDICE

“EL MÉTODO DE LA DINÁMICA JURÍDICA-MERCANTIL EN LA GLOBALIZACIÓN POSTINDUSTRIAL”

PRESENTACIÓN	pág. 1
CAPÍTULO PRIMERO	pág. 2
I.- Impacto de la Globalización en el Derecho Mercantil.	pág. 2
1.- La economía de la sociedad postindustrial.	pág. 2
1.1.- Intentando una explicación sobre la nueva etapa.	pág. 2
1.2.- La confianza como un elemento del capital social de la modernidad postindustrial.	pág. 6
1.3.- La estructura socioeconómica intermedia entre el Estado y los individuos como elemento de la modernidad postindustrial.	pág. 15
1.4.- La política económica del Estado en la modernidad postindustrial.	pág. 18
1.5.- El libre mercado y la democracia en la globalización.	pág. 31
1.6.- ¿Qué tan libre debe ser el libre mercado?	pág. 35
1.7.- La acción globalizada contra la crisis.	pág. 39
2.- Señalamientos económicos y políticos de la globalización.	pág. 51
2.1.- El capitalismo globalizado y su concepción actual.	pág. 51
2.2.- La sociedad de mercado y la soberanía nacional.	pág. 53
3.- Nuevas teorías económico-jurídico-sociales para el mundo globalizado y el Derecho Mercantil.	pág. 59
3.1.- Las formas empresariales de organización jurídica.	pág. 59
3.2.- ¿Existe una teoría jurídica de la globalización mercantil?	pág. 65
3.3.- Uniformidad y subjetivización del Derecho Mercantil.	pág. 71
3.4.- La Teoría jurídica moderna y el Derecho Mercantil.	pág. 72
BIBLIOGRAFÍA DEL PRIMER CAPÍTULO	pág. 77
CAPÍTULO SEGUNDO	pág. 82
II.- El perfil jurídico del Derecho Mercantil.	pág. 82
1.- La teoría del lucro y la teoría del riesgo.	pág. 82
1.1.- El lucro, la ética religiosa y la economía racional.	pág. 82
1.2.- El espíritu del capitalismo.	pág. 90
1.3.- El préstamo con interés y la lesión.	pág. 92

1.4.- Los alcances de la utilidad.	pág. 107
1.5.- La riqueza y el riesgo.	pág. 108
2.- La mercantilización jurídica.	pág. 112
2.1.- La sociedad se comercializa.	pág. 112
3.- Los actos de comercio.	pág. 114
3.1.- La teoría del acto de comercio.	pág. 114
3.2.- Una definición del acto de comercio.	pág. 117
3.3.- Los actos de comercio mixtos.	pág. 127
3.4.- Los contratos mercantiles mixtos y los contratos administrativos	pág. 129
4.- La subjetividad comercial.	pág. 147
4.1.- Los sujetos del acto de comercio.	pág. 147
4.2.- Del comercio como ocupación al comercio como profesión.	pág. 149
4.3.- ¿Quiénes son comerciantes?	pág. 154
5.- La jurisdicción mercantil.	pág. 162
5.1.- Una jurisdicción especial y a veces paralela a la judicialidad.	pág. 162
5.2.- ¿De regreso a la jurisdicción extrajudicial?	pág. 168
5.3.- Los principios del proceso comercial y su proyección.	pág. 172
BIBLIOGRAFÍA DEL SEGUNDO CAPÍTULO	pág. 176

CAPÍTULO TERCERO pág. 179

III.- El realismo socioeconómico como teoría del Derecho Mercantil. pág. 179

1. Modalidades y condiciones que dicta el interés público en materia mercantil.	pág. 179
1.1.- Los derechos fundamentales con función social.	pág. 179
1.2.- Modalidades que dicta el interés público.	pág. 181
1.3.- El comercio en las áreas estratégica y prioritaria.	pág. 187
1.4.- Los servicios públicos comerciales concesionados y los monopolios.	pág. 191
2. El realismo socioeconómico como base y método del Derecho Mercantil.	pág. 194
2.1.-El realismo socioeconómico como corriente del pensamiento jurídico.	pág. 194
2.2.- El formalismo jurídico y sus reacciones.	pág. 196
2.3.- El realismo jurídico en los Estados Unidos de América.	pág. 199
2.4.- El realismo jurídico escandinavo.	pág. 202
2.5.- El análisis económico del Derecho y sus planteamientos.	pág. 204
2.6.- El método jurídico del análisis económico del Derecho en el <i>common law</i> .	pág. 208
2.7.- El Utilitarismo y maximización de la riqueza.	pág. 213

2.8.- La eficacia y la validez del Derecho.	pág. 220
2.9.- Las teorías de L. H. A. Hart y R. Dworkin sobre la resolución judicial.	pág. 223
2.10.- El trialismo jurídico y el realismo socioeconómico del derecho mercantil.	pág. 228
CONCLUSIONES	pág. 231
BIBLIOGRAFÍA DEL TERCER CAPÍTULO	pág. 235
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	pág. 237